

Voces: COMPRAVENTA DE ACCIONES ~ CONCESION DE SERVICIO PUBLICO ~ DEFENSA DE LA COMPETENCIA ~ DISTRIBUCION DE ENERGIA ELECTRICA ~ ENERGIA ELECTRICA ~ ENTE REGULADOR DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS ~ FONDO COMUN DE INVERSION ~ SERVICIO PUBLICO

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III(CNFedCivyCom)(SalaIII)

Fecha: 21/06/2007

Partes: Petrobras Energía S.A. y otro

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/JUR/9007/2007

Hechos:

La Secretaría de Comercio Interior rechazó la propuesta de desinversión consistente en la venta de la participación accionaria en una sociedad concesionaria del servicio de transporte de energía eléctrica de alta tensión, a una empresa controlada por un fondo común de inversión. La sociedad vendedora de las acciones había suscripto, al adquirirlas, un compromiso por el cual se sujetaba a la previa autorización administrativa de la operación. La Cámara confirmó la resolución recurrida.

Sumarios:

1. Corresponde confirmar la resolución por la cual la Secretaría de Comercio Interior rechazó la propuesta de desinversión consistente en la venta, a una empresa controlada por un fondo común de inversión, de la participación accionaria en una sociedad concesionaria del servicio de transporte de energía eléctrica de alta tensión si, el Ente Nacional Regulador de Electricidad objetó dicha operación con fundamento en que el adquirente no revestía el carácter de operador del mercado mayorista eléctrico y en el potencial conflicto de intereses derivado de la incompatibilidad entre el objeto social del comprador y el interés de los usuarios del servicio público ya que, si bien el dictamen emitido por el referido ente no es vinculante, aquél no puede ser dejado de lado cuando enuncia objeciones de índole técnica.

Jurisprudencia Relacionada(*)

Ver Tambien

[CNCivComFed, sala I, "Telefónica de Argentina S.A. s/inc. de apel. c. Comisión Nac. de Defensa de la Competencia", 25/09/2003, LA LEY 2003-F, 652 - LA LEY 2003-F, 934, con nota de Roberto Padilla.](#)

(*) Información a la época del fallo

2. Quien no posee la tecnología ni la experiencia en la explotación del servicio público que pretende controlar no reúne las condiciones para ingresar al mercado en términos competitivos porque esa falencia se traducirá en la afectación del interés de los usuarios.

Jurisprudencia Relacionada(*)

Ver Tambien

[CNCivComFed, sala I, "Telefónica de Argentina S.A. s/inc. de apel. c. Comisión Nac. de Defensa de la Competencia", 25/09/2003, LA LEY 2003-F, 652 - LA LEY 2003-F, 934, con nota de Roberto Padilla.](#)

(*) Información a la época del fallo

3. Una empresa que pretende adquirir acciones de una sociedad concesionaria del servicio de transporte de energía eléctrica de alta tensión no puede desvincularse de la autorización administrativa exigida en el compromiso en virtud del cual devino en comprador de dichas acciones ya que, conforme a lo establecido en el art. 3270 del Código Civil nadie puede transmitir a otro sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía.

Jurisprudencia Relacionada(*)**Ver Tambien**

[CNCivvComFed, sala I, "Telefónica de Argentina S.A. s/inc. de apel. c. Comisión Nac. de Defensa de la Competencia", 25/09/2003, LA LEY 2003-F, 652 - LA LEY 2003-F, 934, con nota de Roberto Padilla.](#)

(*) Información a la época del fallo

Texto Completo:

2ª Instancia. — Buenos Aires, junio 21 de 2007.

AUTOS Y VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por EP Primrose Spain S.L. ("Primrose"), a fs. 1871/1882 vta. y mantenido a fs. 2324/2325 contra la Resolución n° 9 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Producción ("SCI") obrante a fs. 1837/1841 y

CONSIDERANDO:

Los Dres. Antelo y Recondo dicen:

I. Las presentes actuaciones se iniciaron con motivo de la notificación efectuada a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), en los términos del artículo 8 de la ley 25.156, de la operación que se detalla seguidamente.

El 9 de agosto de 2006, Primrose -una empresa con domicilio social en la Calle Don Ramón Cruz, 17, 1º Iz, Madrid, España y controlada por Eton Park Fund L.P. y por Eton Park Master Fund Ltd.- celebró con Petrobras Energía S.A. ("Petrobras") un contrato por el cual le compraba a ésta la totalidad de las acciones y los votos que tenía en la Compañía Inversora en Transmisión Eléctrica S.A. Citelec S.A. ("Citelec"), (ver Contrato ref., fs. 42/72 y documentación anexa de fs. 79 en adelante).

Dado que el capital social de Citelec está integrado por acciones propiedad de Petrobras y de Grupo Dolphin S.A.- cada uno con el 50%-, la operación notificada implica que, en caso de ser aprobada, Primrose ejerza el control indirecto de la Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener S.A. ("Transener") -sobre la cual Citelec tiene el 52,65% del capital- y de la Empresa de Transporte de Energía Eléctrica por Distribución de la Provincia de Buenos Aires Transba S.A. ("Transba") -sobre la cual Transener tiene el 89,99% del capital- (ver fs. 2 y formulario F1, en especial fs. 4/16 y ejemplar del Contrato cit., especialmente fs. 43, considerando A, concorde con el Dictamen de la CNDC de fs. 1819/1833, Ap. 1.1.2 y 1.2.6.).

La adquisición de Primrose se llevó a cabo, según se verá, en cumplimiento del compromiso de desinversión asumido por Petrobras respecto de Citelec ante el Gobierno Nacional en el marco de la Resolución n° 62 dictada el 12 de mayo de 2003 por la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor ("SCDyDC"). Mediante este acto administrativo se autorizó la compra del 58,62% del capital accionario de Pérez Companc S.A. ("Pérez Companc") y del 58,88% del correspondiente a la Petrolera Pérez Companc S.A. ("Petrolera") por parte de Petroleo Brasileiro S.A., a través de Petrobras Participacoes S.L. (ver fs. 2228/2240).

II. Respecto de la operación descrita en el segundo párrafo del considerando anterior, el 9 de febrero del año en curso la SCI dictó la Resolución n° 9 que motiva el recurso bajo análisis; en ella, dicho organismo resolvió -en lo que interesa al caso- lo siguiente: 1º) hacer propio el dictamen n° 591 de la CNDC integrándolo como parte de la Resolución; 2º) archivar las presentes actuaciones y no hacer lugar a la propuesta de desinversión hecha por Petrobras consistente en la adquisición, por parte de Primrose, de todas las acciones que aquélla tiene en Citelec, por no encuadrarse ello en lo dispuesto en el art. 3º de la ya citada Resolución n° 62 de la SCDyDC; 3º) ratificar este último acto administrativo; 4º) otorgar a Petrobras el plazo de

cuarenta y cinco días de notificada la Resolución para que presente una nueva propuesta de desinversión conforme con lo estipulado en la Resolución n° 62 de la SCDy DC; y 5°) dar intervención al Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y a la Secretaría de Energía para que supervisen y autoricen el compromiso de desinversión aludido (fs. 1837/1841).

III. Contra tal decisión Primrose apeló en los términos del artículo 52, inciso c) de la ley 25.156 pidiendo que se la revoque y se autorice la operación denunciada o que, en subsidio, se la revoque, se deje sin efecto el archivo del expediente y -previa intervención de la CNDC - se resuelva en los términos del art. 13 de la ley n° 25.156 si dicha operación afecta o no el régimen de libre competencia (fs. 1871/1882 vta.).

Los argumentos que expone el apelante son, en síntesis, los siguientes: a) la toma de control de Pérez Companc por parte de Petrobras fue realizada sin sujetar la venta de Citelec a condición alguna; afirma que "es evidente que la actual venta de CITELEC no constituye una desinversión impuesta por la autoridad regulatoria" (fs. 1873, cuarto párrafo); b) al declarar abstracto el análisis de la competencia en lo que atañe a la operación notificada se ha incumplido el mandato impuesto por la ley 25.156 (fs. 1877 y ss); c) la resolución carece de todo fundamento legal porque se sustenta en un informe del ENRE de naturaleza consultiva y porque la legislación vigente en materia de regulación eléctrica no exige que el adquirente de Citelec revista el carácter de operador técnico ya que basta que Transener lo sea. A todo evento agrega que su controlante, Eton Park, tiene experiencia en el sector eléctrico, y que la función deferida por el artículo 7 de la ley 25.156 no implica que el acto que autoriza o deniega la operación sea "potestativo" para el Poder Ejecutivo (fs. 1878/1879 vta.); d) Finalmente, entiende que la Resolución n° 9 viola el principio de igualdad pues el derecho argentino no discrimina a los fondos de inversión en lo relativo a este tipo de operaciones, sobre todo teniendo en cuenta que "en el pasado reciente no se cuestionó el ingreso de otro fondo de inversión como accionista de CITELEC" (fs. 1880 vta., penúltimo párrafo).

IV. Dado que el recurso interpuesto suscita por primera vez la intervención de este Tribunal corresponde expedirse sobre dos cuestiones preliminares. La primera se relaciona con la personería invocada por doctor Gustavo Enrique Garrido -esto es, como apoderado judicial de Primrose- a la que corresponde tener por acreditada sobre la base del ejemplar de poder acompañado a fs. 2298/2302 - en particular, ver la certificación de fs. 2301 a la que se remite a fs. 2299 vta.- (arg. de los arts. 12 y 1180 del Código Civil y esta Sala causa n° 3269/06 del 27/3/07).

La segunda tiene que ver con la suma que debe pagar Primrose en concepto de tasa de justicia por el recurso. Mientras que el representante del Fisco pide que se la calcule sobre el monto de la operación de concentración económica que no fue autorizada por la SCI (fs. 2326 vta.), la recurrente solicita que se tenga por cumplida su integración con apoyo en el art. 6 de la ley 23.898 ya que, a su juicio, su recurso no persigue un beneficio económico en la medida en que la autorización de la operación, en sí misma, no es susceptible de apreciación pecuniaria (fs. 2329/2331 vta.). El artículo 4, inciso j) de la ley 23.898 dispone que en los casos del inciso g) del artículo 3 -recursos directos- el monto imponible será el que surja de la resolución que se apela; y que en caso de que no lo tenga se considerará de monto indeterminable.

La claridad de las pautas indicadas sumada a que de la Resolución n° 9 de la SCI no surge monto alguno, a que el apelante no persigue -estrictamente hablando- ningún resarcimiento económico determinable y a que su remedio no tiene por objeto evitar el pago de una multa, llevan al Tribunal a subsumir el caso en el art. 6 de la ley 23.898 (Fallos: 320: 1620; en igual sentido, CNCont.Admin.Fed., Sala II, causa n° 144.462/02, del 26/6/03 y Sala III, causa n° 20.187/03 del 21/7/06).

V. Entrando de lleno al examen de los agravios resumidos precedentemente, cabe poner de relieve que por la Resolución n° 62 de la SCDyDC (agregada en copia a fs. 2228/2240 de este expediente, en adelante "R.62") fue autorizada la operación de concentración económica notificada por Petrobras y Pérez Companc a la que se aludió en el último párrafo del considerando I del presente fallo, de acuerdo a lo previsto en el art. 13, inciso a) de la ley 25.156 "con las especificaciones y aclaraciones efectuadas a fs. 2628 y 2638" del expediente administrativo agregadas como Anexo I de la R.62 (ver art. 1).

De las constancias referidas se desprende que en el artículo 3° de la R.62 se tuvo presente, tanto el compromiso unilateral e irrevocable de desinversión asumido el 29 de abril de 2003 por la empresa Pecom Energía S.A. ("Pecom") - integrante por entonces del grupo Pérez Companc- consistente en desprenderse de las acciones que tenía en Citelec, como la conformidad prestada por Petrobras el 7 de mayo de 2003 sobre el particular (ver fs. 2225 y fs. 2226 que se corresponden con las fs. 2628 y fs. 2638 de aquél expediente administrativo).

Surge, asimismo, que ambas partes sometieron la ejecución del compromiso a la supervisión del ENRE y a la aprobación

de la Secretaría de Energía de la Nación ("S.E") en atención a las competencias específicas que en materia energética tienen dichos organismos y a que Citelec es -como se dijo- controlante de Transener. Concorde con ello, en el artículo 5° se dispuso la remisión a la citada Secretaría "de conformidad con lo que se expresa en los párrafos correspondientes del CONSIDERANDO de la presente Resolución y a los fines expuestos en el ARTICULO 3°" (ver fs. 2240).

En el considerando aludido el funcionario suscriptor dejó bien en claro que "PETROBRAS...prestaba su conformidad, quedando entonces definitivamente obligada a transferir la totalidad de su participación accionaria en la citada transportista una vez perfeccionada la operación notificada" (considerando vigesimoséptimo de la R.62, ver fs. 2236, cuarto párrafo, ...).

Las manifestaciones de voluntad de las empresas mencionadas anudadas en el ámbito de aquella concentración económica fueron tenidas en cuenta por el Secretario "en vista de su trascendencia institucional y, en esas condiciones, es deber de esta SECRETARIA DE LA COMPETENCIA, LA DESREGULACION Y LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR hacerlas saber a las autoridades con competencia material e interés estratégico en su ejecución conforme lo comprometido" (considerando ya citado, ver ejemplar, fs. 2236 último párrafo y fs. 2237, primer párrafo; ...).

Todavía más, el 3 de agosto de 2005 (esto es, un año y tres meses después del dictado de la R.62), el Secretario de Energía dictó la Resolución n° 941 por la cual fijó un plazo de treinta días para que Petrobras presentara un programa pormenorizado del curso de acción conducente a cumplir el compromiso irrevocable de desinversión de su participación accionaria en Citelec (ver ejemplar en cuatro hojas agregado como foja única a fs. 1394/1395). Este acto no fue objeto de impugnación alguna.

A la luz de los antecedentes reseñados -en los que se relaciona, con toda claridad, la motivación del acto administrativo con su objeto- es evidente que, aun cuando se admita que mediante la R.62 se autorizó la toma de control de Pérez Companc por parte de Petrobras en los términos del art. 13, inciso a) de la ley 25.156, la venta de la participación accionaria de Petrobras en Citelec es consecuencia directa e inmediata del compromiso asumido por Pecom y que, por implicancia lógica, ella está sujeta a la supervisión y aprobación de los órganos competentes en materia de energía ya mencionados en la R.62.

Por ende, basta que falte uno de esos requisitos para que la autorización no pueda ser concedida. Enfocado el asunto desde la óptica del derecho privado, la promesa irrevocable hecha por una de las empresas integrantes del grupo vendedor -esto es Pecom- y aceptada por la adquirente -Petrobras- se tradujo en una restricción sobre el paquete accionario que aquella tenía sobre Citelec. En otras palabras: Petrobras se obligó -tal es el sentido que le atribuyó la SCDyDC a su conformidad prestada el 7 de mayo de 2003- a vender la totalidad de las acciones en cuestión en los términos y condiciones ya examinados (art. 1144 del Código Civil). Y como nadie puede transmitir a otro sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía (art. 3270 del Código Civil) Primrose no puede desvincularse de los condicionamientos impuestos en el compromiso gracias al cual devino en comprador de las acciones de Citelec (arg. del art. 3266 del Código Civil y Segovia, Lisandro "El Código Civil de la República Argentina con su explicación crítica bajo la forma de notas"; Buenos Aires, Librería y Editorial "La Facultad", 1933, tomo segundo, pág. 411, comentario al artículo citado, ver nota 12).

Por otro lado, desde el punto de vista del derecho público la fuerza vinculante de dichos condicionamientos encuentra su razón de ser en las normas que delimitan las respectivas competencias de la S.E. y del ENRE. En efecto, carecería de rigor jurídico sujetar, por ejemplo, la compraventa de un frigorífico, a la supervisión y aprobación de aquellos órganos, ya que a éstos no les sería posible expedirse sobre una transacción claramente ajena a los fines y a las esferas de actuación que les son propios.

Es que la competencia es la atribución legal de una incumbencia determinada por la ley o el estatuto, lo que implica, no sólo la libertad jurídica de obrar conforme a ella, sino también el deber de hacerlo dentro de sus límites (Linares, Juan Francisco "Derecho Administrativo"; Astrea, 1986; pág. 230; en igual sentido, Alchourrón, Carlos - Bulygin Eugenio "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales"; Astrea, 1975, pág. 208, n° 3). Esta conceptualización armoniza con el carácter absoluto de la nulidad que acarrea el vicio de incompetencia en los actos administrativos (art. 14, inciso b, de la ley 19.549). Sentado ello, es preciso recordar que Transener - controlada por Citelec- presta el servicio de transporte de energía eléctrica en alta tensión en los términos del contrato de concesión oportunamente suscripto por el lapso de 95 años. Ese servicio involucra el conjunto de instalaciones de transmisión, de tensión igual o superior a 220kV, que incluye el equipamiento de compensación, transformación, maniobra, control y comunicaciones, tanto las existentes como

las nuevas que se incorporen como resultado de las ampliaciones del mismo, destinado a la actividad de transportar energía eléctrica entre regiones eléctricas (fs. 11).

A su vez, Transba -controlada por Transener- presta el transporte de energía eléctrica por distribución troncal en la región de Buenos Aires, consistente en el conjunto de instalaciones de transmisión en tensión igual o superior a 132 kV y menor a 400 kV tanto las existentes como las nuevas que se incorporen como resultado de las ampliaciones del mismo destinadas a vincular eléctricamente en el ámbito de una misma región eléctrica a los generadores, los distribuidores y a los grandes usuarios entre sí, con el sistema de transporte de energía eléctrica en alta tensión, o con otros sistemas de transporte de energía eléctrica por distribución troncal (fs. 12).

Dado que el transporte de energía eléctrica es un servicio público (art. 1° de la ley 24.065), está sujeto a la regulación y control estatal de la actividad (art. 2° de la ley cit.). Aunque a pesar de su naturaleza monopólica, "comparte las reglas propias del mercado por las particularidades que presenta en lo atinente a su expansión", lo cierto es que "Tales condiciones deberán ser tenidas en cuenta por la SECRETARIA DE ENERGIA ELECTRICA al establecer la regulación específica de tal actividad y por el ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD al ejercer las funciones que le asigna la ley 24.065" (art. 1° del Anexo I del decreto n° 1398/92, reglamentario de la ley 24.065).

Existen otras disposiciones que tornan impensable que una desinversión como la prevista pueda quedar al margen del control del Estado, y que serán abordadas más adelante (v.gr. arts. 2°, incisos a, c, d y e y 32 de la ley 24.065, entre otros).

La idea de que la concentración económica aprobada por Pérez Companc- Petrobras no afecta el régimen de competencia (ver recurso, cita de fs. 1872 vta., último párrafo y fs. 1873) nada aporta al debate, pues no es esa la operación de la que se trata aquí sino de la transferencia de Citelec a manos de terceros perseguida, ora como un medio de desconcentrar el mercado de transporte eléctrico mayorista (art.4° de la ley 24.065), ora como una medida de protección a las potenciales fuentes de trabajo para argentinos (conf. Planteo de ADIMRA mencionado en la R.62, fs. 2234).

Lo expuesto hasta aquí basta para desestimar el agravio a) del recurrente, máxime si se tiene en cuenta que ese planteo significa ponerse en contradicción con sus propios actos anteriores y posteriores al procedimiento de notificación o, si se quiere, con la propia inteligencia que le asignó a la operación (argumento de los arts. 1198, primer párrafo del Código Civil y 218, inciso 4° del Código de Comercio).

Es así que en el contrato de compraventa de acciones celebrado el 9 de agosto entre Petrobras y Primrose las partes acordaron que el término "Autorizaciones Gubernamentales" debía ser entendido como "toda autorización y/o aprobación sobre las transacciones contempladas bajo este contrato de Compraventa otorgadas por parte de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Secretaría de Energía de la Nación y el ENRE..." (ver, fs. 45/46, ...).

Si, como postula Primrose, la R.62 "no dispuso absolutamente nada con relación a la venta de CITELEC" (ver su recurso, fs. 1876 vta., segundo párrafo) no se comprende que los contratantes hayan incluido las previsiones transcritas y las hayan reiterado con mayor claridad a fs. 60 y 67. Aun más, al notificar la operación, la vendedora expresó que "La referida compraventa (la de las acciones de Citelec) fue realizada en cumplimiento del compromiso de desinversión en CITELEC, oportunamente asumido por PESA ("Petrobras Energía S.A.") ante el Gobierno Nacional, en oportunidad de la aprobación por parte de la Secretaría, la Desregulación (sic) y la Defensa del Consumidor, mediante Resolución N° 62/2003, de la operación de compraventa de acciones que componen el capital mayoritario de Petrobras Energía Participaciones S.A. por parte de Petrobras Participaciones S.L." (nota de Petrobras Energía S.A., del 14 de agosto de 2006, fs. 2, tercer párrafo) lo que es corroborado por la apelante a fs. 801/802 y por las intervenciones, en el sub lite, del ENRE y de la S.E. fundadas en el artículo 3 de la R.62 (ver, por ejemplo, respecto del

primero fs. 1399, 1414, 1466/67 y 1796/99 y respecto de la segunda la nota de Petrobras dirigida a aquélla a fs. 1394/97).

Expresado en pocas palabras, en la tesis de Primrose subyace, en rigor de verdad, el intento de sustraerse al control y supervisión imperativos de los órganos competentes cuya intervención ya había sido prevista y consentida por ella al tiempo de contratar y de notificar la operación.

VI. Las quejas individualizadas con las letras b) y c) (ver considerando III, segundo párrafo) deben ser tratadas en forma conjunta ya que en ellas se introducen temas que se relacionan entre sí.

A ese propósito, cabe advertir, en primer lugar, que el artículo 16 de la ley 25.156 dispone que "Cuando la concentración económica involucre a empresas o personas cuya actividad económica esté reglada por el Estado Nacional a través de un organismo de control regulador, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, previo al dictado de su resolución, deberá requerir a dicho ente estatal un informe y opinión fundada (sic) 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 ente estatal deberá pronunciarse en el término máximo de noventa (90) días, transcurrido dicho plazo se entenderá que el mismo no objeta la operación".

Se trata de una norma que, con prescindencia de lo expuesto en el considerando anterior, impone la intervención del organismo regulador.

Ahora bien, sobre este punto el apelante alega dos cosas: a) que esa intervención, estrictamente hablando, no se cumplió pues la resolución atacada se sustentó en "un dictamen" del ENRE "que carece de todo fundamento legal" y que es "de naturaleza meramente consultiva"; y b) que "la legislación vigente en materia de regulación eléctrica no exige que el adquirente de Citelec revista carácter de operador técnico" (ver fs. 1878, tercer agravio, el original es en mayúsculas).

En cuanto a lo primero, se observa que a fs. 1807/1813 obra el dictamen del área de Análisis y Estudios Especiales del ENRE emitido en el expediente ENRE n° 12.803/2002, en el que -después de un resumen de los antecedentes del caso- se emiten dos consideraciones complementarias que hacen, la una, al grado de influencia que ejercen los propietarios del capital de las empresas públicas en el diseño del planeamiento estratégico, y la otra al rol especulativo que juegan los fondos de inversión en lo que concierne al valor de las acciones de dichas empresas.

Antes de adentrarse en las observaciones críticas y las conclusiones a las que se arriba, hay que tener en cuenta que el documento fue firmado por la ingeniera Silvia Merzi, por el doctor Sergio Barone y por el Jefe del área, Licenciado Darío Arrue. Sin embargo, de ello no se sigue que tenga carácter meramente consultivo en el sentido que implica el apelante, esto es, que no sea el informe previsto en el art. 16 de la ley 25.156 por provenir de una dependencia técnica del organismo carente de representatividad.

Efectivamente, a fs. 1806, el vicepresidente del ENRE, ingeniero Ricardo A. Martínez Leone, se dirige al Secretario de Comercio Interior, Licenciado Guillermo Moreno, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 16 de la ley 25.156, informándole que "de acuerdo al dictamen obrante a fojas 1496 y ss del expediente ENRE N° 12803/2002, se concluye que la presencia en CITELEC S.A., sociedad controlante de TRANSENER S.A. de un fondo de inversión con el cincuenta por ciento (50%) del capital, requiere para el capital restante, de un accionista cuyas características no son reunidas por el postulante presentado por PETROBRAS ENERGÍA S.A. para dar cumplimiento a su compromiso de desinversión." (fojas citadas, tercer párrafo, ...).

Debido a que, en defecto de su presidente, la representación del ENRE es ejercida por su vicepresidente (conf. art. 61 de la ley 24.065), no hay duda en que el acto en cuestión constituye el informe y la opinión fundada de dicha entidad que exige la Ley de Defensa de la Competencia, no sólo porque ningún cuestionamiento se cieme sobre esa autoridad, sino también porque al intervenir en el expediente en más de una ocasión (v.gr. nota del 7/12/06 obrante a fs. 1466 concorde con sus intervenciones de fs. 1399 y 1414), se da por sentada la hipótesis prevista en la norma para su actuación.

Sostener lo contrario importaría desconocer los usos y costumbres administrativos válidos (ver Bielsa, R. "Derecho administrativo", sexta edición, tomo I, págs. 107 y 108) uno de los cuales ilustra que, en un elevado porcentaje de casos los directores, presidentes, secretarios y, en fin, todos aquellos que representan a órganos de la Administración centralizada y descentralizada se limitan a adherir - cuando corresponden y los comparten- a los dictámenes técnicos y jurídicos relevantes emitidos en los expedientes que les incumbe resolver, ello a fin de motivar adecuadamente el acto (conf. art. 7°, inciso e), de la ley 19.549 aplicable al ENRE en virtud del art. 1° de la ley citada y del art. 76 de la ley 24.065).

La motivación del acto se relaciona con la observancia del principio de legalidad y, desde el punto de vista del particular, con la necesidad de que éste conozca los antecedentes de hecho y de derecho en virtud de los cuales el organismo resuelve limitando sus derechos (arts. 19 y 28 de la Constitución nacional). Poco importa su localización en tanto integre inequívocamente la decisión de la autoridad competente (Hutchinson, T. "Ley nacional de procedimientos administrativos 19.549. Comentada anotada y concordada con las normas provinciales", Astrea, 1987, págs. 158 y 159; Real Ramón, "La

fundamentación del acto administrativo" en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, junio 1980, n° 27, pág. 111).

Soslayar ese tipo de práctica firmemente arraigada en nuestro medio es más grave aún si se repara en que, *mutatis mutandi*, la propia Corte Suprema de la Nación la observa al remitir al dictamen del Procurador General de la Nación cuando lo comparte, ejemplo este que es seguido por las Cámaras Federales respecto del dictamen del Fiscal de Cámara. Se trata, en todos esos casos, de una fundamentación *per relationem* suficiente para motivar el pronunciamiento y que no da lugar a recurso de reposición ni a planteo de arbitrariedad (doctrina de Fallos: 266:73; 296: 512; 298: 354; 307: 1128).

En lo que al *sub lite* se refiere, en el Dictamen 591 de la CNDC -que como se expuso, hizo propio la SCI en la Resolución apelada- se tuvo en cuenta la opinión fundada del ENRE (ver punto IV, nros. 39 a 45, fs. 1829/1831). Contra esto el apelante se limita -en un párrafo-(fs. 1878/1878 vta., párrafo tercero)- a atribuirle a aquélla carácter consultivo para negarle la virtualidad jurídica que exige el art. 16 de la ley de Defensa de la Competencia, nada de lo cual controvierte los argumentos precedentes.

Por otra parte, semejante planteo se desentiende de las circunstancias de la causa y de las normas aplicables. En cuanto a lo primero, el informe aludido tuvo lugar después de varias prórrogas (ver fs. 1399/1400, fs. 1437/1438, fs. 1461/1462 y fs. 1466/1467) la primera de las cuales obedeció a la imposibilidad del Ente de expedirse "hasta tanto las presentantes completen la información necesaria y adecuada, tal como se les ha solicitado" (fojas ya citada y Dictamen n° 591 de la CNDC, punto III.21, fs. 1825); inclusive, hubo la suspensión de plazos dispuesta por la Resolución n° 5/07, del 5 de febrero de 2007 (fs. 1796/1799) para hacer posible la intervención, no sólo del ENRE sino también de la S.E.

En el contexto de esa indefinición fue emitido el documento en cuestión, el cual fue valorado por la CNDC en su Resolución nro. 6/07 del 8 de febrero de 2007 al tener por cumplido el requisito exigido por el art. 16 de la ley 25.156, levantar la suspensión de los plazos procesales y pronunciarse sobre la operación (fs. 1815/1818). A pesar de que esta decisión le fue notificada a Primrose un día después (ver cédula de fs. 1860/1860 vta.), no fue impugnada por ella, lo que hizo posible que, primero la C.N.D.C y después la S.C.I. decidieran sobre la base de una situación consolidada por la mera conducta discrecional de la interesada (CNContAdmin.Fed., Sala III, autos "Soriano, Salvador María Justo c/Min.del Interior -Policía Federal- s/retiro militar y fuerzas de seguridad" fallada el 25/8/95; ídem, misma Sala, causa n° 23.792/93 del 1/2/96). La prontitud con que la SCI se expidió no obsta a esta conclusión si se repara en que Primrose tampoco ataca dicha Resolución en esta instancia (art. 265 del Código Procesal). En cuanto a las normas aplicables, la autoridad suscriptora emitió la opinión, se reitera, en los términos del art. 16 de la ley 25.156, lo que -sumado a lo anterior- despeja cualquier duda sobre la calificación jurídica del documento.

Resumiendo, el recurrente sólo tiene en cuenta siete de las ocho hojas que integran la opinión del ENRE, la primera de las cuales (fs. 1806) forma un todo inescindible con las restantes y está fundada en el antecedente de derecho explicitado que no fue criticado en el recurso (art. 265 del Código Procesal).

VII. Encuadrada la opinión de fs. 1806/1813 en el art. 16 de la ley 25.256 suscripta por la autoridad competente, corresponde dilucidar si ella carece de todo fundamento legal como postula la recurrente.

Para responder a ese interrogante hay que acudir, en primer término, al contenido del acto en cuestión. Después de señalar que los accionistas "gobiernan" cuando toman parte en las actividades que definen el objeto de las empresas, además de integrar el "núcleo duro" con responsabilidad en el diseño del planeamiento estratégico, el ENRE afirma que "En rigor, los fondos son vistos como asociados a especulaciones sobre los movimientos del valor de mercado de las cuotas partes que representan el capital accionario, y alejados del compromiso con la gestión de la actividad específica, al menos cuando dicha gestión no manifiesta riesgos de incidir en el valor de mercado de la cuota parte de capital, aspecto este que se evidencia con cierto retardo respecto del desempeño en la actividad" (informe cit., fs. 1810, segundo párrafo, ...).

Profundizando el desencuentro entre el objeto social de la controlante y la actividad relativa al servicio público involucrado en la operación, el ente explica que, si bien es cierto que toda la actividad económica es especulativa, no lo es menos que la cuestión central radica en establecer dónde se acentúa tal especulación; y es -prosigue- desde el marco regulatorio que debe darse respuesta a ese interrogante teniendo en cuenta que la evolución de las cuestiones financieras se impone -en el caso de los Fondos- sobre otras, tales como el riesgo asumido por el accionista comprometido con la actividad y las vicisitudes propias de esta última.

Es decir que, según el ENRE, el contexto económico y regulatorio en el que se desarrolla la actividad del transporte de energía cede, en el caso de los Fondos, frente a negocios meramente especulativos.

Dejando a un lado otras apreciaciones complementarias que ponen en evidencia las características e intereses de los agentes financieros, el organismo juzga necesario que, dentro del marco regulatorio de la energía eléctrica y del compromiso asumido por Petrobras, el conocimiento de la identidad y de la estructura corporativa de las empresas y sus grupos de control contribuye a la atención adecuada de las necesidades que los servicios públicos procuran satisfacer. Enfatiza que las normas de control autorizan a "buscar respuestas preventivas" "ex ante" tendientes a supervisar los procesos de participación en las tenencias accionarias de las empresas de servicios públicos y de sus respectivas estructuras corporativas. Con tal comprensión, exige que se conozcan "con la mayor precisión posible", los antecedentes de la actividad de quienes aspiren a ser propietarios de las acciones (fs. 1811) pues "Los riesgos característicos de cada actividad económica condicionan las expectativas de los aportantes genuinos de capital. Los colocadores de fondos de inversión lo hacen a partir de plazos, rendimientos y garantías de recupero que la canasta de colocaciones del fondo le presenta (sic) como probables. La concentración en una actividad, en este caso del transporte de energía eléctrica, difícilmente pueda dar respuesta a la disimilitud de expectativas de los dispersos aportantes de fondos genuinos que concurren a un fondo atraídos, generalmente por la propuesta de riesgos diversificados" (fs. cit., cuarto párrafo).

A renglón seguido el ENRE aclara que aun cuando los fondos de inversión puedan cumplir con los requisitos relativos a la identidad y estructura corporativa, tienen dificultad para acreditar antecedentes sectoriales ya que, su propia naturaleza les facilita "cierto desarraigo" a partir de la búsqueda de beneficios con independencia de su posicionamiento de actividades específicas.

Sobre el particular hizo hincapié en que "El núcleo de sus negocios está constituido por la búsqueda de oportunidades para las que disponen de recursos financieros y no para realizar inversiones en actividades cuyos tiempos de maduración y recupero están asociados a los ciclos del negocio específico. Esa característica presenta cierta incompatibilidad con los tiempos del negocio del servicio público de transporte de energía eléctrica, signados por períodos de tiempo que deben respetar la evolución de los ciclos propios." (fs. cit., quinto párrafo).

En otro orden de cosas, el ENRE destacó que las exigencias contenidas en los artículos 31 y 32 de la ley 24.065 autorizaban a controlar las consolidaciones derivadas de integraciones verticales u horizontales para evitar el abuso de posición dominante. Y que uno de los instrumentos adecuados para aventar esa práctica consistía en exigir el carácter de "operador" del servicio, concepto este que implica que la empresa prestataria ha logrado adquirir y desarrollar la aptitud para ejecutar las tareas inherentes al contrato de concesión o licencia durante un determinado período de tiempo y sobre un sistema cuya configuración responda a las especificaciones técnicas pertinentes, lo que conlleva a que sea calificado de acuerdo a los parámetros exigidos por las normas regulatorias y a que cumpla con las innovaciones tecnológicas que la actividad y las condiciones económicas de momento permitan (fs. 1812).

Para no quepa duda sobre el alcance que el ENRE le dio a la exigencia de "operador" conviene transcribir el siguiente párrafo "La condición de operador está referida, entonces a quienes reúnan la aptitud descripta. Esto es, a personas con determinada formación y experiencia que conformen un equipo. Ese equipo, que en su aspecto operativo está integrado por los cuadros gerenciales con responsabilidad en la gestión y la ejecución, no puede desdeñar en su configuración, al accionista. Será el accionista quien encierre en su ámbito de decisión el planeamiento estratégico, en el que se forma y ejerce la voluntad de la empresa, articulándose la puesta en acto de la misma con los niveles gerenciales. Obviamente, para concebir el planeamiento estratégico y articular su operatividad, al menos una parte del sector accionario tiene que tener, inexorablemente arraigo en la actividad y expectativa cierta de permanecer en el negocio por plazos compatibles con los períodos de maduración de los negocios vinculados a los servicios públicos involucrados" (fs. 1812, párrafo octavo, ...). Es sobre la base de tales fundamentos que el ente concluyó en que la presencia en Citelec controlante de Transener, de un fondo de inversión con el cincuenta por ciento (50%) del capital, "requiere para el capital restante, de un accionista cuyas características no son reunidas por el postulante presentado por PETROBRAS ENERGIA S.A. para dar cumplimiento a su compromiso de desinversión" (fojas cit. y fs. 1813, ...).

VIII. De la reseña hecha en el considerando anterior se desprende que el ENRE objetó la operación, en suma, con apoyo en dos argumentos.

El primero concierne al potencial conflicto de intereses derivado de la oposición entre el objeto social de la controlante - consistente en obtener la máxima rentabilidad en el menor tiempo posible- con el de la controlada indirectamente -que como se ha visto, es el de brindar el servicio público de transporte de energía eléctrica-.

El segundo, atañe a la falta del carácter de operador del controlante, lo que, a juicio del organismo repercutiría negativamente en la prestación del servicio debido a que el otro accionista también carece de esa condición (la expresión "al menos una parte del sector accionario tiene que tener inexorablemente arraigo en la actividad y expectativa cierta de permanecer en el negocio" no da lugar a otra interpretación).

Ahora bien, el apelante circunscribió sus agravios a este último argumento, ya que la falta de fundamentación legal que le asignó al informe del ENRE se vinculó con la circunstancia de que -a su juicio- la ley vigente "no exige que el adquirente de Citelec revista carácter de operador técnico" (fs. 1878/1878 vta.).

Esa autolimitación significa que respecto del primer argumento la apelación está desierta (arts. 265 y 266 del Código Procesal aplicables por imperio del art. 56 de la ley 25.156; conf. Palacio, Lino, "Derecho procesal civil", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, tomo V, pág. 271).

Así restringida la cuestión, es tiempo de tener en claro que el ENRE es un organismo autárquico que opera en el ámbito de la Secretaría de Energía del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios como autoridad de aplicación del marco regulatorio eléctrico fijado por la ley 24.065 y demás disposiciones reglamentarias y complementarias (art. 56 de la ley cit.).

Entre los objetivos de política nacional en materia de transporte de electricidad se encuentran los de "Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios", al igual que la "operación" y "confiabilidad" de los servicios e instalación de transporte y distribución de electricidad; también el de "Regular las actividades del transporte y la distribución de electricidad, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables", lo que armoniza con "Incentivar el...transporte de la electricidad fijando metodologías tarifarias apropiadas" (art. 2º, incisos a, c, d y e de la ley 24.065).

Por otro lado, el ENRE está expresamente facultado a hacer cumplir tales objetivos y, entre otras cosas, a "Requerir de los transportadores y distribuidores los documentos e información necesaria para verificar el cumplimiento de esta ley, su reglamentación y los respectivos contratos de concesión" (art. 56, incisos a, y n, ley cit., ...); su directorio puede, además de asesorar al Poder Ejecutivo en materias de su incumbencia, "realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de las funciones del ente y los objetivos de la presente ley" (art. 63, incisos c y g de la ley cit.).

Frente a las disposiciones enunciadas, la falta de fundamentación esgrimida por el apelante puede significar el vicio de desvío de poder por carecer el informe que hacen suyo, sucesivamente, la CNDC y ulteriormente la SCI, de sustento legal (conf. Cassagne C. "El acto administrativo", pág. 213) o, inclusive, de competencia el órgano que lo dictó.

Empero, nada hay en la pieza obrante a fs. 1871/1882 vta. - mantenida a fs. 2324/2325- que aporte elemento alguno en tales direcciones.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la competencia lato sensu de un órgano estatal comprende la esfera de libertad jurídica que le dejan las normas que le fijan el objeto, la forma y los fines de su actuación.

La formulación correcta que permite dilucidar el problema sometido a juzgamiento es, pues, éste: dado que la libertad jurídica de una persona, física o jurídica, privada o pública consiste -desde el punto de vista entitativo u ontológico- en hacer lo que se debe (como prestación) o lo que se puede (como facultad conferida por la norma) la conclusión que se impone es que todo lo no prohibido jurídicamente a cualquier sujeto de derecho le está jurídicamente permitido (conf. Linares, Juan Francisco "La competencia y los postulados de la permisión" en "Revista Argentina de Derecho Administrativo; Publicación de la Universidad del Museo Social Argentino, Año I, n° 2, noviembre 1971, págs. 13 a 32, especialmente, pág. 17, n° 7).

De ello se deriva que no es necesaria la existencia de una norma que, expresamente, exija el carácter de operador de las sociedades controlantes en casos como el de autos, o bien, que restrinja expresamente el acceso de fondos de inversión a la compra de acciones de empresas prestatarias de servicios públicos.

Ya que está fuera de discusión la influencia que ejerce la sociedad controlante sobre la cadena de sociedades controladas

(ver Manóvil, Rafael Mariano, "Grupos de sociedades en el derecho comparado"; Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, número 4.4.1., pág. 389), cabe tener presente que Primrose "es una sociedad de inversión que no brinda ningún producto o servicio" -ni siquiera sustitutos- y que se encuentra "hasta el momento inactiva" (ver formulario F.1., en particular, punto 3, 4 y 5, fs. 815/816).

También es claro, entonces, que no reúne el carácter de operador. Esta exigencia cuestionada por la apelante se relaciona directamente con los postulados implícitos de la competencia del ENRE. En efecto, ya se ha visto que a éste le corresponde aplicar la ley 24.065 procurando "Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios" asegurando la "operación" y "confiabilidad" del servicio, lo que incluye el cumplimiento de los contratos de concesión y la fijación de tarifas justas y razonables. Todo esto le da sentido a su intervención establecida en el ya examinado art. 16 de la ley 25.156 para que -entre otras cosas- "valore el impacto (de la operación de concentración) ... sobre el cumplimiento del marco regulatorio respectivo" (norma citada, primer párrafo, parte final).

Es un hecho no controvertido que le toca hacer efectivos esos propósitos en el siguiente contexto.

La adquirente Primrose es controlada en el 100% por EP Primrose Netherlands Cooperatie U.A.; esta última es una sociedad cooperativa constituida bajo las leyes de los Países Bajos y controlada por EP Primrose Antilles N.V.A. la cual está constituida al amparo del derecho vigente en las Antillas Holandesas y es, a su vez, controlada por : a) Eton Park Fund L.P. - fondo de inversión que tiene el 35% del paquete accionario-; y b) Eton Master Fund Ltd. - otra empresa con el mismo objeto que tiene el 65% restante- (ver punto 2.6 del Dictamen de la CNDC, fs. 1820/1821).

Tampoco está discutida la influencia que pueden ejercer los fondos de inversión referidos sobre Citelec y, por ende, sobre la actividad desarrollada por Transener. Por el contrario, el recurrente la da por sentada al alegar que "ETON PARK, grupo controlante de EP PRIMROSE tiene antecedentes en el campo de la energía eléctrica" (ver quinto agravio, fs. 1879, el original está expresado en dos tipos de mayúsculas).

Pues bien, constituye una realidad que integra la verdad jurídica objetiva y que, por lo tanto, los jueces no pueden soslayar (doctrina de Fallos: 313: 1333, considerando 9º y Michelli Gian Antonio, "La carga de la prueba"; Temis, 2004, núm. 17, pág. 105) que los fondos de inversión alcanzan sus objetivos, predominantemente, a través de operaciones financieras y bursátiles basadas en especulaciones sobre la evolución del valor de las acciones y de las monedas relacionadas con sus inversiones.

La compra en depresión esperando un mejor posicionamiento, la reestructuración de pasivos y la venta basada en la hipótesis de mejoría, sumada al tiempo limitado al que sujetan el recupero de su inversión, constituyen prácticas que difieren y hasta pueden ser conflictivas con los propósitos del dueño de una empresa de servicios públicos, sobre todo, si se advierte que las tarifas deben ser "justas y razonables", es decir, alejadas de la expectativa de máxima ganancia que cualquier negocio privado autoriza a tener (conf. doctrina de Fallos: 146: 207; concorde con la de "Munn vs. Illinois", 94 US 113 y con la de Fallos: 321: 1748; sobre el poder tarifario de la Administración - "Tariffhoheit"- en lo relativo a los servicios públicos y a las diferencias con el "precio de mercado"; ver Villar Palasí, José Luis "Poder de policía y precio justo: el problema de la tasa de mercado" RAP; número 16, enero-abril 1955, págs. 11 a 83).

Adviértase que de lo que se trata es de autorizar el ingreso como controlante de otro fondo de inversión en un mercado altamente regulado y con vastas implicancias económicas, sociales y políticas en materia tarifaria. A modo de ejemplo, cabe destacar que para morigerar el impacto de las oscilaciones del mercado mayorista sobre las tarifas de los usuarios finales, se congeló el precio estacional de la energía vigente desde noviembre de 2002 y durante todo el 2003. Y si bien es cierto que las diferencias observadas entre este valor y el precio "spot" resultante de la operación horaria en el mercado eléctrico mayorista (MEM) fueron financiadas por el Fondo de Estabilización (FE), no lo es menos que recién en el año 2004 la Secretaría de Energía "consideró necesario" recomponer el precio de los productos y servicios prestados en el MEM (conf. Informe anual del ENRE del 2004 reproducido parcialmente a fs. 1509/1510 -refoliado-). Esta circunstancia, que no hay motivos para pensarla como excepcional, pone en evidencia el cuadro de situación que habrán de enfrentar Primrose, sus dueños y, eventualmente, también los usuarios.

Lo expuesto hasta aquí ilustra sobre la suficiente fundamentación legal y, asimismo, sobre la racionalidad del informe del ENRE, en la medida en que se sustenta en los objetivos explícitos e implícitos fijados por la ley 24.065 y, además, en

argumentos de índole técnica y económica que no han sido, siquiera, atendidos por el apelante (conf. párrafo cuarto de este considerando).

En cuanto a la experiencia de Eton Park en el campo de la energía eléctrica alegada por el quejoso (ver recurso, fs. 1879 vta.), ella no fue probada. La remisión a la participación accionaria del 7% en Ashmore Energy International Ltd. (fojas citada, tercer párrafo, y fs. 814/815), resulta por cierto irrelevante para acreditar ese extremo. Por un lado porque -en términos generales- el mero hecho de ser accionista minoritario y circunstancial de una compañía no confiere el conocimiento y la experiencia necesarias para manejarla; por el otro -y esto es lo más importante- porque el propio apelante ha informado en sede administrativa que "Destaco nuevamente que Eton Park carece de control o de control conjunto respecto a estas sociedades (está incluida Ashmore Energy International Ltd.) no sólo por tener porcentaje minoritario de las acciones (7%) sino también por no existir derecho de veto". Además, al estar calificada esa firma como "compañía de inversión" no se ve de qué modo puede invocársela seriamente a los fines pretendidos (ver fs. 1205/1206).

En cuanto al Dictamen n° 591 de la CNDC, al considerar ésta el informe del ENRE (ver su dictamen 591, punto IV, números 39 a 42, fs. 1829/1830) para ordenar el archivo del expediente y no hacer lugar a la propuesta de desinversión cumplió el deber de salvaguardar el interés económico general (art. 1° de la ley 25.156) respetando el orden lógico de intervención de los organismos estatales.

Su decisión de no continuar con el análisis de la operación enunciada en el punto IV, número 43 de su Dictamen encuentra su razón de ser en los impedimentos de naturaleza técnica y económica ya indicados para que el adquirente se incorporara al mercado mayorista eléctrico. Y dado que tales impedimentos se traducían, a la postre, en un impacto negativo dentro del marco regulatorio (conf. art. 16 de la ley cit.) es que comprometían la prestación del servicio y tomaban innecesaria cualquier otra consideración (ver número 46 del punto IV del Dictamen cit.).

Ello es así, no sólo porque quien no tiene la tecnología ni la experiencia en la explotación del servicio público que pretende controlar no reúne las condiciones para ingresar al mercado en términos competitivos, sino porque además, esa falencia se traducirá, tarde o temprano, en la afectación del interés de los usuarios, cuya protección le incumbe -por mandato legal expreso- al Secretario de Comercio Interior suscriptor de la Resolución impugnada (conf. decreto nro. 877/2006, B.O. del 14/7/06; Planilla Anexa al artículo 2 -Secretaría de Comercio Interior- Objetivos-, arts. 7 y 10).

No en vano, el constituyente ha prescripto la protección de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en el mismo artículo en que exige la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y, asimismo, la eficacia del marco regulatorio de los servicios públicos (art. 42 de la Constitución nacional), ello, como un modo de implicar la acción coordinada de todas las agencias del gobierno federal en la prosecución armónica de esos trascendentes objetivos.

Con tal comprensión, carece de eficacia argumental alegar el carácter no vinculante del informe examinado (ver recurso, fs. 1880, párrafo cuarto). Es que el art. 16 del Anexo I, del decreto nro. 89 -reglamentario de la ley 25.156- no puede ser interpretado de modo tal que la intervención del organismo regulador de la actividad resulte inoficiosa.

Al respecto hay que tener presente, una vez más, que al inteligir el alcance de una disposición legal se deben considerar los fines que la animan evitando el sentido que la vacíe de contenido tomándola inoperante (Fallos: 303: 1965 y 327: 3937), o aquel que la ponga en pugna con el resto del ordenamiento jurídico por no conciliarla sistemáticamente (Fallos: 308:2246; 306:721; 307:518 y 993; 313: 1293; 315:2688; entre muchos otros). Y ciertamente que se violarían esas pautas si se concluyera que, en ningún caso, la opinión del ENRE puede ser tenida en cuenta por la CNDC, ya que carecería de sentido la norma que ordena su intervención.

Dicho en otras palabras: una cosa es que la CNDC tenga la libertad, dentro de la órbita que le es propia, de expedirse sin estar vinculada al informe previsto en el art. 16 de la ley 25.156; y otra muy distinta que prescindiera de él siempre, inclusive, cuando enuncia objeciones de índole técnica que se relacionan con los fines e intereses que le incumbe proteger al ENRE de acuerdo a la ley.

Después de todo, no debe olvidarse que los actos consultivos - incluidos los no vinculantes- adquieren relevancia cuando el órgano decisorio los recepta por encontrarlos técnica y racionalmente fundados, ya que han contribuido, legítimamente, a la formación de la determinación volitiva de la Administración (Alessi, Renato, "Instituciones de derecho administrativo"; Bosch, Casa Editorial; traducción de la 3ra. edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats, tomo I, págs. 287, punto b y

288).

Es que más allá de las competencias específicas que tienen los distintos órganos que integran la Administración centralizada y descentralizada, lo que interesa es que el Estado nacional es un único sujeto de derecho y que aquéllos -los órganos- actúan coordinadamente dentro de los ámbitos de sus respectivas incumbencias. Desde tal enfoque, la interpretación que hace el apelante del art. 7 de la ley 25.156 (ver recurso, fs. 1877 vta., en especial, cuarto párrafo) se desentiende de dicha actuación coordinada y de la diversidad de objetivos que la justifican.

Ni la competitividad progresiva dentro del mercado eléctrico ni las concentraciones económicas en ese campo ocurridas en otros países de que da cuenta el apelante (recurso, fs. 1881, punto VIII) son aptas para sustentar una intervención restringida del Estado -en el caso a la CNDC-.

Al respecto cabe hacer extensivas al sub lite las prevenciones de la Corte en el precedente de Fallos: 324: 4199, en el que se juzgó un caso vinculado al servicio público de generación eléctrica desestimándose una solución de neto corte jusprivatista por no armonizar ella con la magnitud de los intereses en juego ni con el rol que le toca jugar al Estado en ese ámbito. Se dijo allí que "el ciudadano no vive sólo de los grandes festines del Derecho Constitucional y sus aledaños sino también de la ejecución cotidiana de los servicios públicos, sin los cuales se convertirían las mayestáticas cuestiones del Estado en palabrería vana. El Estado, cualquiera que sea su forma, se demuestra funcionando. Y el gran tema es del funcionar bien, o mal: ahí se juega su destino y no en los relumbrantes principios que pueden encubrir la miseria real de una Administración con servicios ineficaces. El Estado tiene que ser justo..., pero también ha de ser eficaz, de tal forma que si no realiza prestaciones adecuadas, de nada servirán las construcciones políticas que la Constitución refleje" (considerando 9º, tercer párrafo del voto de la mayoría correspondiente a una cita del prólogo de Alejandro Nieto al libro de Esteban Arimany Lamoglia titulado "La reversión de instalaciones en la concesión administrativa del servicio público" Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1981, pág. XVI, primer párrafo).

Y por cierto que no viola el principio de igualdad impedir el acceso del apelante en los términos ya examinados, pues ese planteo (fs. 1880, octavo agravio conc. con el de fs. 1878 vta.) parte de una premisa errónea, cual es la de equipararse al Grupo Dolphin.

Antes de que Primrose comprara las acciones de Citelec, el capital social de dicha empresa estaba integrado por Petrobras -probablemente experta en el campo de la energía- y el Grupo de inversión Dolphin en las proporciones ya señaladas. Lo que ha informado el ENRE desde el punto de vista técnico operativo del servicio es que la ruptura de esa ecuación -en la que, por lo menos uno de los dos accionistas se dedica a la actividad energética y no a las inversiones especulativas- constituye un obstáculo para que la operación pueda ser autorizada. Es claro, entonces, que el Fondo que ingresó primero y tuvo al lado un "operador" como Petrobras o su antecesor no puede equipararse a Primrose. Rige aquí el criterio según el cual, no hay afectación del principio de igualdad -en términos constitucionales- si el tratamiento diferenciado que la ley o el acto de la Administración le confieren a un particular se basa en circunstancias relevantes de las que no participan el resto de los ciudadanos (Fallos: 311: 1372, considerando 2º; 328: 833).

Habiendo quedado consentido el cumplimiento del art. 16 de la ley 25.156 en sede administrativa y ser fundado el informe aludido en esa norma, cabe tener por incumplido uno de los requisitos exigidos en la R.62 que condicionaba la operación denunciada y, asimismo, la "Aprobación Gubernamental" del ENRE pactada en el Contrato de Compraventa de acciones de Citelec (ver fs. 45/46).

Ello es suficiente para rechazar el recurso y confirmar la Resolución n° 9 de la SCI (conf. conclusión expuesta en el párrafo octavo del considerando V de este pronunciamiento).

IX. En un segundo e independiente orden de ideas, conviene señalar que el recurso está desierto en otro aspecto decisivo: Primrose no expone las razones por las cuales tampoco cumplió la segunda condición impuesta por la R.62, esto es, la aprobación de la operación por parte de la SE (art. 265 del Código Procesal). Debe quedar en claro que, al tratarse de un trámite al que se habían sujetado las partes, le incumbía a éstas iniciarlo y concluirlo hasta obtener la decisión positiva del organismo referido.

Es así que -tal como se adelantó (considerando V, párrafos 17 y 18 del presente)- en el contrato de compraventa de acciones de Citelec ("Contrato") las partes convinieron en que la expresión "Autorizaciones Gubernamentales" "significa

toda autorización y/o aprobación sobre las transacciones contempladas bajo este Contrato de Compraventa" (ver fs. 46 cit., ...).

Mientras que la palabra "autorización" se relaciona con la CNDC (conf. art. 13, inciso a), la "aprobación" -según los términos de la R.62 - se vincula con la Secretaría de Energía. En el artículo 4.3.1. del Contrato se estipuló que "Las obligaciones del Vendedor y del Comprador para proceder con el Cierre están sujetas al cumplimiento previo de todas y cada una de las condiciones que se enumeran a continuación ... Las partes deberán haber obtenido las Autorizaciones Gubernamentales sin condicionamientos que deriven en una afectación sustancial de las transacciones comprendidas en este Contrato de Compraventa." (artículo citado, apartado "i", ver fs. 60, ...).

Más adelante se agrega "Salvo por las Autorizaciones Gubernamentales, el otorgamiento, celebración y cumplimiento del presente Contrato de Compraventa no exigirá que el Comprador obtenga ningún consentimiento, dispensa, autorización o aprobación de ninguna especie, o efectúe ninguna presentación o notifique a ninguna persona, organismo o Autoridad Gubernamental.". Existen otras cláusulas afines que dan cuenta en forma inequívoca de que la iniciativa de los procedimientos administrativos para la obtención de tales actos les incumbía a las partes.

Pues bien, pese a lo expuesto y a que en virtud del artículo 4, segunda parte del decreto 1759/72 -reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos- era el apelante quien debía solicitar en sede administrativa la aprobación de la SE en cuestión, en autos no hay elementos que demuestren que la haya tramitado.

No sólo se está diciendo que no hay resolución aprobatoria -que va de suyo que no la hay- sino que ni siquiera se tramitó el procedimiento pertinente en esa dirección. En este punto conviene advertir que las únicas constancias son las obrantes a fs. 1394/1397 (existen hojas sin foliar entre ellas). Cinco de esas fojas son carátulas de expedientes (fs. 1394, la que siguen a ésta sin foliar, es decir, la segunda, la cuarta, y la fs. 1396); otra es una nota del Secretario de Energía dirigida al Secretario de Comercio Interior en la que se le hace saber a éste que aquél funcionario fue anoticiado de la compraventa de acciones de Citelec (nota del 14 de setiembre de 2006, sin foliar) y la restante es una nota del señor José María Zuliani a la SE con un contenido análogo al descripto. Hay también una copia de la Resolución 941 de la SE ya referida en el considerando V de este pronunciamiento y un acuse de recibo insustancial en lo que a la materia en examen se refiere.

En el marco de tales actuaciones y ante la falta de elementos que justifiquen semejante pasividad, pierde toda relevancia la nota del Secretario de Energía del 14 de setiembre de 2006 en la que se informa a la SCI que Primrose habría solicitado la aprobación de la operación de ese organismo, ya que ese dato no encuentra correlato en ninguna actuación ulterior de la parte encaminada a obtener ese resultado.

Adviértase que esa nota está fechada un mes antes de que se le comunicara a la CNDC la operación (el cargo de la CNDC es del 15 de agosto de 2006 -fs. 3-). Sin embargo ningún impulso tuvo el expediente en la SE posteriormente.

La relevancia de este defecto se toma evidente a poco que se repare en las siguientes consideraciones. a) La aprobación de la SE constituía una exigencia independiente de la supervisión del ENRE y que le venía impuesta a la apelante por la R.62 y por el propio Contrato. b) En el procedimiento para obtenerla habrían de dilucidarse cuestiones tales como la vigencia de las restricciones para vender las acciones Clase "A" impuestas a la sociedad controlante de Transener por el contrato de concesión (v.gr.art. 14 y conc.) y por el Estatuto Social de esa compañía; según este último las acciones mencionadas no podían ser transferidas "ni aun a accionistas de la misma clase, sin contar con la previa aprobación de la transferencia del Ente Regulador de la Electricidad" agregándose que "Toda transferencia de acciones ... que se realice en violación a lo establecido en estos estatutos, carecerá de validez" (art. 10 del Anexo I, aprobado por el decreto 2743/1992, B.O. del 28/1/93).

Tratándose de la aplicación de normas de orden público el Tribunal está obligado a considerarlas con prescindencia de las alegaciones de las partes (arg del art. 21 del Código Civil). Las sucesivas variaciones en la integración del capital social y las decisiones asamblearias posteriores al dictado de ese estatuto quedaron sujetas a la aprobación del ENRE (v.gr. expedientes ENRE nros. 2993 y 4396 y Resolución del Ente n° 1197/98 del 29 de julio de 1998); sin embargo el recurrente nada aportó sobre su alcance y contenido actuales ni sobre sus proyecciones en cuanto a la operación notificada. Va de suyo que cualquier medida del Tribunal tendiente a solicitarle a los organismos mencionados algún tipo de información adicional, estaría basada en meras presunciones y, por lo demás, no iría sino en perjuicio de Primrose, habida cuenta de que, ante la fecha límite pactada en el Contrato -29 de junio del año en curso (artículo 10.1., apartado "iii", a, fs. 69)- implicaría dejarla

expuesta a la inacción de las entidades oficiadas y comprometidas en la controversia.

c) Al existir el informe negativo del ENRE respecto a la adquisición de todo el paquete accionario de Citelec, resultaba indispensable -con prescindencia de las imposiciones legales examinadas- agotar la instancia ante la SE, sobre todo, teniendo en cuenta que es Alzada de aquél organismo (art. 76 de la ley 24.065). Ante el incumplimiento de ambas condiciones impuestas por la R. 62, el archivo del expediente y la negativa a autorizar la operación no son irrazonables.

X. En atención a lo expuesto, no corresponde admitir ninguno de los planteos de Primrose, lo que conduce al rechazo de las dos pretensiones enunciadas en el punto I de su recurso (fs. 1871).

La principal, consistente en que este Tribunal revoque la Resolución nro. 9 de la SCI y autorice directamente la operación (fojas cit., punto I cit., primer párrafo) encuentra, además de las objeciones enunciadas a lo largo de los considerandos anteriores suficientes de por sí para desestimarla, la doctrina según la cual, el control judicial de los actos de la Administración no supone sustituir a ésta en el ejercicio de aquellas facultades discrecionales o de carácter técnico de las que está dotada (Fallos: 307: 1821 y 317:40).

En cuanto a la anulación del acto impugnado y al reenvío para que la CNDC se expida sin intervención del ENRE y de la SE, también se ve refutada por los argumentos enunciados precedentemente y, por lo demás, por haber consentido el recurrente el punto 7° de la Resolución atacada en el que se dispone la participación de dichos organismos estatales en el trámite futuro (arts. 265 y 266 del Código Procesal).

Por ello, el Tribunal RESUELVE: 1°) tener por acreditada la personería del doctor Gustavo Enrique Garrido como apoderado judicial de Primrose; 2°) intimar a la apelante a que, dentro del plazo de cinco días integre la tasa de justicia en los términos de los arts. 4, inciso j), segundo párrafo y 6 de la ley 23.898; y 3°) rechazar el recurso de apelación interpuesto por Primrose y confirmar la Resolución n° 9 de la Secretaría de Comercio Interior en todo lo que fue materia de agravio. Con costas a la apelante (art. 68, primer párrafo, del Código Procesal aplicable en virtud del art. 56 de la ley 25.156 ya citado).

Regístrese, notifíquese a las partes, en el día, con habilitación de días y horas y al señor representante del Fisco y, oportunamente, devuélvase al Ministerio de Economía y Producción (Dirección General de Asuntos Judiciales) mediante oficio de estilo. —Ricardo Gustavo Recondo. —Guillermo Alberto Antelo.

La Dra. Medina dijo:

Adhiero a la resolución precedente, con excepción de lo expresado en los párrafos diecinueve y veinte del punto VIII. — Graciela Medina.

Citas Legales:

leyes nacionales [19.549](#) (Adla, XXXII-B, 1752); [23.898](#) (Adla, L-D, 3751); [24.065](#) (Adla, LII-A, 82); [25.156](#) (Adla, LIX-D, 3942).

Relaciones al Código Civil y Comercial: