



**República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional**  
2021 - Año de Homenaje al Premio Nobel de Medicina Dr. César Milstein

### **Dictamen Jurídico**

**Número:**

**Referencia:** EX-2020-45196421-APN-SD#ENRE

---

SEÑOR SUBDIRECTOR GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS  
DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA:

Se solicita la intervención de esta Procuración del Tesoro de la Nación, con relación al proyecto de Resolución del Ministro de Economía que tiene por objeto instruir a la Dirección de Asuntos Contenciosos de Energía, dependiente de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de ese Ministerio, para que inicie la acción judicial de lesividad contra las distribuidoras eléctricas Empresa Distribuidora Norte Sociedad Anónima (EDENOR) y Empresa Distribuidora Sur Sociedad Anónima (EDESUR), a fin de obtener la declaración judicial de nulidad del Convenio CONVE-2019-44035076-APN-DGDOMEN#MHA denominado *Acuerdo de Regularización de Obligaciones para la Transferencia de las Concesionarias a las Jurisdicciones Locales*, suscripto el 10 de mayo de 2019, y de los actos dictados en su consecuencia.

- | -

### **ANTECEDENTES**

1. El 21 de julio de 2020, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) adjuntó, en archivos embebidos, sendos listados de las Multas aplicadas a EDENOR S.A. y EDESUR S.A., con actualización y/o intereses, en los términos de lo establecido en los Instructivos ENRE N.º 10/16, N.º 29/16, N.º 3/17 y 23/17 hasta el 31 de diciembre de 2018 (v. órdenes 4 y 5, respectivamente).

2. En el orden 9, el área de Aplicación y Administración de Normas Regulatorias del ENRE adjuntó como archivos embebidos los Memo N.º ME-2019-86629498-APN-ARYEE#ENRE y N.º ME-2019-94088515-APN-ARYEE#ENRE, informando los valores de la Tarifa Media (TM), Mecanismo de Monitoreo de Costos (MMC) e índice de Precios al Consumidor (IPC) vigentes durante el período de transición contractual de las Actas Acuerdo (AA) celebradas con las

concesionarias, y los aumentos del Costo Propio de Distribución (CPD) otorgados desde la Resolución ENRE N.º 1/16.

3. En el orden 12, se encuentra agregado el Informe N.º 257/20, *Análisis económico del Acuerdo de regularización de obligaciones para la transferencia de las concesionarias a las jurisdicciones locales*, emitido por el área de Auditoría Económico Financiera y Revisión Tarifaria del ENRE.

4. El 27 de julio de 2020, la Asesoría Jurídica del ENRE emitió el informe jurídico sobre el *Acuerdo de Regularización de Obligaciones para la Transferencia de las Concesionarias EDENOR S.A. y EDESUR S.A. a las Jurisdicciones Locales* (orden 14).

Respecto de su vigencia, manifestó que, desde un punto de vista jurídico formal, el Acuerdo se encontraba vigente, en tanto había sido celebrado por la autoridad concedente con las concesionarias del servicio, no encontrándose sujeto a condición suspensiva o resolutoria expresa. Y, desde un punto de vista estrictamente jurídico, en tanto no fuera invalidado por la Justicia, se encontraría vigente, quedando a cargo del ENRE las actividades instruidas por la Secretaría de Gobierno de Energía.

5. En el orden 15, la Secretaría del Directorio del ENRE adjuntó el Acta de Reunión Secreta de ese Directorio celebrada el 12 de septiembre del 2019 (v. Acta de Reunión embebida en el IF-2020-48526630-APN-SD#ENRE embebido en el ME-2020-48528602-APN-SD#ENRE).

6. En el orden 16, el interventor del ENRE adjuntó como archivos embebidos al IF-2020-48541839-APN-ENRE#MDP, el *Informe General* y el *Análisis económico* sobre el *Acuerdo de regularización de obligaciones para la transferencia de las Concesionarias a las jurisdicciones locales*.

De los citados informes surge que el ENRE calculó dos alternativas de activo regulatorio utilizando metodologías diferentes, instruidas por la ex Secretaría de Gobierno de Energía, pero ninguna de ellas respetó lo establecido en las Actas Acuerdo de renegociación contractual celebradas con las concesionarias, ni resultaron adecuadas a tal fin, ya que arrojaron guarismos que exceden lo que estrictamente hubiese correspondido.

Asimismo, informan que los pasivos regulatorios fueron subestimados, destacándose que las sanciones aplicables a las Concesionarias se recalcularon especialmente en el marco del Acuerdo de Regularización, utilizándose otras premisas de valorización y actualización dictadas por la ex Secretaría de Gobierno de Energía, las que arrojaron valores sustancialmente menores a los determinados por el ENRE en base a las pautas de cálculo oficiales establecidas para aquéllos.

7. El 27 de julio de 2020, mediante la Nota N.º NO-2020-48546905-APN-ENRE#MDP, el interventor del ENRE dio traslado del expediente al Ministerio de Desarrollo Productivo en cuya órbita se encontraba el área competente en materia energética, a los efectos de poner en su consideración la auditoría y revisión técnica, jurídica y económica realizada por dicho ente regulador sobre el *Acuerdo de Regularización de Obligaciones para la Transferencia de las*

*Concesionarias a las Jurisdicciones Locales* (orden 17).

8. El 6 de enero de 2021, la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía tomó la intervención de su competencia (v. orden 26).

Luego de citar los antecedentes que llevaron a la firma del acuerdo, mencionó que se encontraba en trámite en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N.º 5, una causa caratulada *Lopetegui Gustavo y otro/ Malversación de caudales públicos* (Causa N.º 5059/19, Fiscalnet N.º 27808/19), cuyo objeto consiste en *...determinar si en el marco del Acuerdo auditado se produjeron “maniobras de administración presupuestaria que podrían haber generado beneficios económicos indebidos a favor de las concesionarias Edenor S.A. y Edesur S.A.”*.

Asimismo, a la luz del análisis plasmado en la auditoría realizada por el Ente, manifestó que resultaban inconsistentes los montos en concepto de activos y pasivos regulatorios fijados en el *Acuerdo de regularización de obligaciones para la transferencia de las Concesionarias a las jurisdicciones locales*.

Luego, indicó que el ENRE fue afectado por el Acuerdo, al generarse problemáticas jurídicas en cuanto a los procesos judiciales pendientes y a los ya resueltos, obstaculizando el normal ejercicio de las funciones y el cumplimiento de los cometidos que, legal y constitucionalmente, le fueron encomendados como ente de control (arts. 2.º y ss. de la Ley N.º 24.065 y art. 42 de la Constitución Nacional), por lo que decidió presentarse en la causa penal mencionada solicitando constituirse como parte querellante, condición que le fue otorgada.

9. El 3 de mayo de 2021, tomó intervención la Secretaría Legal y Administrativa del Ministerio de Economía y remitió las actuaciones a la Subsecretaría de Energía Eléctrica (v. orden 35).

10. El 14 de mayo de 2021, la Subsecretaría de Energía Eléctrica del Ministerio de Economía manifestó que no se encontraban objeciones a los informes técnicos obrantes en el expediente en lo que refiere al objeto y contenido del Acuerdo (v. orden 41).

Asimismo, indicó que, tal como surge de la auditoría, el Acuerdo padecería de vicios graves en los elementos esenciales procedimiento y competencia, coincidiendo tal conclusión con lo expuesto por la Procuraduría de Investigaciones Administrativas del Ministerio Público Fiscal de la Nación (Ley N.º 27.148) en la causa N.º 5059/19.

11. En el orden 60, el ENRE informó el estado de la causa penal mencionada e incorporó como archivo embebido el dictamen efectuado en colaboración por la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (v. NO-2021-55107574-APN-ENRE#MEC).

12. En el orden 63, se agregaron embebidos los siguientes documentos: a) Convenios del traspaso y actas de renegociación contractual desde el 2006 a la fecha;

b) Informe de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas;

c) El ME-2021-68901245-APN-AAYANR#ENRE en el que se encuentra el informe sobre los incumplimientos de Calidad de Producto Técnico, Servicio Técnico y Servicio Comercial resultantes de cada medición del período entre el semestre 19 y el semestre 41, junto con el

estado actual de la ejecución de las obras a las que se comprometieron las empresas en el Acuerdo de Regularización de Obligaciones para la Transferencia de las Concesionarias a las Jurisdicciones Locales; y

d) Estados Contables de las empresas en los que consta la registración de los efectos del Acuerdo (v. IF-2021-77099519-APN-SE#MEC).

13. En el orden 64, tomó nueva intervención la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía.

Luego de efectuar un minucioso análisis de las actuaciones, manifestó que *...el Acuerdo de la referencia es un acto nulo de nulidad absoluta, pero que atento a haber adquirido estabilidad, correspondería entonces el dictado de un acto administrativo que declare su lesividad, e instruya el inicio de la acción judicial correspondiente.*

Asimismo, concluyó que *...ante la necesidad de evitar la eventual consumación de nuevos y más graves daños a los bienes jurídicos que, en cada caso, tutela el interés público, y ante los argumentos expuestos en los informes que precedentemente se mencionan y que fundamentan una nulidad absoluta, corresponde propiciar el dictado de un acto administrativo que resuelva la suspensión del Acuerdo de la referencia (PV-2021-76988088-APN-SE#MEC).*

14. En el orden 67 tomó nueva intervención la Secretaría Legal y Administrativa del Ministerio de Economía.

15. En el orden 71 se agregó el proyecto de Resolución del Ministro de Economía declarando lesivo al interés general el Convenio CONVE-2019-44035076-APN-DGDOMEN#MHA denominado *Acuerdo de Regularización de Obligaciones para la Transferencia de las Concesionarias a las Jurisdicciones Locales*, suscripto el 10 de mayo de 2019 (v. IF-2021-78851976-APN-DDYL#MEC).

16. En el orden 79, tomó la intervención de su competencia la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía mediante dictamen conjunto con la Dirección de Asuntos Legales de Energía (v. IF-2021-79920402-APN-DALE#MEC).

Luego de analizar la normativa aplicable al caso y los antecedentes agregados en las actuaciones, manifestó que los informes técnicos producidos refieren en forma concordante que el *Acuerdo de Regularización* tiene distintos vicios que acarrearán en forma indudable su nulidad absoluta.

Destacó que dicho Acuerdo contiene vicios en la causa, competencia y procedimiento, razón por la cual de conformidad con el artículo 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549 (B.O. 27-4-72), la Administración tiene la obligación de revocarlo en su sede por razones de ilegitimidad, salvo que el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, supuesto en que sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad.

Concluyó que, en el caso, corresponde el dictado de un acto administrativo que declare la lesividad del Acuerdo de Regularización en tanto se encuentran claramente determinados los vicios que afectan su legitimidad, resultando procedente, asimismo, la instrucción que se

propone para que se promueva la respectiva acción judicial de nulidad.

17. Con tales antecedentes corresponde que me expida.

- II -

## EL PROYECTO

El proyecto de Resolución a ser suscripto por el Ministro de Economía contiene las siguientes previsiones:

-En su artículo 1.º declara lesivo al interés general el Convenio CONVE-2019-44035076-APN-DGDOMEN%MHA denominado *Acuerdo de Regularización de Obligaciones para la Transferencia de las Concesionarias a las Jurisdicciones Locales*, suscripto el 10 de mayo de 2019.

-En su artículo 2.º instruye a la Dirección de Asuntos Contenciosos de Energía de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de ese Ministerio a que inicie acción judicial de lesividad contra las distribuidoras eléctricas EDENOR y EDESUR a fin de obtener la declaración judicial de nulidad del Convenio CONVE-2019-44035076-APN-DGDOMEN#MHA denominado *Acuerdo de Regularización de Obligaciones para la Transferencia de las Concesionarias a las Jurisdicciones Locales* del 10 de mayo de 2019 y de los actos dictados en su consecuencia.

-En su artículo 3.º suspende, en los términos del artículo 12 de la Ley N.º 19.549, los trámites administrativos relativos a la ejecución de las obligaciones originadas en el Convenio CONVE-2019-44035076-APN-DGDOMEN#MHA denominado *Acuerdo de Regularización de Obligaciones para la Transferencia de las Concesionarias a las Jurisdicciones Locales*, suscripto el 10 de mayo de 2019.

-En su artículo 4.º comunica la Resolución a la Oficina Anticorrupción de la Presidencia de la Nación, a la Procuraduría de Investigaciones Administrativas y al ENRE.

- III -

## MARCO NORMATIVO INVOLUCRADO

Encuentro necesario, en forma previa a emitir mi opinión, reseñar algunas normas legales y reglamentarias que guardan vinculación con la consulta que se realiza.

1. Acuerdo de Regularización de Obligaciones para la Transferencia de las Concesionarias a las Jurisdicciones Locales.

1.1. La Ley N.º 27.467 (B.O. 4-12-18) de Presupuesto de gastos y recursos de la Administración Nacional para el Ejercicio 2019, en su artículo 124 estableció: *Instrúyese al PODER EJECUTIVO NACIONAL a impulsar los actos que sean necesarios para que, a partir del 1º de enero de 2019, las distribuidoras eléctricas Empresa Distribuidora Norte S.A. (Edenor) y Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur) pasen a estar sujetas a la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.*

*Una vez que se efectivice lo contemplado en el párrafo anterior, el Ente Nacional Regulador de*

*la Electricidad (ENRE) creado por el artículo 54 de la ley 24.065 mantendrá sus funciones y facultades en todo aquello que no esté vinculado al servicio público de distribución de energía eléctrica.*

1.2. La Ley N.º 27.469 (B.O. 4-12-18) aprobó el Consenso Fiscal suscripto el 13 de septiembre de 2018 por el Poder Ejecutivo Nacional y representantes de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dentro del cual se contempló que dichas concesionarias pasaran a la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en línea con lo acontecido con las distribuidoras eléctricas en las demás jurisdicciones del país.

1.3. La Ley N.º 27.541 (B.O. 23-12-19), de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública, en el título III referido al *Sistema Energético*, estableció en su artículo 5.º: *Facúltase al Poder Ejecutivo nacional a mantener las tarifas de electricidad y gas natural que estén bajo jurisdicción federal y a iniciar un proceso de renegociación de la revisión tarifaria integral vigente o iniciar una revisión de carácter extraordinario, en los términos de las leyes 24.065, 24.076 y demás normas concordantes, a partir de la vigencia de la presente ley y por un plazo máximo de hasta ciento ochenta (180) días, propendiendo a una reducción de la carga tarifaria real sobre los hogares, comercios e industrias para el año 2020.*

*Invítase a las provincias a adherir a estas políticas de mantenimiento de los cuadros tarifarios y renegociación o revisión de carácter extraordinario de las tarifas de las jurisdicciones provinciales.*

En su artículo 6.º previó: *Facúltase al Poder Ejecutivo nacional a intervenir administrativamente el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) por el término de un (1) año.*

En su artículo 7.º estableció: *Suspéndese la aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 124 de la ley 27.467. Durante la vigencia de la emergencia declarada en la presente, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) mantendrá su competencia sobre el servicio público de distribución de energía de las concesionarias Empresa Distribuidora Norte S.A. (Edenor) y Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur).*

1.4. El Decreto N.º 277/20 (B.O. 17-3-20), en su artículo 1.º dispuso *...la intervención del ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD (ENRE), organismo autárquico en el ámbito de la SECRETARÍA DE ENERGÍA del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, hasta el 31 de diciembre de 2020.*

En su artículo 5.º contempló que *El Interventor deberá realizar una auditoría y revisión técnica, jurídica y económica que evalúe los aspectos regulados por la Ley N.º 27.541 en materia energética. En caso de detectarse alguna anomalía, el Interventor deberá informar al PODER EJECUTIVO NACIONAL los resultados de la misma, así como toda circunstancia que considere relevante y deberá aportar la totalidad de la información de base y/o documentos respectivos, proponiendo las acciones y medidas que en cada caso estime corresponda adoptar.*

## 2. Competencia del ex Ministerio de Hacienda.

A la fecha de suscripción del Acuerdo de Regularización de Obligaciones para la Transferencia de las Concesionarias a las Jurisdicciones Locales, el 10 de mayo de 2019, la materia de energía se encontraba bajo la competencia del entonces Ministerio de Hacienda.

2.1. El Decreto N.º 575/18 (B.O. 22-6-18), en su artículo 6.º sustituyó el artículo 23 nonies del

Título V de la Ley de Ministerios (texto ordenado por el Decreto N.º 438/92 -B.O. 20-3-92-) y sus modificatorias, y estableció que *Compete al MINISTERIO DE ENERGÍA asistir al Presidente de la Nación y al jefe de Gabinete de Ministros, en orden a sus competencias, en todo lo inherente a la elaboración, propuesta y ejecución de la política nacional en materia de energía, y en particular:*

*(...) 5. Ejercer las funciones de autoridad de aplicación de las leyes que regulan el ejercicio de las actividades de su competencia y de autoridad concedente en relación con las concesiones y habilitaciones previstas en dichas leyes.*

Asimismo, en su artículo 8.º sustituyó la denominación *...del MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA por la de MINISTERIO DE ENERGÍA...*

2.2. El Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 801/18 (B.O. 5-9-18), en su artículo 2.º reemplazó al artículo 8.º del Título II de la Ley de Ministerios (texto ordenado por el Decreto N.º 438/92) y sus modificatorias, y estableció que *Cada Ministerio podrá proponer al PODER EJECUTIVO NACIONAL la creación de las Secretarías de Gobierno, Secretarías o Subsecretarías que estime necesario de conformidad con las exigencias de sus respectivas áreas de competencia. Las funciones de dichas Secretarías de Gobierno, Secretarías o Subsecretarías serán determinadas por decreto.*

Asimismo, en su artículo 6.º sustituyó el artículo 20 del Título V de la Ley de Ministerios (texto ordenado por el Decreto N.º 438/92) y sus modificatorias, y estableció que *Compete al MINISTERIO DE HACIENDA asistir al Presidente de la Nación y al Jefe de Gabinete de Ministros, en orden a sus competencias, en todo lo inherente a la política económica, presupuestaria e impositiva, a la administración de las finanzas públicas, a las relaciones económicas, financieras y fiscales con las Provincias y la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, a la elaboración, propuesta y ejecución de la política nacional en materia de energía, y en particular:*

*(...) 11. Participar en las negociaciones y modificaciones de los contratos de obras y servicios públicos, en el ámbito de su competencia.*

A su vez, en su artículo 12 prescribió que el Ministerio de Hacienda sería el continuador, a todos sus efectos, del Ministerio de Energía.

Por su parte, el Decreto N.º 802/18 (B.O. 5-9-18), en su artículo 14 creó el cargo de Secretario de Gobierno de Energía, con dependencia del Ministerio de Hacienda.

2.3. El Decreto N.º 958/18 (B.O. 26-10-18), en su artículo 4.º, sustituyó del Anexo I - Organigrama de Aplicación de la Administración Nacional centralizada- aprobado por el artículo 1.º del Decreto N.º 174/18 (B.O. 5-3-18) y sus modificatorios, el Apartado VIII Bis y dispuso los objetivos de la Secretaría de Gobierno de Energía. En lo que aquí interesa (...) 2. *Ejecutar planes, programas y proyectos del área de su competencia elaborados conforme las directivas que imparta el Ministerio de Hacienda;* y 4. *Ejercer las funciones de autoridad de aplicación de las leyes que regulan el ejercicio de las actividades en materia energética, y de autoridad concedente en relación con las concesiones y habilitaciones previstas en dichas leyes.*

Asimismo, estableció los objetivos de la Secretaría de Recursos Renovables y Mercado Eléctrico, actuante bajo la órbita de la Secretaría de Gobierno de Energía. Entre ellos, y en lo que interesa (...) 1. *Asistir al Secretario de Gobierno en el ejercicio de sus atribuciones como autoridad de aplicación del marco regulatorio eléctrico* y 3. *Entender en la formulación de la*

*política tarifaria en los servicios públicos de transporte y distribución de electricidad.*

2.4. El Decreto N.º 162/19 (B.O. 1-3-19), en su artículo 1.º estableció *Encomiéndase al MINISTERIO DE HACIENDA, en el marco de la normativa vigente, la realización de las gestiones y la suscripción de los actos que resulten necesarios para dar efectivo cumplimiento a la instrucción prevista en el artículo 124 de la Ley N° 27.467 de Presupuesto de Gastos y Recursos de la Administración Nacional para el Ejercicio 2019* (el destaque no es del original).

3. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, dispone en su artículo 3.º que *La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas; la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario.*

En su artículo 7.º establece que los requisitos esenciales del acto administrativo son los siguientes (...) a) *ser dictado por autoridad competente; b) deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable; c) el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible debe decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos; d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos; e) deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; y f) habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad.*

En su artículo 12 prevé que *El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta (el destaque me pertenece).*

En su artículo 14 dispone que *El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos (...) b) Cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado, salvo, en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado.*

En su artículo 17 establece que *El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad (el destaque me pertenece).*

- IV -

## ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

Estimo necesario adelantar que, teniendo en cuenta los informes técnicos producidos en estas actuaciones, en particular el Análisis Económico y el Informe General sobre el *Acuerdo de regularización de obligaciones para la transferencia de las concesionarias a las jurisdicciones locales* (v. archivos embebidos en el IF-2020-48541839-APN-ENRE#MDP, orden 16), lo informado por la Secretaria de Energía (v. PV-2021-01347069-APN-SE#MEC, orden 26); y por la Subsecretaria de Energía Eléctrica (v. PV-2021-43075708-APN-SSEE#MEC, orden 41), se evidencia que dicho Acuerdo de Regularización contiene distintos vicios que acarrear su nulidad absoluta, la que deberá solicitarse por vía judicial conforme surge de los artículos 14, inciso b) y 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

1. Los vicios que presenta el Acuerdo.

La Ley N.º 19.549, luego de enunciar en los artículos 7.º y 8.º, cuáles son los requisitos esenciales del acto administrativo (competencia, causa, objeto, procedimiento, motivación, finalidad y forma), menciona en su artículo 14, inciso a), a los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia, simulación) y, en su inciso b), a los defectos en los elementos esenciales antes aludidos (incompetencia, falta de causa, violación de la ley, de las formas esenciales o de la finalidad), que conducen a su nulidad, para aludir más tarde a las consecuencias jurídicas que se derivan de tal situación (v. art. 17).

Me referiré, pues, a los vicios que afectan el Acuerdo que nos ocupa, siguiendo el esquema normativo que surge de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

1.1. Vicio en la competencia.

El inciso a) del artículo 7.º de la Ley N.º 19.549, establece como uno de los elementos esenciales del acto administrativo:

*a) ser dictado por autoridad competente.*

La competencia es el conjunto de atribuciones y funciones que un órgano o un ente público pueden ejercer legítimamente. Así, el concepto de competencia brinda el alcance de los cometidos que corresponden a cada órgano o ente de la Administración, de acuerdo al ordenamiento jurídico. La competencia es, en definitiva, la aptitud legal de obrar de los órganos o entes estatales pertenecientes a la Administración descentralizada, una distribución de tareas o bien una regla que determina, en primer lugar, las materias que entran en la esfera propia de cada autoridad.

Como tiene dicho este Organismo Asesor, la competencia reviste un carácter objetivo, en tanto requiere de una norma constitucional, legal o reglamentaria que la atribuya (v. Dictámenes 311:244).

Las competencias de las instituciones estatales representan los límites dentro de los que deben actuar los órganos administrativos y las personas jurídicas públicas. Por eso se señala que toda atribución de competencia representa, al mismo tiempo, una autorización y una limitación.

La competencia, además de constituir un elemento esencial del acto administrativo, es junto a la jerarquía, uno de los principios rectores de la organización administrativa. Las funciones públicas, en efecto, se distinguen por la competencia, criterio diferenciador e inequívoco para individualizarlas y sin el cual, sería inconcebible un actuar administrativo organizado.

Para que ese conjunto de órganos que realizan la acción administrativa cumpla eficazmente con los fines asignados, es necesario que se hallen ordenados y regulados, de modo tal que estén dirigidos y sujetos al contralor de otros, formando líneas y núcleos de órganos activos que partan de un centro que es el Poder Ejecutivo y converjan en aquél.

De tal modo, la regla directriz fundamental del accionar de la organización administrativa es la subordinación jerárquica en virtud de la cual cada órgano funcional administrativo obra en ejercicio de sus propias atribuciones (competencias), bajo la dirección y vigilancia de un órgano superior (jerarquía).

La asignación de competencias entre los órganos que componen la Administración Pública centralizada y las personas jurídicas públicas estatales que integran la Administración Pública descentralizada, constituye un principio básico de la organización administrativa, pues se trata de la distribución de tareas o funciones para cumplir con los fines estatales.

Ello no solo debe justificarse en el principio metajurídico de división del trabajo, sino también en la raíz misma del Estado de Derecho que, en tanto garante de los derechos de los particulares, asegura tal protección delimitando el campo de actuación de los órganos y entes públicos.

Sentado lo expuesto, en el caso que nos ocupa, la instrucción dispuesta por el artículo 124 de la Ley N.º 27.467 al Poder Ejecutivo Nacional, tuvo por objeto ... *impulsar los actos que sean necesarios para que, a partir del 1.º de enero de 2019 las distribuidoras eléctricas Empresa Distribuidora Norte S.A. (EDENOR) y Empresa Distribuidora Sur (EDESUR) pasen a estar sujetas a la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...*

A su vez, el órgano ejecutivo dispuso a través del Decreto N.º 162/19 una *encomendación de firma* al entonces Ministro de Hacienda, único órgano que se encontraba, en principio, facultado a realizar las gestiones y suscribir los actos que resultaran necesarios para dar efectivo cumplimiento a la manda legal. No lo estaban, en cambio, el Secretario de Gobierno de Energía y el Secretario de Recursos Renovables y Mercado Eléctrico.

En la especie medió una *delegación de firma*, que no importa una delegación en sentido jurídico ya que no se opera un traspaso de competencia, careciendo el delegado de atribuciones para dictar actos administrativos por sí, limitándose a la firma de los actos que el delegante le ordene (v. CASSAGNE, Juan C., *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Comentada y Anotada*, La Ley, Buenos Aires, 1.º edición, 2009, pág. 131).

En consecuencia, se advierte la existencia del vicio de incompetencia en la firma del Acuerdo, que lo torna nulo de nulidad absoluta, en los términos del artículo 14 inciso b) de la Ley N.º 19.549. Así no solo medió una subdelegación *tácita* del ex Ministro de Hacienda en el Secretario de Gobierno de Energía y el Secretario de Recursos Renovables y Mercado Eléctrico, para la realización de las gestiones y trámites necesarios para la suscripción del acuerdo, sin norma

autoritativa, sino que éstos órganos se arrogaron competencias materiales de las que no se hallaban investidos.

Se ha puntualizado que el vicio en la competencia es denominado comúnmente como *exceso de poder* puesto que implica que el órgano administrativo ha incurrido, al emitir el acto, en un exceso de las facultades y atribuciones que constituyen su aptitud legal de obrar, defecto que genera la nulidad absoluta del acto (v. COMADIRA, Julio Rodolfo -Monti, Laura (colab.), *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, t. I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 299).

A la luz de las consideraciones efectuadas, resulta claro que el único autorizado expresamente por la norma para *suscribir* el Acuerdo era el titular del ex Ministerio de Hacienda. Por ello, pesa sobre ese Acuerdo un vicio de incompetencia radical por haber sido suscripto por el Secretario de Gobierno de Energía y el Secretario de Recursos Renovables y Mercado Eléctrico, sin mediar acto alguno de subdelegación, careciendo ambos de competencia material para firmarlo en representación del Estado Nacional.

## 1.2. Vicio en la causa.

El inciso b) del artículo 7.º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, establece como uno de los elementos esenciales del acto administrativo que:

(...) *b) Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable.*

La ausencia de antecedentes de hecho y de derecho que precedan y justifiquen el dictado del acto, así como la falsedad de aquéllos, determinan su nulidad absoluta (v. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Bs. As., 3ª. edición, t. II, pág. 226; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. I, págs. 152 y siguientes; COMADIRA, Julio R., *Procedimientos Administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, 2002, t. I, pág. 301; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo. Teoría y Régimen Jurídico*, La Ley, Buenos Aires, 1.ª. edición, 2012, pág. 325).

Esta Casa tiene dicho que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos se enrola en una concepción objetivista que considera causa del acto administrativo a los antecedentes de hecho o de derecho que, en cada caso, justifican su dictado (v. Dictámenes 191:182; 275:31).

Respecto del elemento causa, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, brinda una doble directiva.

Por un lado, al contemplar en su artículo 7.º, inciso b), como requisito esencial del acto, que el mismo ... *deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa.*

Por el otro, al sancionar con nulidad absoluta e insanable, en el artículo 14, inciso b), a los actos viciados por ... *falta de causa por no existir o ser falsos los hechos y o el derecho invocados.*

En la especie, el Acuerdo se sustenta en consideraciones fácticas y jurídicas falsas e inexistentes.

En estos actuados, el vicio en el elemento causa, se evidencia en el Acuerdo de Regularización toda vez que éste se asienta en antecedentes de hecho erróneos y falsos, ya que parte de un incorrecto cálculo de los montos reconocidos por el Estado Nacional en favor de las Concesionarias.

Del Informe producido por el ENRE surge que, utilizando cualquiera de las dos alternativas posibles para el cálculo, se ha producido un claro perjuicio para el Estado y los usuarios.

En efecto, del referido documento, se extrae que, estimando los coeficientes del Mecanismo de Monitoreo de Costos (MMC), definidos en las Actas Acuerdo de Renegociación Contractual y, aplicando los coeficientes de ajuste por inflación de la FACPCE, se arribaría a la conclusión de que no habría saldos que reconocer a EDESUR y el Activo Regulatorio de EDENOR pasaría a ser un saldo negativo para la empresa.

Por ello, las irregularidades en los cálculos realizados para obtener los activos y pasivos objeto del Acuerdo de Regularización, al no haberse observado las normas aplicables ni utilizado una metodología adecuada, constituyen un vicio grave en la causa, que redundaría en la nulidad absoluta e insanable del Acuerdo en los términos del Artículo 14 inciso b) de la Ley N.º 19.549.

El vicio en la causa, también se patentiza en la inexistencia de las condiciones que, según la normativa, debían verificarse para autorizar el cambio de destino de los montos de las sanciones a la ejecución de inversiones adicionales.

En la Cláusula 5.4. de las Actas Acuerdo de Renegociación Contractual, celebradas entre la UNIREN y EDENOR y EDESUR, ratificadas por los Decretos Nros. 1957/06 y 1959/06, se estableció el Régimen de Calidad de Prestación del Servicio y se consideró la posibilidad de destinar los montos de sanciones impuestas por incumplimiento de Calidad de Producto Técnico, Servicio Técnico y Servicio Comercial a la ejecución de inversiones adicionales, pero de manera condicionada a que las distribuidoras lograsen mantener una calidad de servicio semestral superior a los índices de referencia.

Como puede verse, en la cláusula segunda del Acuerdo (v. archivo embebido en el orden 34), se estableció que *En el marco de lo previsto en la cláusula 5.4 de las Actas Acuerdo, las Concesionarias asumen el compromiso de invertir los montos de (i) las penalidades por apartamientos o incumplimientos resultantes de las mediciones semestrales de calidad de servicio técnico, calidad de producto técnico, calidad de servicio comercial y demás mediciones periódicas de calidad, y (ii) las penalidades por incumplimientos o deficiencias en la información suministrada al ENRE en relación con mediciones de calidad periódicas y/u otras faltas al deber de información al ENRE.*

En el Anexo II se detallaron estas penalidades y en el Anexo III se describieron las inversiones comprometidas y aprobadas por el ENRE.

Este cambio de destino de los fondos de penalidades por el compromiso de inversiones futuras, sin el cumplimiento de la condición que habilitaba tal cambio, afecta de nulidad la causa del Acuerdo de regularización de obligaciones por vulnerar los derechos de los consumidores y usuarios amparados en el artículo 42 de nuestra Constitución Nacional.

### 1.3. Vicio en el objeto.

El inciso c) del artículo 7.º de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, establece como uno de los elementos esenciales del acto administrativo que:

*(...) c) el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible, debe decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos.*

De acuerdo con la doctrina, el vicio en el objeto del acto administrativo susceptible de ocasionar su nulidad se halla contemplado en el inciso b) del artículo 14 de la Ley N.º 19.549,

interpretación que se sustenta en que tal defecto ha sido tradicionalmente llamado *violación de la ley*, en sentido material o sustancial (v. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., págs. 527-529; COMADIRA, Julio R., ob. cit., pág. 306; CASSAGNE, Juan C., ob. cit., pág. 326).

La inconstitucionalidad, la ilegalidad, la irrazonabilidad, la imposibilidad física o jurídica, y la inmoralidad del objeto, causan la invalidez del acto, por comportar, en todos los casos, una transgresión clara y manifiesta del orden público administrativo (v. CASSAGNE, Juan C., ob. cit., pág. 326).

Existe un vínculo estrecho entre la causa y el objeto que impide que este último, sea considerado en forma aislada en punto a su validez; y, por el contrario, reclama una correspondencia con los antecedentes de derecho que justifican el dictado del acto. De no configurarse esa consistencia se configurará el denominado *vicio de violación de la ley*.

En este aspecto cabe destacar que el Acuerdo ha sido dictado en violación al derecho aplicable (los Dtos. Nros. 1957/06 y 1959/06 y el art. 42 de la Constitución Nacional), por lo que exhibe un objeto ilícito que determina su nulidad absoluta e insanable.

Tiene dicho este Organismo Asesor, que el acto que ha aplicado inadecuadamente las normas correspondientes resulta nulo, por encontrarse viciado su objeto (v. Dictámenes, 206: 141).

En otro asesoramiento, analógicamente aplicable en la especie, esta Casa expuso que *El objeto que persigue el instrumento resulta jurídicamente imposible en los términos del artículo 7, inc. c) de la Ley N.º 19.549 (...) Esa circunstancia vicia el instrumento de tal forma que lo torna nulo de nulidad absoluta e insanable en los términos del artículo 14, inc. b) de la Ley mencionada toda vez que falta uno de los requisitos esenciales que se requieren para la validez del acto administrativo, como es el de contar con un objeto jurídicamente posible, es decir, lícito. La ilicitud del objeto obliga a la Administración, custodia de la legitimidad de su propio accionar, a revocar la declaración efectuada* (v. Dictámenes 233:278).

También opinó esta Procuración del Tesoro que *El contenido u objeto del acto administrativo consiste en la resolución o medida concreta que mediante el acto adopta la autoridad. Sus atributos son: certeza, licitud, posibilidad física y moralidad. De allí que cuando en derecho administrativo se habla del vicio de violación de la ley se alude al que contraviene las reglas a que debe sujetarse el contenido u objeto del acto* (Dictámenes 236:91).

Y que *... la resolución en recurso ha sido dictada en violación al derecho aplicable; en consecuencia es nula por vicio en la causa y corresponde su revocación por razones de ilegitimidad -v. arts. 7 inc. b, 14 y 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos-* (Dictámenes 243:154).

#### 1.4. Vicio en el procedimiento.

El artículo 7.º de la Ley N.º 19.549 establece, en la primera parte de su inciso d), como otro de los elementos esenciales de todo acto administrativo, el Procedimiento:

*(...) d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico.*

En el caso que nos ocupa, el vicio en el procedimiento que torna nulo el Acuerdo se encuentra en la falta de publicidad y de Audiencia Pública previa a la firma de ese instrumento, siendo que sus estipulaciones afectaron directamente a los usuarios y usuarias.

Corresponde recordar que el artículo 42 de la Constitución Nacional establece que *Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la*

*protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control (el destaque me pertenece).*

Respecto de la obligatoriedad de la realización de Audiencias Públicas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo dictado el 18 de agosto de 2016, en la causa *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo*, señaló que *En materia tarifaria la participación de los usuarios de un servicio público no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida. De acuerdo con lo desarrollado precedentemente es imperativo constitucional garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio. Este derecho de participación reconocido a los usuarios en el caso del servicio de gas se estructuró, en 1992, en su ley regulatoria mediante el mecanismo de audiencias públicas.*

Asimismo, manifestó en el mismo pronunciamiento que *La participación de los usuarios con carácter previo a la determinación de la tarifa constituye un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información “adecuada y veraz” (artículo 42, Constitución Nacional) y un elemento de legitimidad para el poder administrador, responsable en el caso de garantizar el derecho a la información pública, estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno (artículo 1º, Constitución Nacional). Asimismo, otorga una garantía de razonabilidad para el usuario y disminuye las estadísticas de litigación judicial sobre las medidas que se adoptan.*

*Ello es consistente con la noción de democracia deliberativa, porque los términos de la cooperación que propone son concebidos como razones que los ciudadanos o sus representantes responsables se dan recíprocamente en un continuado proceso de justificación mutua. En este sentido, el debate público mejora la legitimidad de las decisiones al requerir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no conducirá a lo que cada uno desea individualmente permitirá en cambio lo que todos deseamos, es decir, vivir en una sociedad ordenada sobre la base de un criterio más realista de justicia (Rawls, John, Justice as Fairness. A restatement, Harvard, Harvard University Press, 2001).*

Concluyó, la Corte Suprema de Justicia, diciendo que *... resulta claro que las decisiones adoptadas por el Ministerio de Energía y Minería no han respetado el derecho a la participación de los usuarios bajo la forma de audiencia pública previa (Fallos 339:1077).*

Si bien, el fallo citado, refiere a la obligatoriedad de realizar Audiencias Públicas en forma previa a fijar una nueva tarifa, resulta aplicable analógicamente al Acuerdo en estudio, por cuanto aquí se está sustituyendo el monto que se descontaría directamente de las facturas que debían

pagar los usuarios, por un compromiso de inversiones a futuro sin haberse cumplido la condición a la que estaba sujeto ese cambio de destino.

Por ello, la Administración Pública debió convocar a los usuarios y las usuarias alcanzados/as por la decisión, en forma directa o por medio de las asociaciones autorizadas por ley que los representan, tal como aconteció al momento de renegociarse los contratos de distribución de energía eléctrica de EDESUR y EDENOR que culminó en las Actas Acuerdo ratificadas por los Decretos Nros. 1957/06 y 1959/06.

Asimismo, el procedimiento se encuentra afectado por cuanto el Acuerdo de Regularización se gestionó y suscribió, como ya se dijo, sin la intervención y la conformidad del entonces Ministro de Hacienda, que era el único competente para representar al Estado Nacional.

#### 1.5. Vicio en la finalidad.

La desviación de poder presupone la actuación de un funcionario con una finalidad distinta de la perseguida por la ley aplicable.

El acto administrativo debe cumplir siempre los fines establecidos por la ley; y es por eso que el artículo 7.º, inciso f), de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos prohíbe que el administrador persiga otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. De lo contrario, se impone declarar la nulidad absoluta e insanable de un acto portador de un vicio de tal índole.

No escapa a mi apreciación que, en forma generalizada, se sostiene que la desviación de poder trasunta un contenido o elemento subjetivo, caracterizado por la voluntad de lograr un determinado objetivo incompatible con los fines de la ley aplicable a una determinada situación jurídica.

De allí su dificultosa constatación. Así, por ejemplo, se ha expedido nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente de Fallos 315:1361 (aunque morigerando las exigencias probatorias para su acreditación).

No obstante, las circunstancias que han rodeado la tramitación del Acuerdo me persuaden de que ha mediado desviación de poder, en tanto:

a) revela una finalidad distinta a la enunciada en su texto, que sólo puede calificarse como de obtención de ilegítimos beneficios económicos a favor de las empresas particulares, pues sin causa ni razón justificada en derecho, utiliza metodologías de cálculo que, en todos los casos, resultan perjudiciales a los intereses del Estado; y

b) contraviene la finalidad que la ley prevé, en forma reglada para estos actos, en cuanto no satisface razonablemente el interés público en juego el que aparece categóricamente definido en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Debe recordarse también que el vicio de desviación de poder, como en el presente caso, se presenta acompañado de otros vicios que permiten descubrirlo y potenciarlo, habida cuenta de la *sinergia* que se produce entre todos ellos (v. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 4ª. edición, Tomo 3, pág. IX-25); y que resulta ... *habitualmente inferible de elementos reunidos en la causa o de otras manifestaciones administrativas que permiten advertir la subyacencia desviada de la actuación estatal* (v. COMADIRA, Julio R., ob. cit., pág. 329).

Nuestra Corte Suprema de Justicia consideró que si se ve afectado el elemento *finalidad* del acto, al no ejercerse la competencia de acuerdo a los fines para los cuales fue atribuida, el vicio

resultante (desviación de poder) apareja la nulidad del respectivo acto (Fallos, 321:174).

En la citada causa, el Alto Tribunal concluyó que ... *la competencia para determinar el precio de las contrataciones que celebre el Estado debe ejercitarse conforme a la finalidad en mira a la cual fue atribuida, que es la de contrastar al precio más conveniente y razonable, por lo que, de acuerdo con el artículo 7º inc. f) de la ley 19.549 excede su poder el funcionario que lo fija con ánimo de liberalidad o a su mero arbitrio...* tal criterio resulta aplicable, por analogía, a la situación jurídica que nos ocupa.

2. Consecuencias que se derivan de los vicios que afectan al Acuerdo de Regularización.

2.1. La nulidad del Acuerdo.

En los puntos 1.1, 1.2., 1.3., 1.4. y 1.5 se detallan los vicios que, a mi entender, presenta el Acuerdo de Regularización de Obligaciones para la Transferencia de las Concesionarias a las Jurisdicciones Locales.

La Ley N.º 19.549 distingue entre actos nulos y anulables. Los vicios que dan lugar a la calificación de un acto como nulo aparecen enunciados en su artículo 14, sin establecerse criterio alguno para su determinación y limitándose a prever, para esos casos, la sanción máxima.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley, dispone que el acto será anulable cuando presente un defecto que no llegue a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales.

Existen posturas que entienden que el acto nulo es aquel que aparece privado de alguno de sus elementos esenciales; mientras que en el anulable estos elementos presentan vicios (v. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., pág. 497; ESCOLA, Jorge, *Tratado General del Procedimiento Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1975, págs. 106-109).

Otros autores consideran que el acto es nulo cuando carece de alguno de sus elementos esenciales o padece en ellos de un vicio grave; y es anulable cuando todos sus elementos esenciales concurren, pero presentan un vicio leve o no fundamental (v. COMADIRA, Julio R., ob. cit., pág. 282).

La opinión mayoritaria indica que la distinción finca en la mayor o menor importancia (*gravedad*) del vicio que se presenta; y, con ello, en la relevancia del incumplimiento del ordenamiento jurídico que el defecto representa.

Tal criterio se ha visto reflejado en la doctrina de esta Casa (v. Dictámenes, 283:436, entre otros).

Se ha querido ver también que la clasificación se encuentra relacionada con la violación al orden público administrativo (v. CASSAGNE, Juan C., ob. cit., pág. 669; GORDILLO, Agustín, ob. cit., pág. XI-3, BALBIN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2ª. edición, 2015, t. III, pág. 176). Nuestra Corte Suprema de Justicia así lo ha entendido (v. Fallos, 306: 1138, *Sudamericana de Intercambio v. la Nación Argentina-Ministerio de Economía s/daños y perjuicios*, del 30-8-84).

A mi modo de ver, ambas notas no se autoexcluyen en tanto la gravedad del vicio es la que permite apreciar si ha mediado una violación al orden público administrativo, como la que, sin duda, se presenta en el caso.

Cabe recordar, en cuanto a los actos nulos, que:

a) la ley los considera afectados de *nulidad absoluta*; son irregulares y carecen de estabilidad,

debiendo ser revocados en sede administrativa, excepto si se encontraren firmes y hubieren generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (artículo 17 de la LNPA);

b) no son saneables por confirmación o ratificación;

c) la acción es imprescriptible, pero sujeta al plazo de caducidad previsto por el artículo 25 de la LNPA, el que no se aplica en caso que el Estado o sus entes autárquicos sean accionantes (artículo 27 de la LNPA); y

d) los efectos de la declaración de nulidad son retroactivos (*ex tunc*).

2.2. Procedencia de dar inicio a la acción de lesividad.

El artículo 17 de la Ley N.º 19.549 dispone que *El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad* (el destaque me pertenece).

La acción de nulidad a la que se alude se trata, en rigor, de la denominada acción de lesividad que surge de la segunda parte del citado artículo 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ella tiene por objeto esencial el restablecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por un acto viciado de nulidad absoluta pero que, por haber generado derechos que se estén cumpliendo, su subsistencia y efectos sólo pueden enervarse mediante una declaración judicial (v. Fallos; 314:322, entre otros).

Entonces, el límite de la potestad anulatoria de la Administración por razones de ilegitimidad se encuentra marcado por la estabilidad del acto administrativo, que nuestra Corte Suprema de Justicia denomina *cosa juzgada administrativa*, encontrándose en esos supuestos vedado al órgano emisor del acto anularlo por sí y ante sí, es decir, con efectos ejecutorios (v. COMADIRA, Julio R., *La anulación de oficio del acto administrativo, la denominada cosa juzgada administrativa*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, pág. 195; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit. t. II, págs. 603-604).

Como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se trata de ... *un principio de vital significancia, que tiene su base constitucional en la garantía de la propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional), a través del cual se consolida uno de los pilares del ordenamiento jurídico, cual es el de la seguridad* (Fallos 310:1045).

También ha dicho nuestro Máximo Tribunal que ... *el principio general es el de la estabilidad de los actos administrativos y no el de “restablecer sin dilaciones el imperio de la juridicidad”. Tal como lo dijo esta Corte, “no existe ningún precepto de la ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades, cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo”* (Fallos: 175:368).

Lo expuesto implica que la excepción –la facultad revocatoria de la administración ante la existencia de “un error grave de derecho”– debe interpretarse en forma restrictiva. De otro modo, se frustraría la finalidad de la regla, cual es la de proteger la propiedad y la seguridad jurídica (Fallos: 175:368 y 327:5356) (Fallos 338:212):

Es una limitación, prudente, a prerrogativas de la Administración, que deben ejercerse dentro del cauce de un procedimiento administrativo, al cabo del cual se dicte el acto que revoque de

oficio el anterior (si así se dan las circunstancias), o bien lo declare lesivo al orden jurídico, suspenda sus efectos en ejercicio de lo normado en el artículo 12 de la misma Ley, e instruya para que se proceda al inicio de la acción judicial de nulidad.

Esa declaración administrativa de nulidad (la anulación *no ejecutoria* pero suspensiva) es entonces el presupuesto lógico de la demanda.

2.3. Las posibilidades de revocación del acto nulo en la Ley N.º 19.549.

Debe considerarse que, tratándose de un acto nulo y de acuerdo a la fórmula legal, tres son las posibilidades a las que se enfrentaría, en principio, su revocación:

- a) que el acto nulo no hubiera generado derechos subjetivos;
- b) que hubiese generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo; y
- c) que, pese a haberlos generado no se encontraren en vías de cumplimiento (v. GARCÍA, Cándido E., *Revocación y caducidad del acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, JA-1974, Sección Doctrina, pág. 884).

En el caso que nos ocupa, conforme surge de los informes incorporados a las actuaciones producidos por el ENRE, el Acuerdo de Regularización ha tenido principio de ejecución generando derechos subjetivos que se cumplieron, adquiriendo por tanto estabilidad y limitando la posibilidad de su anulación en sede administrativa.

Ello, por cuanto, se dio cumplimiento a la compensación de las deudas que las distribuidoras mantenían con CAMMESA, en los términos previstos en las Cláusulas Cuarta, Quinta, Sexta y Séptima del Acuerdo para la cancelación de las deudas allí contempladas.

Asimismo, el ENRE ha informado que se ha dado cumplimiento a la cláusula segunda del Acuerdo, autorizándose a las concesionarias a aplicar a la ejecución de inversiones adicionales los montos correspondientes a las sanciones previstas en dicha cláusula.

Tal situación genera el deber de iniciar una acción nulificatoria, cuyo presupuesto lógico está dado por la declaración administrativa de lesividad (la anulación no ejecutoria pero suspensiva), autorizando a iniciar las acciones pertinentes para solicitar la nulidad en sede judicial del Acuerdo por transgredir éstas normas de rango constitucional, legal y reglamentario (v. Dictámenes, 307:167). El proyecto contempla, en tal sentido, la declaración del carácter lesivo al interés general que reviste el Acuerdo e instruye al inicio de acciones judiciales tendientes a su anulación (arts. 1.º y 2.º).

2.4. Suspensión de los efectos del Acto (art. 12 Ley N.º 19.549).

El Proyecto de Resolución contempla, en su artículo 3.º, la suspensión del Acuerdo de Regularización.

Tal decisión sería adoptada en virtud de los graves vicios que tornan nulo, de nulidad absoluta, el citado Acuerdo y con la finalidad de evitar la eventual consumación de nuevos daños al interés público, en especial a los bienes jurídicos comprometidos en el caso.

Esta suspensión de oficio de los efectos de un acto administrativo encuentra sustento normativo en el art. 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos que expresamente establece que *... la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta*".

Al respecto, esta Casa ha sostenido que *... el ejercicio por parte de la Administración de la facultad de suspender la ejecución del acto administrativo, está supeditado a la concurrencia de*

*razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta... y que ... la decisión de suspender los efectos de actos administrativos se inscribe claramente en el deber que recae sobre la Administración Pública de velar por el interés público representado, en el caso, por la necesidad de que a esos actos se les apliquen adecuadamente las normas que condicionan su emisión (Dictámenes 248:129; 239:169).*

En suma, la Resolución proyectada se encuentra debidamente fundamentada respecto a la nulidad y carácter perjudicial al interés público del Acuerdo que será objeto de la acción de lesividad y, tal circunstancia, brinda motivación suficiente a la suspensión en sede administrativa del acto, sin perjuicio de requerírsela ulteriormente en sede judicial (v. *Dictámenes*, 307:167).

2.5. El órgano competente para el dictado del acto propuesto.

En cuanto a la competencia para la suscripción de la medida que se propicia, la misma recae en el Ministro de Economía, conforme lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley de Ministerios (Ley N.º 22.520 t.o. por Dto. N.º 438/92, y sus modificatorias); y por el artículo 17 de la Ley N.º 19.549.

Cabe recordar que, a tenor del ya citado Decreto N.º 162/19, al titular del ex Ministerio de Hacienda, le fue encomendada la realización de las gestiones y la suscripción de los actos necesarios para instrumentar la transferencia a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de las concesiones correspondientes a las distribuidoras eléctricas EDENOR y EDESUR.

En la actualidad, esas competencias del ex Ministerio de Hacienda se encuentran asignadas, como se señaló, al Ministerio de Economía. De allí que el titular de dicha Cartera es quien se encuentra facultado para la emisión del acto que se propicia, en virtud del principio del paralelismo de las competencias.

3. Los informes técnicos que sustentan la medida proyectada.

Este Organismo Asesor tiene dicho que los informes técnicos producidos por las áreas especializadas competentes merecen plena fe, siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (v. *Dictámenes* 207:343; 233:525; 252:349; 253:167).

Los juicios técnicos o científicos deben descomponerse en dos aristas distintas en torno al papel que desempeñan como antecedente fáctico del acto.

Por un lado, se encuentran aquellos que ofrecen reglas técnicas uniformes y que, como tales, al ser receptados por el ordenamiento pasan a integrar el bloque reglado. Es el caso de los juicios proporcionados por las denominadas disciplinas duras (matemática, física, química, ingeniería, etc.). En estas hipótesis no existe valoración alguna del órgano y, por lo tanto, su actividad resulta mayormente reglada.

De otro, se presentan juicios técnicos, científicos o de experiencia, controvertidos, no unívocos o simplemente tolerables, ante los cuales se abre un mayor ejercicio de discrecionalidad por parte de la Administración (v. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel Madrid, 3.º edición, 2011, t. II, págs. 920-921).

Como ya ha expresado esta Casa, tratándose de cuestiones técnicas, no corresponde apartarse de la opinión de los expertos, siempre que ésta esté bien fundada en informes específicos y sea

adecuada al objeto de estudio solicitado (v. Dictámenes 263:344; 200:116, entre otros).

En el mismo sentido, esta Procuración del Tesoro ha expuesto que *Excede la esfera de sus atribuciones abrir juicio sobre las cuestiones de carácter técnico y económico que otorgan fundamento a los proyectos que se ponen a su consideración, máxime si han sido objeto de análisis por las oficinas técnicas con competencia específica* (Dictámenes 244:466).

De acuerdo con los informes técnicos producidos en estas actuaciones, en particular los documentos titulados Análisis Económico e Informe General sobre el *Acuerdo de regularización de obligaciones para la transferencia de las concesionarias a las jurisdicciones locales* (v. archivos embebidos en el IF-2020-48541839-APN-ENRE#MDP, orden 16), lo informado por la Secretaría de Energía (v. PV-2021-01347069-APN-SE#MEC, orden 26) y por la Subsecretaría de Energía Eléctrica (v. PV-2021-43075708-APN-SSEE#MEC, orden 41), se evidencia que el Acuerdo de Regularización contiene distintos vicios graves que acarrearán su nulidad absoluta.

Por ello, esta Procuración del Tesoro, considera que deberá solicitarse por vía judicial la nulidad de ese instrumento, conforme lo dispuesto por los artículos 14 y 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

- V -

#### CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, en mi opinión, el Convenio denominado *Acuerdo de Regularización de Obligaciones para la Transferencia de las Concesionarias a las Jurisdicciones Locales*, es nulo de nulidad absoluta e insanable por lo que deberá emitirse la Resolución proyectada que lo declara lesivo al interés general, dispone la suspensión de sus efectos en sede administrativa e instruye para que, por vía judicial, se solicite su nulidad, conforme a lo dispuesto por los artículos 12, 14 y 17 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549.