

FORMULO DENUNCIA

Sr. Juez Federal:

Sergio Procelli, en mi carácter de Presidente de **CONSUMIDORES ARGENTINOS Asociación para la defensa, educación e información del consumidor**, con sede social en calle Guido 2466 de la ciudad de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires (consumidoresarg@consumidoresarg.org.ar), y constituyendo domicilio en Lavalle 1474, piso 2° "B" de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, me presento ante V.S. y respetuosamente digo:

I. INTRODUCCION

Que, conforme lo acredito con la copia simple de libro de actas soy Presidente de **CONSUMIDORES ARGENTINOS Asociación para la defensa, educación e información del consumidor**, registrada bajo el nro. 25 del Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores (RNAC), y en virtud de la legitimación colectiva de la entidad para representar a todos los consumidores afectados de la República Argentina, concurre ante V.S. a efectuar esta presentación.

II. OBJETO

Vengo entonces a interponer formal denuncia contra el Secretario de Comercio de la Nación **-Miguel Braun-**, los integrantes de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, su presidente **Esteban Manuel Greco**, el Directorio del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y todos aquellos funcionarios públicos nacionales y de la provincia de Buenos Aires que hayan intervenido en los hechos denunciados, en particular la gobernadora de la Provincia de Buenos Aires **-María Eugenia Vidal-**, el Ministro de Infraestructura y Servicios Públicos de la provincia **-Roberto Gigante-**, miembros del Directorio y Gerentes de las áreas de control de concesiones, procesos regulatorios y mercados del Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires (OCEBA), **Luis Pablo Rogelio Pagano** y/o cualquier otra persona que hubiera intervenido en el marco de la ilegal maniobra que describiremos en la presente, en los términos del artículo 174 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación, en orden a la posible comisión de los delitos abuso de autoridad (art. 248 del CP), incumplimiento de los deberes del funcionario público (art.249 del CP), cohecho pasivo

(art. 256 del CP), cohecho activo (art. 258 del CP), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 del CP) y tráfico de influencias (art. 256 bis del CP).

III. ANTECEDENTES. MARCO NORMATIVO.

Que desde la década de 1990 se estableció un nuevo marco regulatorio para la actividad eléctrica donde se propició la desintegración horizontal y vertical de la industria así como la fragmentación en la mayor cantidad de unidades de negocios independientes.

De ese modo, y a los fines de generar las condiciones para la denominada "competencia por comparaciones" dentro de los monopolios regulados -transporte y distribución eléctrica-, los entes reguladores tenían el deber de prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o de abuso de posición dominante.

A nivel nacional, la ley marco nro. 24.065 -y su decreto reglamentario 1398/92- estableció como objetivo para la política nacional en materia de abastecimiento, transporte y distribución de electricidad al de "Promover la competitividad de los mercados de producción y demanda de electricidad..." y "... Alentar la realización de

inversiones privadas en producción, transporte y distribución, asegurando la competitividad de los mercados donde sea posible...". (Art. 2 incs. b y f)

En ese sentido, el art. 31 establece que "Ningún generador, distribuidor, gran usuario ni empresa controlada por algunos de ellos o controlante de los mismos, podrá ser propietario o accionista mayoritario de una empresa transportista o de su controlante...". Por su parte, el decreto reglamentario 1398/92 establece en este aspecto: "La SECRETARIA DE ENERGÍA ELECTRICA deberá controlar que, como resultado de la modalidad de privatización dispuesta por los Artículos 93, 94 y 95 de la Ley N° 24.065, la división de la actividad eléctrica actualmente a cargo de las empresas AGUA Y ENERGIA ELECTRICA SOCIEDAD DEL ESTADO, HIDROELECTRICA NORPATAGONICA SOCIEDAD ANONIMA y SERVICIOS ELECTRICOS DEL GRAN BUENOS AIRES SOCIEDAD ANONIMA, en generación, distribución y transporte, se efectúe de modo tal que impida que el MERCADO ELECTRICO MAYORISTA se transforme en un monopolio o en un oligopolio. La citada Secretaría controlará, a su vez, que se mantenga, en dicho ámbito, la condición de libre competencia, debiendo dictar, con tal fin, las normas necesarias tendientes a evitar que el control de las empresas que desarrollen dichas actividades se concentre en un único grupo económico".

Por su parte, el art. 32 prevé que "... Sólo mediante la expresa autorización del ente dos o más transportistas, o dos o más distribuidores, podrán consolidarse en un mismo grupo empresarial o fusionarse. También será necesaria dicha autorización para que un transportista o distribuidor pueda adquirir la propiedad de acciones de otro transportista o distribuidor, respectivamente. El pedido de autorización deberá ser formulado al ente, indicando las partes involucradas, una descripción del acuerdo cuya aprobación se solicita, el motivo del mismo y toda otra información que para resolver pueda requerir el ente. El ente dispondrá la realización de audiencias para conocer la opinión de todos los interesados y otras investigaciones que considere necesarias y otorgará la autorización siempre que no se vulneren las disposiciones de la presente ley ni se resientan el servicio ni el interés público...".

Esa misma norma, en el art.54, creó el Ente Nacional de Regulación Eléctrica (ENRE) cuyo propósito es "...llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en el artículo 2° de esta ley...". Más allá de los objetivos antes citados -e individualizados en el art. 2 incs. b y f-, se destacan los siguientes: Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios, promover la operación, confiabilidad, igualdad, libre

acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalación de transporte y distribución de electricidad; regular las actividades del transporte y la distribución de electricidad, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables e incentivar el abastecimiento, transporte, distribución y uso eficiente de la electricidad fijando metodologías tarifarias apropiadas.

Dentro de las funciones asignadas por ley al organismo, el art. 56 prevé las siguientes: "...c) Prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y usuarios; f) Determinar las bases y condiciones de selección para el otorgamiento de concesiones de transporte y distribución de electricidad mediante procedimientos públicos o privados cuando razones especiales debidamente acreditadas así lo justifiquen; g) Llamará a participar en procedimientos de selección y efectuará las adjudicaciones correspondientes, firmando el contrato de concesión ad referendum del Poder Ejecutivo el que podrá delegar tal función en el órgano o funcionario que considere conveniente; m) Reglamentar el procedimiento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de disposiciones legales,

reglamentarias o contractuales, asegurando el principio del debido proceso; p) Asegurar la publicidad de las decisiones, que adopte, incluyendo los antecedentes en base a los cuales fueron adoptadas las mismas...".

En similar sentido, el art. 19 establece que "...Los generadores, transportistas y distribuidores, no podrán realizar actos que impliquen competencia desleal ni abuso de una posición dominante en el mercado...".

En términos regulatorios y de control de la actividad eléctrica, la ley nro. 11.769 de la Provincia de Buenos Aires establece en el art. 2 que "... La distribución y el transporte de energía eléctrica constituyen servicios públicos de la Provincia de Buenos Aires destinados a atender necesidades indispensables y generales de electricidad de los usuarios de acuerdo con la presente Ley, su reglamentación, las regulaciones aplicables, y con los términos de los contratos de concesión y las licencias técnicas correspondientes...".

Seguidamente, el art. 3 establece que "...La Provincia de Buenos Aires ajustará su política en materia de energía eléctrica a los siguientes objetivos:... a) Proteger los derechos de los usuarios de conformidad con las disposiciones constitucionales y normativas vigentes...c) Integrar en los términos de la presente Ley, la actividad

eléctrica bonaerense a la transformación dispuesta para el sector en el orden nacional por la Ley 24065...g) Regular las actividades de generación -en lo que corresponda pertinente-, transporte y distribución de electricidad, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables...La actuación de los organismos públicos competentes en la materia deberá ajustarse a los propósitos enunciados, velando por el cumplimiento de los mismos por parte de los agentes de la actividad eléctrica...".

Ese mismo artículo prevé expresamente otro de los objetivos en materia de energía eléctrica "...h) Alentar la realización de inversiones de riesgo en generación, transporte, y distribución, asegurando la competitividad donde ello sea posible...". El art. 17 señala que "...Los agentes de la actividad eléctrica deberán abstenerse de realizar cualquier tipo de acto o practicar conductas que impliquen competencia desleal, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia en violación de lo dispuesto por la presente Ley, o que constituyan un abuso de posición dominante en el mercado...".

Siguiendo esa lógica, el art. 27 delinea limitaciones a la integración horizontal en el segmento de distribución eléctrica, destacando que "...El Poder Ejecutivo a pedido de

dos o más poderes concedentes municipales, y previa recomendación de la Autoridad de Aplicación, podrá autorizar la unificación de los servicios prestados por dos o más concesionarios municipales de servicios públicos de distribución de electricidad, que operen en virtud de concesiones otorgadas por diferentes municipalidades, procediendo en consecuencia, a otorgar la correspondiente concesión provincial. Dicha solicitud de unificación, deberá fundarse en razones de eficiencia y economía justificadas, debiendo preservarse los derechos de los concesionarios...".

Por su parte, el art. 5 establece como Autoridad de Aplicación al Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos quien ejercerá las atribuciones inherentes al poder público en lo referente al diseño y la implementación de políticas en materia de energía eléctrica de la Provincia de Buenos Aires. (art.54)

A su vez, y al igual que la normativa nacional, el art. 6 de la ley crea un organismo de control, denominado Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires (OCEBA) conforme al artículo 6° del Decreto Reglamentario N° 1.208/97.

Según la propia página del OCEBA¹, "...las actividades eléctricas comprenden a la generación, transporte y distribución, OCEBA cumple un rol destacado en esta última, a consecuencia, en primer lugar, del deslinde jurisdiccional que establece el artículo 75, inciso 13, 'cláusula de comercio', que limita la intervención de la Provincia en algunas cuestiones derivadas de la interconexión y en segundo término, por el control que ejerce sobre tres (3) distribuidores con concesión provincial -: EDEN S.A., EDEA S.A., EDES S.A. - y casi doscientos (200) distribuidores con concesión municipal bajo la forma de Cooperativa o Sociedad de Economía Mixta...".

El OCEBA, conforme al art.17 del decreto 2.479/04, dictaminará, en cada caso particular si una situación configura o no un acto de competencia desleal o abuso de una posición dominante en el mercado².

Ahora bien, a partir de la sanción de la ley 25.156 de Defensa de la Competencia, la facultad de los entes reguladores de definir las situaciones de competencia desleal o abuso de posición dominante fue absorbida por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (art.59).

¹ http://www.oceba.gba.gov.ar/Paginas/oceba_es/definicion.php

² http://www.oceba.gba.gov.ar/Descarga/LEY_13173.pdf

El art. 3 estableció que "Quedan sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas físicas o jurídicas públicas o privadas, con o sin fines de lucro, que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional...".

La ley de Defensa de la Competencia (CNDC), en el art. 1 dispone: "Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general...". Más adelante, en el art. 7 establece una clara prohibición relativa a "...las concentraciones económicas, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar en perjuicio para el interés económico general...".

El art. 16 prevé que "...Cuando la concentración económica involucre a empresas o personas cuya actividad

económica este reglada por el Estado Nacional a través de un organismo de control regulador, el Tribunal de Defensa de la Competencia, previo al dictado de su resolución, deberá requerir a dicho ente estatal un informe opinión fundada sobre la propuesta de concentración económica en cuanto al impacto sobre la competencia en el mercado respectivo o sobre el cumplimiento del marco regulatorio respectivo...". El decreto 89/2001, reglamentario de ese artículo 16, establece que "...En caso de no remitirse opinión o informe alguno dentro de ese plazo, se considerará que el organismo regulador o de control no objeta la concentración económica en el sector involucrado, no obstante las sanciones que puedan corresponder de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 50 de la ley nro. 25.156 o por otras leyes, decretos o reglamentaciones. En todos los casos, la opinión o dictamen de esos organismos tendrá carácter no vinculante...".

La jurisdicción de la CNDC abarca todo el territorio nacional y, en razón de ello, las operaciones que afectan a la distribución eléctrica regional y que, en principio, no se encuentran sujetas a la jurisdicción del ente nacional, sí caen en la órbita de la autoridad de competencia.

En el marco de las transformaciones impulsadas por el Gobierno Nacional, la provincia de Buenos Aires incorporó

las reglas establecidas para el sector eléctrico y, mediante la ley 10.904, se inició el proceso de privatización de la explotación de los servicios de generación, transporte y distribución de energía eléctrica, transfiriendo las funciones de la Dirección de la Energía de la Provincia de Buenos Aires (D.E.B.A) a la Empresa Social de Energía de Buenos Aires (E.S.E.B.A) en una transición hacia la privatización.

En ese marco, la ley 11.771 declaró sujeta a privatización total o parcial la actividad a cargo de E.S.E.B.A. El decreto 106/97, a propuesta de una comisión formada por 4 legisladores y 4 representantes del Poder Ejecutivo de la Nación, inició la separación en distintas unidades operativas para fomentar la desintegración vertical y horizontal.

En el segmento de distribución eléctrica -a la que se sumaría en 2011 EDELAP- se habían constituido las siguientes unidades: "Empresa distribuidora de Energía del Norte S.A." (EDEN); "Empresa distribuidora de Energía Atlántica S.A." (EDEA) y "Empresa distribuidora de Energía del Sur S.A." (EDES). Luego se adjudicaron a los consorcios seleccionados.

III. ANTECEDENTES. MARCO FÁCTICO.

Diversas investigaciones y publicaciones aparecidas en medios especializados y periodísticos, pusieron de manifiesto un acelerado proceso de concentración dentro del mercado energético mediante el cual se benefició a distintos empresarios del entorno de "Cambiamos", con la evidente anuencia tanto del Gobierno de la provincia de Buenos Aires como el de la Nación.

En abril de 2017, el periodista Juan Balois Pardo publicó en el sitio www.vocesyapuntes.com el artículo titulado "El equipo de Macri multiplica fortunas con dinero que sale de tu bolsillo" refirió que "...Los socios de Macri compraron empresas de generación y transporte de electricidad y gas sabiendo que el Presidente aumentaría descomunadamente las tarifas y elevaría los precios mayoristas. Las acciones de las mismas no paran de subir, la cuantiosa ganancia sale del bolsillo de todos los argentinos. A pesar de los fuertes reclamos de la sociedad por los impresionantes aumentos de las tarifas de los servicios públicos, Macri no dio el brazo a torcer ... Seguramente estos nombres sonarán en los tiempos venideros; Marcelo Mindlin, Guillermo Peca, Miguel Peca, Eduardo Escasany, Rogelio Pagano y Alejandro Mc Farlane, entre otros...".

En tanto, el portal iprofesional publicó en junio de 2017 el artículo titulado "Nuevos dueños de la energía:

cuáles son los nombres que se reparten el negocio estrella del modelo macrista". Allí se informó que "...Si hay un auténtico protagonista del segmento tras la irrupción de Cambiemos, ese es Marcelo Mindlin... Dueño de Edenor, Mindlin posee más de 20.000 kilómetros de líneas de provisión de energía al controlar las firmas Transener y Transba. En paralelo, el titular de Pampa es un "peso pesado" de la generación dado que posee las hidroeléctricas Los Nihuiles y Diamante, y las centrales térmicas Loma de la Lata, Piedrabuena y Güemes... Otro de los nombres que pisa fuerte en el ámbito energético es el de Nicolás Caputo. De la mano de SADESA, participa en la generación de electricidad a través de Central Puerto y Central Mendoza. También posee participación en distribuidoras de gas en el centro del país y la región de Cuyo. Al mismo tiempo, Caputo cuenta con una porción muy amplia en Edesur adquirida a la brasileña Petrobras en enero de 2013. En ese momento, la petrolera vendió su participación del 48,5% en u\$s35 millones. Dichas acciones las adquirieron Hidroeléctrica Piedra del Águila (HPDA) y La Plata Cogeneración, ambas bajo control de SADESA... **Pagano: el tapado.** Más allá del despliegue de Mindlin y el movimiento creciente de Caputo, una de las movidas más significativas en tiempos de macrismo corrió por cuenta de un "tapado": Rogelio Pagano,

un empresario del "riñón" del titular de Pampa Energía y que a fines de mayo de 2016 compró una serie de compañías que lo transformaron en una suerte de "zar" de la electricidad bonaerense.. En ese momento, el empresario pagó u\$s 250 millones para quedarse con Edelap, la firma que brinda electricidad a más de 400.000 usuarios en La Plata y su área de influencia, además de garantizarse también el dominio de EDEA, la empresa que provee de suministro a casi 530.000 clientes en Mar del Plata. Al frente de Desarrolladora Energética (DESA), Pagano también opera EDESA, clave en la provisión de electricidad en la provincia de Salta, y las distribuidoras EDEN y EDES, con operaciones en el centro y sur de la provincia de Buenos Aires. Pagano no es ningún improvisado en el negocio energético: integró el directorio de Edenor entre 2005 y 2012 y acompañó a Mindlin en Pampa Energía durante varios años. También ocupó diferentes cargos en Citibank y Bank of América. Producto de sus últimas maniobras, Pagano pasó a disponer de una cartera de usuarios que supera con comodidad los 1,5 millones de clientes...". (el subrayado me pertenece)

El Observatorio de la Energía, Tecnología e Infraestructura para el Desarrollo (OETEC) publicó un artículo del que surge "...Concentración y cartelización

(Mindlin-Caputo-Pagano) en el sector eléctrico. ¿Qué harían los finlandeses?... Un solo apellido controla la distribución y comercialización eléctrica bonaerense. En un año y medio de gestión neoliberal, el Grupo DESA de Rogelio Pagano -ex Edenor- pasó a controlar todas las distribuidoras y comercializadoras de la provincia de Buenos Aires, a excepción de Edenor y Edesur que caen bajo órbita nacional. Actualizados los datos a fines de 2016, con el control de EDEA, EDEN, EDES y EDELAP, el Grupo DESA llega a 1.770.000 usuarios... Tres apellidos se reparten la provincia de Buenos Aires y la mitad del país..."³.

Por su parte, y en relación a estas operaciones, el periodista Alfredo Zaiat publicó un artículo titulado "Todo queda entre amigos" en el diario Página 12 donde destacó que "...El tarifazo fue el incentivo para la conformación de un monopolio privado de la luz en la Provincia de Buenos Aires, que viola el marco regulatorio vigente. Los gobiernos nacional y provincial no cuestionan esa concentración irregular.. Tarifazos de la luz, ganancias crecientes y extraordinarias de distribuidoras eléctricas, concentración empresaria, vinculaciones entre los dueños de las principales firmas eléctricas del país, negocios entre ex socios, acceso fluido de esos empresarios al presidente

³ <http://www.oetec.org/nota.php?id=2616&area=5>

Mauricio Macri, violación del marco regulatorio de la distribución eléctrica en el territorio de la gobernadora María Eugenia Vidal y las firmas que controlan las empresas eléctricas están radicadas en plazas offshore. Este combo con el sello Cambiemos tiene de protagonista a las cuatro eléctricas de la Provincia de Buenos Aires y a un financista con prudente presencia pública pero bastante conocido en la city: Rogelio Pagano. Junto a Marcelo Mindlin, dueño del conglomerado energético Pampa, que tiene como uno de sus mayores inversores privados a Joe Lewis...y Alejandro Macfarlane, habían desembarcado en Edenor en 2005 y en otras firmas del área energética a través del Grupo Dolphin... Edenor fue la primera pieza de una red que se fue expandiendo, y con el macrismo ya abarca la mitad del servicio eléctrico de la Capital Federal y de toda la Provincia de Buenos Aires, que reúnen en conjunto un tercio del total de los usuarios del servicio de luz del país. Pagano controla la luz de Buenos Aires con Eden (norte y centro), Edea (Costa Atlántica y centro), Edes (sur) y Edelap (La Plata y alrededores), conformando un monopolio privado de la distribución de la luz en la provincia gobernada por Vidal, irregularidad manifiesta con el vigente marco regulatorio nacional y provincial... Federico Basualdo realizó la impecable investigación "La violación

del marco regulatorio en el funcionamiento actual de la distribución eléctrica de la provincia de Buenos Aires". Sociólogo e investigador de Flacso, Basualdo explica que "... El nuevo modelo tuvo esencialmente como objetivo reemplazar uno basado en el monopolio estatal verticalmente integrado y con planificación centralizada, por un sistema de competencia basado en el mercado y descentralizada... Segba fue fragmentada en cuatro generadoras y en tres distribuidoras (Edesur, Edenor y Edelap) y también fue dividida en tres Eseba de la Provincia de Buenos Aires (Eden, Edea y Edes). En 2011, la regulación de Edelap fue transferida del gobierno nacional al provincial... A comienzos del 2000, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) inició una investigación sobre la entonces empresa española Endesa (ahora es propiedad en un 70 por ciento de la italiana Enel) porque tenía acciones de Edenor y Edesur. A partir de un informe de la Secretaría de Defensa de la Competencia, el ENRE dictaminó la incompatibilidad de Endesa para participar en ambas sociedades, y ordenó al grupo empresario a desprenderse del control accionario en alguna de las dos empresas. El gobierno de Cambiemos permite lo que el marco regulatorio de los noventa impide. Recién un año después de concretada la compra de Eden y Edes por parte de la empresa de Pagano

(Desarrolladora Energética SA), el 18 de mayo de 2017, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia elevó el caso al secretario de Comercio, Miguel Braun... el gobierno nacional desconoció el antecedente de Endesa con Edesur y Edenor... Con Eden, Edea, Edes y Edelap, el grupo Pagano concentra el 58,8 por ciento de los usuarios de energía eléctrica y el 65,2 por ciento de la energía distribuida de la provincia de Buenos Aires... A partir de 2016, en un contexto de aplicación de un fortísimo ajuste tarifario, el grupo DESA estuvo motivado a desplegar una agresiva política de adquisición de empresas de distribución eléctrica. En mayo de ese año, Vidal había aprobado el primer ajuste de electricidad para los bonaerenses, con aumentos de entre 100 y 215 por ciento, para aplicar otro de 58 por ciento promedio el año pasado (otros cálculos lo amplían a 125 por ciento). Dos semanas antes de que se celebre la audiencia para habilitar este último ajuste, la Provincia autorizó un incremento adicional de 10 por ciento, al considerar que cumplieron con un plan de obras de 580 millones de pesos. El tarifazo en la luz fue así el principal incentivo para capturar el control de las distribuidoras eléctrica y si, además, hay simulación oficial en la tarea de fomento de la competencia, el negocio es redondo para quien puede beneficiarse. La

concentración en el grupo Pagano redefine el funcionamiento del sector eléctrico de la provincia de Buenos Aires, violando lo establecido en el marco regulatorio provincial y nacional vigente... Rogelio Pagano desembarcó en el sector energético de la mano de Marcelo Mindlin. Como director del Grupo Dolphin -firma clave de Mindlin para la inversión en empresas eléctricas- era el encargado de desarrollar las fusiones y adquisiciones. Antes de incorporarse al Grupo Dolphin en 2002, Pagano trabajó en Newbridge Latin America, Deutsche Morgan Grenfell en Argentina, Citibank y Bank of America. Fue una pieza principal en el surgimiento y consolidación de Pampa Energía y manejó la dirección financiera de Edenor, entre otros cargos. Hasta la compra de las eléctricas bonaerenses, Pagano también fue director ejecutivo del Grupo Dolphin, director suplente de Pampa Energía y miembro del directorio de Edenor. Basualdo describe que "durante los últimos años encaró nuevos negocios que se presentan aparentemente como independientes del grupo en cuestión". Asociado con el empresario venezolano Miguel Martínez Mendoza (ex ejecutivo de Enron), en abril de 2012, le compró a Edenor la distribuidora eléctrica de Salta (Edesa), por 23 millones de dólares. En ese momento, Pagano trabajaba en Edenor. La sociedad utilizada para realizar esa operación fue Power

Infraestructure Group. Basualdo advierte que no se encontraron registros sobre la composición accionaria de esa firma, pero la información pública a la que él accedió indica que Martínez Mendoza era el controlante y Pagano, un socio minoritario. Un año después, en febrero de 2013, otra vez Edenor les vendió por 80 millones de dólares la distribuidora eléctrica del norte de la provincia de Buenos Aires (Eden). En agosto de 2014, Pagano se independizó de Martínez Mendoza e inscribió en el Registro Público de Comercio la empresa Desarrolladora Energética SA (DESA). En mayo de 2016, realizó su primera operación grande, le compra a Martínez Mendoza su participación en Edesa (Salta), Eden y Edes. La operación se realizó por un total de 300 millones de dólares, con financiamiento del banco de inversión UBS y del fondo de inversión norteamericano Carval. En marzo de 2017, Alejandro McFarlane (estuvieron juntos en el desembarco en Edenor con Mindlin) le vendió el control accionario de la distribuidora de la costa atlántica (Edea) y de la distribuidora eléctrica de la capital provincial (Edelap). Pagano, Martínez Mendoza, MacFarlane y Mindlin conforman un cuadrado energético que permitió que DESA pudiera avanzar sobre el control de la distribución eléctrica de la provincia de Buenos Aires, integrando en un mismo grupo económico las distintas

unidades de negocio de lo que fuera la empresa estatal de luz bonaerense. Offshore. Basualdo elaboró un impresionante organigrama detallando cada uno de los eslabones del entramado societario de Pagano (nombre de la empresa, participación accionaria, vinculación con otras firmas), que nace con la firma controlante del conglomerado energético: Cuxery International. Es una sociedad anónima constituida de acuerdo con las leyes de Uruguay... Pagano es el controlante... Si el gobierno nacional no tuvo voluntad de realizar un análisis mínimo de defensa de la competencia, para evitar la conformación de un monopolio privado de la luz en la provincia de Buenos Aires que viola el actual marco regulatorio neoliberal de los 90, no es esperable que se interese por saber quiénes son los otros socios de Pagano. Sería revelador, y hasta puede ser una sorpresa, conocer quienes invierten en energía en la Argentina...". (el subrayado me pertenece)

En un artículo suscripto por el recién aludido ex titular del ENRE, Federico Basualdo, para el portal www.elcohetecalaluna.com se resaltó que "... Casualmente, fuera del área metropolitana, la distribución de energía eléctrica en la provincia de Buenos Aires se encuentra concentrada en manos de un grupo de sociedades conducido por Luis Pablo Rogelio Pagano... Durante el último año y

medio, Pagano y asociados desembolsaron en dos operaciones casi simultáneas cerca de 450 millones de dólares para quedarse, en noviembre de 2016, con las distribuidoras EDES (sur de la provincia de Buenos Aires) y EDEN (norte y centro de la provincia de Buenos Aires), y en un segundo movimiento en marzo de 2017, con EDEA (Mar del Plata) y EDELAP (La Plata). Con la compra de esta última empresa, que distribuye la energía eléctrica en la capital provincial, sede administrativa de la gobernadora Vidal, Pagano y asociados adquirieron el 51% de la generadora Central Dique S.A..."⁴. (el subrayado me pertenece)

Asimismo, y en otro artículo titulado "Tarifas y violación regulatoria", explicó que "...La distribución eléctrica en la provincia de Buenos Aires presenta una situación inédita. Tras las ganancias extraordinarias que arroja el ajuste tarifario de Cambiemos, en tan sólo dos años el grupo DESA concentró todas las empresas distribuidoras provinciales, violando los principios más básicos de la propia reforma que se implementó en la década de 1990. Sin embargo, ante esta situación la gobernadora Vidal y el gobierno nacional no tomaron medida alguna. Es decir, Rogelio Pagano –representante local del grupo empresario de inversores anónimos– reproduce la operatoria

⁴ <https://www.elcohetalaluna.com/cambiamos-al-menos-dueno/>

más básica de la "comunidad de negocios" que desembarcó en las empresas públicas durante la década de 1990. Sin embargo, hoy cuenta con un plus de beneficios: el combo de ajuste tarifario y descontrol regulatorio del gobierno provincial y nacional... Con amplia trayectoria en el sector financiero, Rogelio Pagano, ex alto ejecutivo del Citibank, salió indemne del escándalo del CEI y años después desembarcó en el sector eléctrico de la mano de Marcelo Mindlin. Pagano se destacó en el Grupo Pampa Energía como gerente de fusiones y adquisiciones, y una década después de haber ingresado al grupo se desvinculó formalmente para registrar en la provincia de Buenos Aires un nuevo emprendimiento, Desarrolladora Energética S.A. En el segmento de la distribución eléctrica provincial, la aplicación de la reforma neoliberal en la década de 1990 tuvo como resultado, entre otros, la creación de tres unidades de negocio independientes y su posterior privatización (EDEN, EDEA, EDES). En 2011, con la incorporación de EDELAP a la órbita regulatoria provincial, la distribución eléctrica de la provincia de Buenos Aires quedó en manos de cuatro unidades de negocio, reguladas por el Organismo de Control de Energía Eléctrica de la provincia de Buenos Aires (OCEBA)... En este sentido, la búsqueda de un "contexto competitivo" funcionó como

principio ordenador de la privatización de la industria eléctrica y de la reforma de su marco regulatorio. La desintegración horizontal de la industria y la privatización de la mayor cantidad de unidades de negocios independientes respondió a tales objetivos. En este sentido, en monopolios naturales regulados, como el de la distribución eléctrica, la desintegración horizontal en unidades económicas buscaba generar las condiciones para la denominada "competencia por comparación", asignando la responsabilidad de prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o de abuso de posición dominante al Ente regulador. Desde la aplicación de las reformas mencionadas, fue habitual el cambio de accionistas de las empresas concesionarias provinciales, pero siempre manteniendo la condición de posibilidad para la aplicación del principio de competencia que, en el marco de un mercado regulado como el de la distribución eléctrica establece límites a la concentración horizontal de las unidades de negocio en manos de una misma empresa o grupo económico. Sin embargo, a partir de 2016, el grupo Desarrolladora Energética S.A. avanzó con una agresiva política de adquisición de empresas de distribución eléctrica, alcanzando a controlar las cuatro empresas de la provincia de Buenos Aires: Empresa Distribuidora de Energía Norte S.A. (EDEN); Empresa

Distribuidora de Energía Sur S.A. (EDES); Empresa Distribuidora de Energía Atlántica S.A. (EDEA) y Empresa Distribuidora La Plata S.A. (EDELAP). El desembarco de la nave insignia de Rogelio Pagano en territorio bonaerense fue posible a partir de la llegada de María Eugenia Vidal al gobierno, y coincidió con la política de ajuste tarifario aplicada por la gobernadora en sintonía con la administración nacional. La política de adquisición de empresas desplegada por DESA redefinió el funcionamiento del sector eléctrico de la provincia y representa una situación inédita dado que implica una evidente violación del marco regulatorio vigente...La novedad viene de la mano de Cambiemos. Con la rapacidad de un aguilucho y bajo el amparo del gobierno nacional y de la gobernadora Vidal, DESA avanzó sobre la distribución eléctrica de la provincia violando los principios más básicos de la regulación vigente..."⁵.

En el artículo titulado "El acuerdo de Vidal con las eléctricas: Subsidio para amigos y deudas para todos" publicado por el portal "Elretratodehoy" se informó que "...El vertiginoso aumento de las tarifas de los servicios públicos pone en crisis el entramado productivo y la economía de los hogares bonaerenses. Entre diciembre de

⁵ <https://www.elcohetecalaluna.com/tarifas-y-violacion-regulatoria/>

2015 y marzo de 2018 las tarifas residenciales de Edenor y Edesur aumentaron en promedio un 1600%, en tanto que los aumentos de las distribuidoras bajo jurisdicción provincial (EDES, EDEN, EDEA Y EDELAP) oscilan entre 600% y 900%...

En la actualidad, todas las empresas distribuidoras de energía eléctrica de la provincia de Buenos Aires se encuentran controladas por un mismo grupo económico. Durante los últimos dos años, Desarrolladora Energética S.A. (DESA), controlada por Rogelio Pagano, desembolsó en dos operaciones casi simultáneas cerca de 450 millones de dólares para quedarse, en noviembre de 2016, con las distribuidoras EDES (sur de la provincia de Buenos Aires) y EDEN (norte y centro), y en una segunda instancia, en marzo de 2017, con EDEA (Mar del Plata) y EDELAP (La Plata).

Ambas operaciones se realizaron en paralelo al proceso de revisión tarifaria, y las mismas fueron aprobadas por la Comisión Nacional de Defensa de la competencia (CNDC). La falta de colaboración del ENRE y el OCEBA con el análisis de las operaciones quedó en evidencia en los dictámenes correspondientes de la CNDC. En un hecho sin precedentes, en el último dictamen, referido a la compra de EDEA y EDELAP, queda expuesta la negativa de las autoridades del Organismo de Control a colaborar dado que consideran no tener competencia en el tema, señalando al Ministro de

Infraestructura y Servicios Públicos, Roberto Gigante, como la autoridad competente. El marco regulatorio eléctrico de la provincia otorga amplias facultades al Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos, ninguna de ellas señala que debe reemplazar las funciones del regulador. A pesar de la falta de colaboración, no es necesario el asesoramiento de los organismos reguladores para destacar que la concentración de las cuatro distribuidoras provinciales en manos de un mismo grupo económico redonda en una flagrante violación de la normativa vigente. Sin embargo, la CNDC recomendó al Secretario de Comercio de la Nación aprobar ambas operaciones. Su flamante presidente, Esteban Manuel Greco, es un conocido consultor de empresas del sector energético. En los dictámenes sobre las compras de DESA, este consultor insiste en la utilización de técnicas de benchmarking para subsanar la potencial lesión a la competencia ocasionada por dichas operaciones. Casualmente, el benchmarking es uno de los servicios que ofrece la consultora de la que fue socio hasta 2015, año en que asumió como presidente de la CNDC. En 2017 se cumplió el primer ejercicio económico de DESA como grupo consolidado. Con una participación parcial de EDELAP y EDEA, DESA obtuvo ingresos por 8.880 millones de pesos, y ganancias por 773 millones de pesos...Los organismos de

control actúan, al compás del Poder Ejecutivo nacional y provincial, como garantes de la transferencia de ingresos desde los hogares bonaerenses y los distintos sectores de la economía a las empresas de energía, al tiempo que garantizan y subsidian la concentración de las empresas del sector en un puñado de grupos económicos, erosionando notablemente el interés general. Gentileza: Basualdo Federico (www.elcoheteealaluna.com)...”.

En definitiva, y de lo que surge de los artículos reseñados, la distribución eléctrica de la Provincia de Buenos Aires, que mayoritariamente se encontraba dividida en cuatro empresas EDELAP, EDEN, EDEA y EDES -y alrededor de 200 Cooperativas Eléctricas-, hoy se ha transformado en un monopolio.

¿Quién controla esas empresas?

En agosto de 2014, Rogelio Pagano inscribió en el Registro Público de Comercio a la Empresa Desarrolladora Energética S.A. (DESA).

En mayo de 2016, DESA realizó su primera gran operación mediante la cual adquirió del empresario venezolano Miguel Martínez Mendoza -del cual había sido socio-, en lo que respecta únicamente a la provincia de Buenos Aires, su participación en EDEN Y EDES. En marzo de

2017, Alejandro McFarlane le vendió a DESA el control accionario de EDEA Y de EDELAP.

De ese modo, la empresa DESA obtuvo el control de casi la totalidad de la distribución eléctrica en la provincia de Buenos Aires, ya que volvieron a concentrarse las cuatro unidades de negocios que componían la ex E.S.E.B.A.

Si se analiza la integración horizontal operada por DESA en el segmento de distribución eléctrica de la provincia de Buenos Aires, se observa una clara posición dominante de la empresa en el sector y una inexistente "competencia por comparación" atento a que todas las sociedades integran el mismo grupo económico.

Esa concentración resulta evidente tanto si el indicador empleado es el número de usuarios que nuclea -un 58.8% de usuarios de la Provincia de Buenos Aires- así como si se atiende al porcentaje de energía distribuida - representa un 65.2% sin contemplar la energía que le suministran a las cooperativas eléctricas-.

IV. LOS HECHOS ILÍCITOS

A la luz de cualquier observador razonable, la descripción del escenario energético y los números esbozados resultan sumamente ilustrativos e indican una

clara y notoria operación de concentración en la distribución de energía eléctrica que no puede haber sido soslayado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

¿Cómo fue el procedimiento por el cual se habilitó esta operación de concentración económica?. Ese proceso constó de dos etapas:

a) Adquisición de EDEN y EDES por parte de DESA. Expediente N°S01:0235181/2016 (Conc. 1328) CQ-JH de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Resolución del Secretario de Comercio

El 18 de mayo de 2017, un año después de haberse concretado la operación, la CNDC elevó al Secretario de Comercio el dictamen nro. 110 mediante el cual se aconsejó autorizar la operación notificada en tanto no infringía el art. 7 de la ley 25.156.

En ese dictamen, se explica que la operación consiste en la toma de control por parte de DESA - empresa compradora es controlada por Luis Pablo Rogelio Pagano- de las empresas EDES y EDEN y que todas ellas tienen como actividad principal u objeto exclusivo la distribución y comercialización de energía eléctrica en la provincia de Buenos Aires. También se destaca que Pagano controla las

empresas EDESA y ESED que prestan el servicio de distribución de energía eléctrica en la provincia de Salta.

En lo atinente al procedimiento, se relata que el cierre efectivo de la transacción aconteció el 27 de mayo de 2016 y que la operación de concentración fue notificada a la CNDC el 3 de julio del 2016 conforme a lo previsto en el art. 8 de la ley 25.156. En relación a ello, se señala expresamente que "... la operación notificada constituye una concentración económica en los términos del art. 6 inciso c) de la ley 25.256... La obligación de efectuar la notificación obedece a que el volumen de negocios de las firmas afectadas supera el umbral establecido en el art.8 de la ley... y no se encuentra alcanzada por ninguna de las excepciones previstas...".

Seguidamente, conforme surge del dictamen, el 22 de junio de 2016 la CNDC solicitó la intervención del Ente Nacional Regulador de la Electricidad -ENRE- y del Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires -OCEBA- en virtud de lo estipulado por el art. 16 de la ley 25.156. Las comunicaciones remitidas fueron recibidas por los entes reguladores el 23 y el 26 de junio, respectivamente.

Luego de ello, la CNDC intimó a las partes atento a que la información suministrada en la notificación no

satisfacía los requerimientos del Formulario F1, que es el formulario que debe presentarse para notificar las concentraciones económicas, a la vez que se señaló que el plazo para resolver quedaría suspendido hasta que dieran cumplimiento.

Paralelamente, el 24 de Agosto de 2016 se presentó el ENRE solicitando copia del formulario F1, ordenando extracción y certificación de copias. El 14 de Septiembre el ENRE recibió el oficio. Por su parte, OCEBA no se expidió al respecto, por lo que la CNDC entendió que no tenían objeciones que formular en virtud del decreto 89/2001.

Recién el 16 de mayo de 2017, las partes se presentaron para dar cumplimiento al requerimiento formulado por la CNDC y se tuvo por aprobado el formulario F1, reanudándose los plazos.

En esta instancia, la CNDC procedió a analizar los efectos de la operación y señaló que "...puede identificarse una potencial relación horizontal en la compra de energía eléctrica, derivado de la consolidación en un mismo grupo de las empresas EDES, EDEN y EDESA...". Sin embargo, se entendió que "...considerando que existen diversas distribuidoras de energía eléctrica (46 según registros de ADEERA a mayo de 2016) que pueden ser utilizadas como

comparadores y que también pueden utilizarse mecanismos de benchmarking con distribuidoras de otros países, la operación notificada no genera efectos horizontales que puedan afectar negativamente la competencia...Por consiguiente...con motivo de la siguiente operación no caben esperar efectos económicos que afecten negativamente las condiciones imperantes en los mercados, ya que no se verifican relaciones horizontales o verticales que pudieran generar motivo de preocupación desde el punto de vista de la competencia...".

A modo de conclusión, la CNDC resaltó en su dictamen que "...la operación de concentración económica notificada no infringe el art.7 de la ley 25.156... Por ello... aconseja al Señor Secretario de Comercio autorizar la operación notificada...".

Finalmente, el 14 de julio de 2017 el Secretario de Comercio Miguel Braun dictó la resolución nro. 549/2017 mediante el cual autorizó la aludida operación de concentración económica.

b) Adquisición de EDELAP y EDEA por DESA (Expediente N°S01:0108902/2017 (Conc. 1437) CQ-JH de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Resolución del Secretario de Comercio

El 27 de noviembre de 2017 la CNDC elevó al Secretario de Comercio el dictamen nro. 261 mediante el cual se aconsejó autorizar la operación notificada en tanto no infringía el art. 7 de la ley 25.156.

En ese dictamen, se explica que la operación de concentración económica notificada el 23 de marzo de 2017 consiste en la toma de control por parte de EIESA - controlada por Luis Pablo Rogelio Pagano- de las empresas EDEA y EDELAP y que éstas tienen como actividad principal u objeto exclusivo la distribución y comercialización de energía eléctrica en la provincia de Buenos Aires. También se destaca que Pagano controla las empresas DESA, AES PAMPA, EDES, AESEBA, EDEN, IESA, EDESA y ESED, vinculadas al mercado de energía eléctrica.

En relación a ello, se señala expresamente que "... la operación notificada constituye una concentración económica en los términos del art. 6 inciso c) de la ley 25.256... Las firmas intervinientes la notificaron en tiempo y forma, de acuerdo a lo previsto en el artículo 8° de la misma norma...".

Seguidamente, conforme surge del dictamen, el 12 de abril de 2017 la CNDC solicitó la intervención del Ente Nacional Regulador de la Electricidad -ENRE-, del Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos

Aires -OCEBA- y del Ente regulador de servicios públicos de Salta para que tomaran la intervención que les corresponde.

Luego de ello, la CNDC intimó a las partes para que readecuaran el Formulario F1 a la vez que se señaló que el plazo para resolver quedaría suspendido hasta que dieran cumplimiento.

Paralelamente, el 9 de mayo de 2017 fue recibida la nota 1698/17 suscripta por el Dr. Carlos Enrique Villa, en su carácter de gerente de procesos regulatorios del OCEBA, donde refiere que la autoridad de aplicación respecto de operaciones de venta o modificación del paquete accionario es el Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia. En razón de ello, la CNDC remitió oficio a ese Ministerio la intervención que le compete en relación a la operación que allí se analizaba.

El 11 de mayo de 2017 contestó el Dr. Jorge Figueroa Garzón, en su carácter de Presidente del Ente Regulador de Salta, informando que no se advertían objeciones a la operación de concentración económica informada respecto a su repercusión local.

El 16 de junio se recibió la nota suscripta por Roberto Gigante en su carácter de Ministro de Infraestructura y Servicios Públicos de la provincia de

Buenos Aires donde informó que no se formulaban objeciones a la operación de concentración económica notificada.

Recién el 16 de noviembre de 2017 se presentaron las partes para dar cumplimiento efectuado por la CNDC y readecuaron el formulario F1 que se tuvo por aprobado y se reanudaron los plazos.

En esta instancia, la CNDC procedió a analizar los efectos de la operación y señaló que "...puede identificarse una potencial relación horizontal en la compra de energía eléctrica, derivado de la consolidación en un mismo grupo de las empresas EDES, EDEN, EDESA, EDELAP y EDEA...". Sin embargo, se entendió que "...considerando que existen diversas distribuidoras de energía eléctrica (46 según registros de ADEERA a mayo de 2016) que pueden ser utilizadas como comparadores y que también pueden utilizarse mecanismos de benchmarking con distribuidoras de otros países...no cabe esperar efectos económicos que afecten negativamente las condiciones de competencia imperantes en los mercados alcanzados por la presente operación de modo que pueda perjudicar al interés económico general...".

A modo de conclusión, la CNDC resaltó en su dictamen que "...la operación de concentración económica notificada no infringe el art.7 de la ley 25.156...Por ello...aconseja al

Señor Secretario de Comercio autorizar la operación notificada...".

Finalmente, el 12 de enero de 2018 el Secretario de Comercio Miguel Braun dictó la resolución nro. 25/2018 mediante el cual autorizó la aludida operación de concentración económica.

III. DE LAS PRESUNTAS CONDUCTAS DELICTIVAS.

Que, a la luz del marco normativo vigente, y conforme a los hechos que hemos detallado en los apartados anteriores, resulta imperioso investigar la maniobra desplegada para que Rogelio Pagano pudiera obtener el monopolio de la distribución de energía eléctrica en la aludida provincia.

En ese sentido, consideramos que deben analizarse las siguientes conductas:

a) La Gobernadora Vidal se habría interesado en las operaciones de concentración económica mencionadas influyendo sobre su Ministro de Infraestructura -Roberto Gigante- y sobre el ente regulador "OCEBA" para que no se formularan objeciones a la adquisición de la totalidad de las empresas de distribución eléctrica por parte de Rogelio Pagano -cercano a Macri y a "Cambiemos"- y, por tanto, se

facilitara la aprobación de esas transacciones. Es decir, para favorecer a un empresario cercano al Gobierno.

Tal como hemos explicado, la CNDC notificó al OCEBA de las dos operaciones de concentración económica referidas para que el ente regulador remitiera un informe - conforme se encuentra previsto en la ley-, previo a que esa Comisión emitiera su dictamen.

No obstante ello, y en un llamativo abandono de sus funciones, el OCEBA dejó de lado la obligación de velar por la competencia en el mercado de distribución de energía eléctrica y, por tanto, de salvaguardar los derechos de los usuarios. Cabe recordar que, tal como surge de la normativa, el control en esa materia es competencia del ente regulador.

En el caso de la consulta formulada por la adquisición de EDEN y EDES, el OCEBA omitió remitir a la CNDC el informe requerido y, con su silencio, otorgó un consentimiento tácito a la operación consultada. Mediante este proceder, soslayó los mas elementales deberes que le conciernen como ente regulador -receptados en las normas detalladas ut supra-, allanando el camino para que continuara la maniobra.

Más llamativa resulta aún la conducta desplegada por el OCEBA en oportunidad de ser requerido para emitir

dictamen en el caso de la adquisición de EDEA y EDELAP. En esa ocasión, y contradiciendo su propio criterio, el ente regulador señaló que no era competente para expedirse sobre ese asunto y que debía decidir el Ministro de Infraestructura Roberto Gigante.

Es dable recordar que, a diferencia de lo sostenido, el ente regulador tiene la competencia para dictaminar si una situación configura un supuesto de abuso de la posición dominante o competencia desleal (decreto nro. 2479/04) y para prevenir conductas anticompetitivas (ley 11.769, art. 62, inc i).

Por otro lado, esa declaración de incompetencia resulta manifiestamente contradictoria con la conducta desplegada en la que incurrió el OCEBA respecto a la adquisición de EDES y EDEN donde el ente no hizo manifestación alguna relativa a su competencia y dejó transcurrir el plazo sin omitir opinión.

Esa situación evidencia la fuerte influencia que se estaba ejerciendo desde la Gobernación para que prosperara la consolidación del aludido monopolio. Obviamente, y como era de esperarse, el Ministro Gigante remitió una comunicación a la CNDC manifestando que no existían objeciones respecto a la operación.

En este punto, no es posible soslayar que el propio Ministro de Infraestructura y Servicios Públicos subrogó al OCEBA en sus funciones propias y lo que aún es más grave, se expidió favorablemente sin siquiera contar un dictamen previo del ente regulador -órgano competente y especializado-. Tampoco surge que el dictamen hubiera estado fundado.

Debe advertirse que los integrantes del Directorio de OCEBA son designados y removidos por el Poder Ejecutivo local (art. 56 de la ley 13.173), por lo tanto, pudieron haber omitido intervenir por decisión de la Gobernadora Vidal a fin de beneficiar al empresario Pagano.

En relación a las autoridades de OCEBA, de los dictámenes de la CNDC únicamente surge el nombre del Dr. Carlos Enrique Villa -gerente de procesos regulatorios-. No obstante ello, considero que debe investigarse también la conducta desplegada por el Directorio y las Gerencias de "Mercado" y "Control de Concesiones" -sus nombres no surgen del organigrama oficial obrante en la página del ente regulador-.

b) A su vez, y a los fines de que la maniobra prosperara, era necesario que el ENRE tampoco se expidiera

sobre el evidente monopolio eléctrico que estaba conformándose en la provincia de Buenos Aires.

Cabe resaltar que el ENRE es un organismo descentralizado que depende del Ministerio de Energía y Minería a cargo del Ing. Aranguren, es decir, del propio Poder Ejecutivo de la Nación.

En relación a la adquisición de EDES Y EDEN, tal como hemos señalado, la CNDC consultó al ENRE para que se pronunciara sobre el impacto de esta operación de concentración en la competencia del mercado y en el cumplimiento del marco regulatorio.

Seguidamente, el ENRE se presentó solicitando la remisión del formulario F1 presentado por las partes ante la CNDC, el que le fuera remitido al día siguiente.

Sin embargo, y tal como surge del propio dictamen de la CNDC, las partes habían presentado el formulario en forma incompleta -el que recién acompañaron debidamente casi un año después- y, por tanto, la información remitida al ente regulador era insuficiente.

No obstante ello, el ENRE no requirió a la CNDC que se le brindara el formulario completo para analizar la operación así como tampoco se expidió en torno a la consulta formulada. En definitiva, y con su silencio, otorgó un consentimiento tácito a la operación consultada.

Similar conducta adoptó el ENRE cuando fue notificado por la CNDC respecto a la adquisición de EDEA y EDELAP. En esa oportunidad, el ente regulador tampoco emitió dictamen y/o presentación en el marco de este expediente. Nuevamente, permitió que el trámite continuara a pesar de la gravedad y notoria ilegalidad que implicaba la operación sometida a aprobación.

Al igual que su par provincial, el ENRE incumplió abiertamente sus mas elementales funciones desconociendo el deber legal de velar por la competencia en el mercado de distribución de la energía eléctrica y evitar la concentración en ese ámbito, conforme a la normativa que hemos citado ut supra.

En relación a las autoridades del ENRE, entiendo necesario investigar al Directorio -al momento de los hechos denunciados- así como a las Direcciones que hubieran o debieran haber intervenido.

Que evidentemente, atento a que los entes reguladores querían beneficiar al empresario Rogelio Pagano permitiendo una concentración del mercado de distribución eléctrica contraria a la ley y teniendo en cuenta la imposibilidad de desarrollar argumentos técnicos para sustentarla en un dictamen, optaron por la adopción de una conducta omisiva que no expusiera la ilegalidad de la decisión adoptada.

La conducta del OCEBA y el ENRE, ha contrastado notablemente con la desplegada por el Ente Regulador de los Servicios Públicos de la provincia de Salta cuando fue consultado en el marco de la adquisición de EDEA y EDELAP. En esa oportunidad, el ente manifestó no se advertir objeciones a la operación de concentración económica informada en cuanto a su repercusión local (Salta). En consecuencia, es dable advertir que esa autoridad, en cumplimiento de la normativa nacional y provincial respectiva, analizó profundamente el impacto de la operación en esa provincia y se pronunció debidamente. Nadie se expidió respecto a Buenos Aires donde se estaba produciendo efectivamente la concentración.

c) Que a los fines de lograr el éxito de la ilegal operación en favor de Rogelio Pagano, era indispensable la connivencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. En definitiva, y si bien es relevante la opinión de los entes reguladores, el órgano competente para dictaminar sobre la operación de concentración económica analizada era la CNDC.

Esa Comisión es un órgano desconcentrado actuante en el ámbito de la Secretaria de Comercio y cuyos miembros fueron designados por el Ministerio de Producción. A su

vez, y para su remoción, se necesita una decisión de un jurado presidido por el procurador de Tesoro de la Nación e integrado con cuatro (4) miembros abogados, con diez (10) años de ejercicio de la profesión, nombrados anualmente por el Poder Ejecutivo nacional. En definitiva, y nuevamente, surge que la CNDC es manejada por el Poder Ejecutivo Nacional.

La Comisión cometió diversas irregularidades.

En primer lugar, y en ambos casos, la CNDC decidió suspender el plazo previsto en el art. 13 de la ley 25.156 para autorizar o denegar la concentración económica porque las partes no habían presentado la información requerida en forma completa.

Sin embargo, y a pesar de que intimó a las partes a presentarla, no surge que les haya impuesto plazo cierto para hacerlo o que hubiera insistido luego de que las empresas demoraran una considerable cantidad de tiempo en cumplimentarla. Ello permitió que la operación de concentración económica ya concretada continuara en el tiempo con las inevitables consecuencias respecto del mercado de distribución eléctrica en la provincia de Buenos Aires.

Por otro lado, surge que al momento de cursar la notificación a los entes reguladores, la información presentada por las partes era insuficiente. Sin embargo, no consta que la CNDC les hubiera explicitado esta circunstancia, aun cuando el ENRE solicitó expresamente que se le enviaran los formularios. Tampoco se observa que, una vez acompañada la documentación pertinente por las empresas, se hubiera remitido nueva comunicación a los entes reguladores.

En segundo lugar, y en relación a ambas operaciones, se observa que, ante la omisión de los entes reguladores de brindar los dictámenes requeridos, la CNDC guardó silencio y evitó insistir en el pedido de esos informes. Precisamente, la ley establece que los entes reguladores sean consultados en forma previa al dictamen de la CNDC porque son los que tienen la especialidad en esa materia.

De ese modo, la CNDC procedió a dictaminar sin contar con información suficiente respecto al impacto local - provincia de Buenos Aires- vinculada a la competencia y los derechos de los usuarios. Debe destacarse que los entes reguladores son los órganos competentes para hacer ese análisis.

En tercer lugar, se observa que los dictámenes elaborados por la CNDC, en ambos casos, se encuentran seriamente viciados por falta de motivación. La Comisión concluye que la operación de concentración económica no afecta la competencia en perjuicio del interés general, justificándolo en una serie de razonamientos genéricos que no atienden al principio de realidad ni analizan las consecuencias de la operación sobre el mercado de distribución eléctrica de la provincia de Buenos Aires. Ni siquiera se menciona el porcentaje de los usuarios de esa provincia que se verían afectados por la constitución de este monopolio.

En lugar de analizar la notoria violación a las normas de defensa de la competencia que implica la concentración de las cuatro distribuidoras provinciales en manos de un mismo grupo económico, la CNDC acudió a la posibilidad de utilizar técnicas de benchmarking para subsanar la potencial lesión a la competencia ocasionada por dichas operaciones.

Mediante la utilización de un párrafo absolutamente genérico y sin ahondar en ninguna de las aristas del caso en particular, la Comisión entendió que "...considerando que existen diversas distribuidoras de energía eléctrica (46

según registros de ADEERA a mayo de 2016) que pueden ser utilizadas como comparadores y que también pueden utilizarse mecanismos de benchmarking con distribuidoras de otros países, la operación notificada no genera efectos horizontales que puedan afectar negativamente la competencia...Por consiguiente...con motivo de la siguiente operación no caben esperar efectos económicos que afecten negativamente las condiciones imperantes en los mercados, ya que no se verifican relaciones horizontales o verticales que pudieran generar motivo de preocupación desde el punto de vista de la competencia...". En ambos casos, el texto utilizado ha sido similar.

Que evidentemente, la CNDC había recibido instrucciones precisas para dictaminar en favor de estas operaciones y, como no tenía argumentos concretos para sostener la legalidad de las mismas, utilizó argumentos vagos y mencionó distintos mecanismos que podrían haber sido empleados para cualquier caso.

No se analizó en ningún momento el monopolio que se conformó en la provincia de Buenos Aires, la nula competencia en materia de distribución eléctrica y, menos aún, la profunda afectación que ello provoca en todos los usuarios de esa provincia.

La irregular conducta desplegada por los entes reguladores y la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en los casos analizados, contrasta con la intervención que tuvieron en otros casos similares a los aquí analizados.

En ese sentido, cabe recordar la Resolución ENRE 0480/2000 de la que surge "...el Expediente del VISTO se inició con motivo de haber llegado a conocimiento de este Ente la transferencia de acciones de "ENERSIS S.A." y/o de sociedades accionistas de esta, a favor de sociedades que integran el grupo empresarial liderado por la sociedad española "ENDESA S.A.", de manera tal que esta última habría devenido controlante de las acciones de aquella empresa y con ello controlante de la sociedad inversora que controla a la Distribuidora "EDESUR S.A."; Que la causa de la investigación iniciada, radicaba en la circunstancia de que el referido grupo empresarial poseía, simultáneamente con la adquisición referida, una tenencia accionaria importante en la sociedad controlante de "EDENOR S.A.", lo que justificaba la evaluación de los hechos a los efectos de analizar si los mismos se encuadraban en alguna disposición que meritara el accionar del ENRE en cumplimiento de sus obligaciones... se requirió colaboración a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, la que

elaboró un informe en el cual después de hacer un desarrollo doctrinario y jurisprudencial del caso, entendía, desde la óptica del derecho de la Competencia, que la situación atentaría contra elementales reglas de la competencia comparativa entre las Distribuidoras... Que luego de un análisis de la situación, el 1° de Setiembre de 1999 se decidió instruir sumario a los efectos de analizar si se daban en el caso disposiciones que impidieran el mantenimiento de la situación existente... Que después de sancionada la ley 25.156 se generó un conflicto negativo de competencia en el presente caso con la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, resuelto por el MINISTRO DE ECONOMÍA DE LA NACIÓN quien determinó que este Ente prosiguiera la investigación, mediante el dictado de la Resolución N° 266/00... Que entre las incidencias del procedimiento, el Instructor solicitó a la Secretaría de Energía, información acerca de restricciones o incompatibilidades que existieran tendientes a evitar la reconcentración de las grandes unidades empresarias que fueron segmentadas, en especial de SEGBA S.A. en el sector de distribución... Que entre otros juicios, expresó la Secretaría de Energía que en este punto el marco regulatorio establecido por la ley 24065 tiene tres objetivos centrales: 'El primero es transferir al sector

privado la responsabilidad del manejo de las empresas eléctricas existentes y nuevas. El segundo es introducir, hasta donde sea posible, reglas de funcionamiento que permitan el desarrollo de un mercado competitivo... Y el tercero, que está íntimamente ligado a los dos anteriores, es que el proceso de privatización y la evolución posterior del mercado eléctrico no desemboquen en una situación de concentración económica en uno o pocos grupos empresarios, ya que ello atentaría contra el logro de un mercado competitivo... Por otra parte, la privatización de las empresas del Estado Nacional y los contratos de concesión se diseñaron de modo de incluir todos aquellos criterios y mecanismos que constituyen avances en dirección a favorecer posibilidades de mayor competencia. Así la empresa Segba S.A. se dividió para la privatización de la distribución en tres áreas que se adjudicaron a diferentes empresas.. Cumpliendo con el mandato de la Ley...se estipularon diferentes compromisos y limitaciones relativos a la propiedad de las unidades de negocio resultantes de la división de dichas empresas...'. Que un servicio público, puede clasificarse de acuerdo a si el mismo es prestado por el Estado en forma directa o indirectamente, se lo denomina como servicio público propio, y si es prestado en forma directa por los particulares o administrados, como servicio

público impropio... en el caso de la distribución de electricidad su carácter de servicio público le ha sido reconocido por el legislador en el artículo 1° de la ley 24.065, asignándose su prestación prioritariamente a personas jurídicas privadas a las que el Poder Ejecutivo les haya otorgado las correspondientes concesiones, conforme lo establecido en el artículo 3° de la ley citada... como facultad privativa del Estado, la "organización" que éste ha elegido para el servicio público de distribución de electricidad, ha de ser respetada por el concesionario y los terceros, en tanto acto de gobierno `... resulta que el concesionario no puede modificar las condiciones de la concesión, por vía de convenio con terceros, ni alterar los derechos superiores del Estado concedente, para la realización del servicio público de cuya delegación se trata' (CSJN, "Nación Argentina c/ Pcia. de Mendoza"; Fallos 257:173)... son objetivos de política nacional del sector eléctrico, la promoción de la competitividad en los mercados de demanda de electricidad y el aseguramiento de la competitividad de los mercados, donde sea posible (conforme lo establecido en el artículo 2 incisos b y f)... el decreto 714/92 consignó en uno de sus Considerandos: 'Que resulta conveniente delimitar y definir, dentro de la zona cuyos servicios públicos de electricidad se encuentran

sujetos a jurisdicción nacional en los términos de la Ley N° 14.772 y la Ley N° 15.336, las áreas de concesión para cada una de los dos (2) unidades de negocio independientes a constituir, a los efectos de permitir la existencia de criterios de comparación de las condiciones de prestación del servicio público de electricidad en cada área, provocando como reflejo de ello que el concesionario preste un servicio de mayor calidad a sus usuarios', criterio luego establecido en el artículo 14 del mismo... a mayor abundamiento puede señalarse que el principio orientador de aquellas normas originadas en el proceso de privatización - principio que en un sentido amplio denominaremos "competencia por comparación"- ha estado presente como un elemento fundacional de la reforma y privatización del sector eléctrico, así como de otros sectores, asociado a una concepción regulatoria que el transcurso del tiempo ha revelado acertada, especialmente en presencia de dos compañías diferentes de escala similar, independientes entre sí, prestando servicios en vecindad geográfica y sujetas a idénticas normas regulatorias, aportando al Regulador instrumentos adicionales para actuar en beneficio de los usuarios... De lo contrario si no fuera así las empresas podrían haber modificado sus integrantes a partir del mismo momento de hacerse cargo del servicio, burlando

la disposición; Que abona este criterio la propia disposición del contrato de concesión que estipula que el pliego que se utilice para el llamado a licitación con motivo de la finalización de cada período de gestión deberá tener características similares a las del pliego inicial (conforme artículo 6°)...Que las reglas de juego que surgen del pliego de licitación, aceptadas por todos los participantes, disponen con claridad que la participación de los integrantes u operadores en una de las dos Distribuidoras implican la imposibilidad de participar en la otra; Que esas reglas, en tanto sancionadas en salvaguarda de principios de competencia que fundamentan toda la transformación del sector eléctrico, se entienden vigentes mientras no sean derogadas por actos fundados de carácter general o particular; Que la tendencia del modelo de transformación de la prestación de los servicios públicos, expresamente fijada en la ley de reforma del Estado que le dio origen y en su evolución actual, indica la conveniencia de acentuar la competencia hasta donde sea posible; Que el Pliego de Bases y Condiciones para el concurso realizado para la venta de los paquetes accionarios mayoritarios de "EDENOR S.A." y "EDESUR S.A."...dispuso las incompatibilidades para la presentación de ofertas por parte de las sociedades oferentes y sus

integrantes; todo otra interpretación a ese principio establecido liminarmente, que flexibilizara su consideración para estos casos iría en detrimento del propio criterio fijado en aquella oportunidad, con el consiguiente deterioro de sus fundamentos y del interés público protegido... el principio fijado se vulnera aun cuando no se hayan producido cambios de las sociedades que integran la sociedad controlante de la Distribuidora "EDESUR S.A.", y sí lo hayan hecho las sociedades controlantes de las mismas, ya que no puede ser entendido en forma literal, sino en su finalidad que importa la necesidad de inexistencia de una misma voluntad en ambos grupos controlantes... Que por los argumentos vertidos anteriormente, y la aceptación de "ENDESA" sobre su participación simultánea, por sí o por sociedades controladas en ambas sociedades controlantes de las concesionarias, se ha configurado la situación de incompatibilidad para participar en ambas sociedades que establece la normativa vigente... Que resulta conveniente por lo tanto hacer cesar la actual situación de incompatibilidad, requiriendo a la empresa controlante del grupo que tiene acciones de las dos sociedades controlantes de las Distribuidoras "EDENOR S.A." y "EDESUR S.A.", que se desprenda de dicho control en una de ellas... EL DIRECTORIO

DEL ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD RESUELVE:

ARTÍCULO 1.- Ordenar a la empresa "ENDESA S.A." que deberá disponer la realización de los actos necesarios para desprenderse de la titularidad de todas las acciones que posea como propietario o para que lo hagan las sociedades que controla, en una de las dos sociedades controlantes de las Distribuidoras "EDENOR S.A." y "EDESUR S.A." y de la calidad de operador ó co-operador, en su caso. ARTÍCULO 2.- A efectos de proceder a lo dispuesto en el ARTÍCULO 1, instrúyese a "ENDESA S.A." para que la misma o cualquiera de sus sociedades controladas presente un plan de acción para la transferencia de las tenencias accionarias que correspondan...". (el subrayado me pertenece)

d) La maniobra concertada, y una vez agotados los pasos anteriores, debía finalizar con la aprobación de la operación de concentración económica por el Secretario de Comercio, Miguel Braun, funcionario cercano a Macri y primo del Jefe de Gabinete Marcos Peña.

En definitiva, el órgano competente para decidir respecto a la aprobación o no de la operación es la Secretaria de Comercio de la Nación. Más allá de las conductas antes señaladas, y que denotan profundas irregularidades tanto de los entes reguladores como de la

CNDC, la decisión final respecto a la operación fue adoptada por Miguel Braun quien depende directamente del Poder Ejecutivo Nacional.

Tal como hemos señalado, y en un acto que no provoca mayor sorpresa, el Secretario aprobó ambas operaciones permitiendo la configuración de uno de los mayores monopolios en nuestro país. Sin análisis alguno, y basándose en los dictámenes anteriores, el funcionario soslayó sus deberes legales y reglamentarios a fin de beneficiar a uno de los empresarios "energéticos" cercanos al Gobierno.

No es posible soslayar la evidente influencia que ejercen sobre el aludido funcionario tanto el Presidente Macri como el Jefe de Gabinete. Ello surge palmario tanto de los vínculos personales que mantienen con él como la de superioridad jerárquica que revisten.

e) Por último, y a fin de comprender cabalmente los hechos relatados, resulta necesario reparar en los motivos espurios que subyacen a la maniobra desplegada por el Gobierno Nacional y Provincial a fin de favorecer a Rogelio Pagano.

En este punto, debe resaltarse que el empresario beneficiado con estas operaciones de concentración económica pertenece al entorno del Presidente -y de "Cambiemos"- así como tiene estrechas vinculaciones con el grupo de empresarios que hoy dominan el mercado energético de nuestro país, todos ellos cercanos a "Cambiemos". Ello ha sido expuesto reiteradamente por distintos medios periodísticos.

Rogelio Pagano es un empresario del "riñón" de Marcelo Mindlin ya que éste le abrió las puertas del sector energético. Como director del Grupo Dolphin -firma clave de Mindlin para la inversión en empresas eléctricas- era el encargado de desarrollar las fusiones y adquisiciones. Asimismo, fue una pieza principal en el surgimiento y consolidación de Pampa Energía y manejó la dirección financiera de Edenor, entre otros cargos. De ese modo, fue director ejecutivo del Grupo Dolphin, director suplente de Pampa Energía y miembro del directorio de EDENOR.

Asimismo, y asociado con el empresario venezolano Miguel Martínez Mendoza (ex ejecutivo de Enron), en abril de 2012 le habrían comprado a EDENOR la distribuidora eléctrica de Salta (Edesa) por 23 millones de dólares. En ese momento, Pagano trabajaba en EDENOR. En agosto de 2014,

Pagano se independizó de Martínez Mendoza e inscribió en el Registro Público de Comercio la empresa Desarrolladora Energética SA (DESA). En mayo de 2016, realizó su primera operación grande, le compra su participación en EDESA (Salta), EDEN y EDES a Martínez Mendoza.

Otro personaje vinculado es Alejandro McFarlane - habrían estado juntos en el desembarco en EDENOR con Mindlin- le vendió el control accionario de la distribuidora de la costa atlántica EDEA y EDELAP.

Marcelo Mindlin -Director de la mayor empresa del mercado eléctrico nacional PAMPA ENERGIA S.A.- tiene una íntima relación con el Presidente. Algunas manifestaciones de esa amistad han sido: a) ayudó a Macri mediante la adquisición de la ex IECSA a su primo Ángelo Calcaterra - venta sospechada de ficticia por lo que Mindlin podría ser testaferro- b) realizó distintos viajes junto al Presidente -ej. Viaje a Davos en enero de 2016- y consiguió ayuda por parte del Gobierno para comprar PETROBRAS ARGENTINA ya que en 2016 el 51% de acciones de YPF pertenecientes al Estado Nacional le prestó 140 millones de dólares para financiar la compra c) Fue uno de los empresarios que mayores ganancias obtuvo durante el mandato de Macri, reportando un aumento del 135% en las mismas. PAMPA ENERGIA pasó del

puesto 103 en el ranking de las empresas que tenían mayor facturación en Argentina al puesto 10.

Asimismo, es necesario recordar que a principios de 2016 le vendió la parte mayoritaria de PAMPA ENERGIA S.A a otro de los íntimos amigos de Macri: Joe Lewis, el empresario británico que le presta al Presidente su mansión de Lago Escondido -cercana a El Bolsón- para descansar.

En efecto, y conforme surge de OETEC, el macrismo está inundando el mercado energético. Nicolás Caputo, Marcelo Mindlin y Rogelio Pagano concentran el 51% de los usuarios del servicio público de electricidad a nivel nacional, así como el 49% de la demanda total. Los dos primeros, además, están verticalmente integrados al controlar centrales de generación y transportistas (TRANSENER Y TRANSBA). Asimismo, Caputo es accionista minoritario de EDESUR; Mindlin controla EDENOR; y Pagano, es el dueño de EDESA (Salta) y de las cuatro distribuidoras bajo jurisdicción bonaerense: EDEN, EDES, EDEA y EDELAP.

Resulta evidente que Mauricio Macri ordenó que se aprobara la operación de concentración económica para favorecer a su amigo Pagano y en razón de ello, instruyó a su Jefe de Gabinete para que así se ejecutara. A su vez, Marcos Peña habría ejercido su influencia directamente

sobre el Secretario de Comercio (su primo), el ENRE y la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Paralelamente, y por su cercanía a "Cambiemos", también era necesario completar la maniobra a través de la Gobernadora Vidal, el Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la provincia de Buenos Aires -Roberto Gigante- y el OCEBA.

El resultado de esta maniobra ilegal, cuyo único propósito ha sido el de beneficiar económicamente a Rogelio Pagano -así como se han favorecido notoriamente el resto de los empresarios energéticos cercanos a "Cambiemos"-, ha dado como resultado la obtención de ganancias millonarias en favor de quien es ahora el dueño monopólico de la distribución eléctrica en la provincia de Buenos Aires. Conforme surge de los datos referidos, y tan solo durante el año 2017, Pagano habría ganado más 2.233.000.000 de pesos.

Esas exorbitantes utilidades han sido garantizadas por el Gobierno a través del consentimiento prestado a la constitución de monopolios energéticos sumado al indiscriminado aumento del precio de las tarifas a los servicios públicos. Todo ello, y en un marco de inexistente

competencia, ha golpeado fuertemente a los usuarios de energía eléctrica de la provincia de Buenos Aires.

IV. CALIFICACIÓN LEGAL

Las conductas descriptas en el apartado anterior podrían encuadrar en las figuras penales de:

a) Negociaciones incompatibles

El art. 265 del Código Penal prevé la figura de negociaciones incompatible al establecer que: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo". En consecuencia, esta figura reprime penalmente al funcionario público que interviene en contrataciones u operaciones públicas con la intención de otorgar un beneficio a un particular.

Como hemos detallado precedentemente, los vocales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y el Secretario de Comercio de la Nación, Miguel Braun llevaron adelante el trámite que culminó con la autorización de las

operaciones de concentración económica con la manifiesta intención de favorecer a las empresas de Rogelio Pagano.

Por su parte, los funcionarios del OCEBA, el Ministro de Infraestructura y Servicios Públicos de la provincia de Buenos Aires y el ENRE también contribuyeron a este obrar al no haber cuestionado dentro del marco de su competencia estas operaciones de concentración económica, pese a advertirse que se afectaba en forma flagrante la libre competencia y así beneficiar al empresario Pagano.

Por último, no debe soslayarse el rol que, en calidad de instigadores, pudieron haber desempeñado la Gobernadora Vidal, a través del Ministro de Infraestructura y Servicios Públicos de la provincia de Buenos Aires y de los integrantes del Directorio del OCEBA para que se autorizara la operación, en beneficio del empresario Pagano.

Paralelamente, tampoco puede desconocerse el rol de instigadores que podrían haber desarrollado el Presidente Mauricio Macri y el Jefe de Gabinete de Ministros Marcos Peña Braun a través de los funcionarios que integran el ENRE, la Secretaría de Comercio y la CNDC para beneficiar al empresario "amigo" Pagano.

La jurisprudencia ha sostenido que "Corresponde adoptar un criterio amplio con relación a la figura de negociaciones incompatibles, entendiendo que el ilícito también pueda ser cometido por un funcionario que no contrata consigo mismo, siempre que vuelque sobre el negocio un interés ajeno a la administración pública; lo relevante es el desvío de poder que ejerce el funcionario en desmedro del necesario interés unilateral que debe arrimar toda actuación de un órgano estatal, procediendo con tendencia beneficiante, condicionando la voluntad negocial de la administración por la inserción de un interés particular (CN Fed. Crim. y Corr., Sala I, 18/8/2005, "Álvarez, José A. y otros").

b) Cohecho pasivo

La figura penal de cohecho pasivo está prevista en el art. 256 del Código Penal: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones".

Por ello, resulta necesario profundizar la investigación a fin de verificar si algunos de los funcionarios del OCEBA, del ENRE, de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, el Secretario de Comercio y/o el Ministro de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires recibieron alguna suma de dinero o promesa por la realización de las conductas activas y omisivas antes descriptas.

Según la jurisprudencia, esta figura puede concurrir con la figura de negociaciones incompatibles "...Comete el delito de cohecho pasivo, en concurso ideal con el de negociaciones incompatibles que acepta, directa o indirectamente, la promesa de recibir dinero a cambio de hacer valer la influencia, derivada de su cargo, ante otros funcionarios. En el caso, la conducta delictiva del funcionario no sería otra que la propia de su cargo, en cuanto a obtener una contratación directa de sistemas informáticos, lo que a la postre y merced a las gestiones que de acuerdo con los respectivos roles realizados por otras personas, pertenecientes a la empresa licitataria -que ya había provisto tal sistema con anterioridad- contratan innecesariamente a otra, a la que el mismo funcionario está informal y estrechamente vinculado" (CNFed. Crim. y Corr., Sala I, 8/4/03, "N., J. A. y otros s/ procesamiento...").

c) Tráfico de influencias

El delito de tráfico de influencia está previsto en el art. 256 bis del Código Penal, cuando dispone: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones...".

En virtud de esta figura penal debe analizarse si el Presidente Macri, el Ministro de Producción Cabrera y/o la Gobernadora Vidal habrían recibido alguna dádiva o promesa del empresario Pagano para influir en el procedimiento que derivó en la aceptación de la concentración económica de la distribución de la energía eléctrica en la Provincia de Buenos Aires.

d) Cohecho activo

Así también corresponde investigar si los hechos quedan tipificados en el delito previsto de cohecho activo. En particular, el art. 258 del Código Penal dispone que:

“Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo...”.

De manera complementaria a lo antedicho, resulta necesario investigar si el empresario Pagano otorgó algún tipo de beneficio o dádiva a los funcionarios públicos antes enumerados a fin de que ejerzan influencia y autoricen las operaciones de concentración económica.

e) Abuso de autoridad e incumplimiento de deberes

El Código Penal regula la figura del abuso de autoridad en el art. 248 “Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere”.

De manera subsidiaria, se prevé la figura del incumplimiento de deberes en el art. 249 “Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el

funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio”.

Al respecto, corresponde analizar si los funcionarios de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y el Secretario de Comercio incurrieron en estas figuras legales al haber autorizado una operación de concentración económica en desmedro de la existencia de un mercado de distribución eléctrico competitivo en la provincia de Buenos Aires. Consideramos que esa decisión confronta con los arts. 1 y 7 de la ley de defensa de la competencia vigente (ley 25.156). Así, también, se incumple intencionalmente con el art. 13 que exige que el dictamen de la CNDC respecto de una operación de concentración económica resulte fundado.

Cabe agregar que, como hemos explicado, la CNDC si bien notificó a los entes reguladores de las operaciones de concentración económica, nunca les informó que la información suministrada por las empresas resultaba incompleta e inadecuada y no les puso en conocimiento la información que posteriormente fue aportada. De modo que se le notificó cuando no contaba con la información completa, ni adecuada.

Por su parte, los funcionarios del OCEBA habrían incumplido dolosamente el art. 17 de la ley 11.769 y su reglamentación mediante el decreto nro. 2.479/04 que le exigen dictaminar respecto de si una situación configura un acto de competencia desleal o de abuso de una posición dominante en el mercado. Así también tienen el deber de prevenir conductas anticompetitivas (art. 62, inc. i de la ley 11.769).

Asimismo, el Ministro de Infraestructura y Servicios Público se excedió intencionalmente del marco legal que le atribuye competencias expidiéndose sobre la concentración económica, cuando esta función está asignada específicamente al ente regulador provincial por la normativa antes mencionada. Más allá de eso, desconoció dolosamente sus deberes de proteger los derechos de los usuarios (art. 3 de la ley 11.769). Sobre este punto cabe recordar que Creus, partiendo de los postulados de Carrara y con el apoyo de una importante doctrina, ha señalado que el acto de dictar resoluciones u órdenes resulta abusivo en dos situaciones: "cuando ello importa una facultad que ni las Constituciones ni las leyes atribuyen al funcionario.. y cuando no obstante que el funcionario tiene atribuciones legales, en el caso concreto se las ejerce arbitrariamente..." (Oscar A. Estrella y Roberto Godoy Lemos,

Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular, Tomo III, Ed. Hammurabi, 2da edición, p. 451).

A su vez, el obrar de los funcionarios del ENRE fue contrario a los objetivos de la política nacional en materia de distribución energía eléctrica de asegurar un mercado competitivo (art. 2, incs. b y f de la ley 24.065). Así también incumplieron intencionalmente el art. 56, inc. b, que los obliga a prevenir conductas competitivas.

V. PRUEBA

a) Documental

- Dictamen 261 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en el marco del expediente N°S01:0108902/2017 (Conc. 1437) CQ-JH.

-Dictamen 110 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en el marco del expediente N°S01:0235181/2016 (Conc. 1328) CQ-JH.

-Resolución nro. 25/18 de la Secretaría de Comercio en el marco del expediente N°S01:0108902/2017 (Conc. 1437) CQ-JH.

- Resolución nro. 549/17 de la Secretaría de Comercio en el marco del expediente N°S01:0235181/2016 (Conc. 1328) CQ-JH.

-Resolución ENRE 0480/2000 en expediente nro. 4408/97.

b) Informativa

- Se libre oficio a la Secretaría de Comercio a fin de que remita copia certificada de los expedientes N°S01:0235181/2016 (Conc. 1328) CQ-JH y N°S01:0108902/2017 (Conc. 1437) CQ-JH. Asimismo, se remita cualquier otro tipo de informe y/o documentación vinculada a las aludidas operaciones de concentración económica.

- Se libre oficio al OCEBA a fin de que

a) remita cualquier tipo de expediente y/o documentación obrante ante su sede originado con motivo de las notificaciones que le cursara la CNDC en el marco de los expedientes N°S01:0235181/2016 (Conc. 1328) CQ-JH y N°S01:0108902/2017 (Conc. 1437) CQ-JH.

b) Se brinde informe respecto a las inversiones del grupo DESA en el sector eléctrico argentino detallando

las empresas donde participa y las sociedades que forman parte del mismo, incluyendo fecha de registro y radicación.

c) Se detalle la composición societaria del grupo DESA destacando las empresas controlantes. Asimismo, se detalle la composición accionaria de cada una de las empresas que la componen, así como los derechos que emanan de cada tipo de acciones.

d) informe los antecedentes en materia de integración horizontal en el sector eléctrico provincial con posterioridad a la sanción de la ley 11.769, individualizando la posición del OCEBA en cada uno de los casos en los que tuvo participación activa. Remita copia certificada de esos expedientes.

- Se libre oficio al Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la provincia de Buenos Aires a fin de que remita cualquier tipo de expediente y/o documentación obrante ante su sede originado con motivo de las notificaciones que le cursara la CNDC en el marco de los expedientes N°S01:0235181/2016 (Conc. 1328) CQ-JH y N°S01:0108902/2017 (Conc. 1437) CQ-JH.

Asimismo, explique de qué norma surge que la competencia para entender en cuestiones de concentración

económica en el mercado regulado de energía eléctrica corresponde a ese Ministerio y no al Ente Regulador OCEBA.

- Se libre oficio al ENRE a fin de que:

a) Remita cualquier tipo de expediente y/o documentación obrante ante su sede originado con motivo de las notificaciones que le cursara la CNDC en el marco de los expedientes N°S01:0235181/2016 (Conc. 1328) CQ-JH y N°S01:0108902/2017 (Conc. 1437) CQ-JH.

b) Remitan copias certificadas del expediente nro. 4408/97 en el marco del cual se dictara la resolución 0480/2000.

c) brinde informe respecto a las inversiones del grupo DESA en el sector eléctrico argentino detallando las empresas donde participa y las sociedades que forman parte del mismo, incluyendo fecha de registro y radicación.

d) detalle la composición societaria del grupo DESA destacando las empresas controlantes. Asimismo, se detalle la composición accionaria de cada una de las empresas que la componen así como los derechos que emanan de cada tipo de acciones.

e) informe los antecedentes en materia de integración horizontal en el sector eléctrico argentino con posterioridad a la sanción 24.065, individualizando la posición del ENRE en cada uno de los casos en los que tuvo participación activa. Remita copia certificada de esos expedientes.

VI) PETITORIO

Es por todo lo expuesto que solicito:

1.- Se tenga por interpuesta la presente denuncia en los términos del artículo 174 del Código Procesal Penal de la Nación.

2.- Se remita la presente al Juzgado Federal en turno.

3.- Se produzca la prueba ofrecida.

4.- Que luego de ello se cite a declarar en los términos del artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación a los responsables de los ilícitos denunciados.

**Proveer de Conformidad
SERA JUSTICIA**