

Análisis de una norma relevante del mes

La anulación de concursos y designación de directores dispuesta por la Intervención del ENRE

— Por Juan M. Carassale y Laura Miranda con la colaboración de **energy** CONSILIUM

Por medio de la [Resolución 38/2021](#) (en adelante, la “Resolución”), publicada en el Boletín Oficial del 19/02/2021, la Interventora del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) resolvió la anulación de los concursos abiertos de antecedentes convocados mediante las [Resoluciones 204/2016](#) y [205/2017](#) del ex Ministerio de Energía y Minería (MINEM) que conllevaron al dictado del [Decreto 84/2018](#), mediante el cual se designaron a los miembros del directorio del ENRE seleccionados en el marco de los referidos concursos.

La intervención del ENRE fue dispuesta por el [Decreto 277/2020](#) (art. 1) y fundada en la [Ley 27.541](#) de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública (art. 6); el que, a su vez, habilitó al Interventor a iniciar un procedimiento de revisión de los concursos de los entonces miembros del Directorio del ENRE, quienes fueron suspendidos en sus cargos sin goce de sueldo mientras dure la intervención (art. 6) y, en caso de que resuelva su anulación o si hubiese concluido el plazo de mandato de alguno de ellos, iniciar el proceso de selección de sus reemplazantes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58 y subsiguientes de la [Ley 24.065](#), Marco Regulatorio de la Energía Eléctrica (art. 7).

La decisión adoptada por la Resolución se basó en que el Decreto 84/2018, según se concluye en ese mismo acto, adolecería de graves vicios en la voluntad administrativa, como en sus elementos esenciales de procedimiento y finalidad, determinándose así su nulidad absoluta e insanable en los términos del artículo 14 de la [Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549](#) -LNPA- (art. 2).

Seguidamente, la Resolución establece que esa medida no implica afectación de derechos subjetivos dado que, a la fecha de su dictado, ninguno de los funcionarios designados mediante el Decreto 84/2018 se encuentra en ejercicio de su cargo, sin perjuicio de las facultades de revocación que tendría el ENRE, de conformidad con los artículos 17 y 18 de la Ley 19.549 (art. 3).

En ese orden, ratifica los actos administrativos emitidos por el directorio designado por el referido decreto durante el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la revisión particular que se realice sobre la validez de aquéllos, pudiendo procederse a su revocación en caso en que adolecieran de vicios que determinen su nulidad (art. 4)

Entendiendo que las cuestiones de índole institucional son claves para el desarrollo del sector - ya que inciden significativamente en el contexto organizacional y legal dentro del cual deben tomarse las decisiones de inversión, siempre condicionadas por el nivel de riesgo jurídico o regulatorio que ese contexto ofrece- creemos oportuno analizar aquí la medida adoptada por la Intervención del ENRE, así como los antecedentes del tema y los fundamentos expresados en sus considerandos.

I. Los procedimientos de selección de los miembros del Directorio del ENRE

Los procedimientos de concursos públicos que dieron lugar a la conformación de los directorios finalmente desplazados por la Intervención de los Entes Reguladores, tanto del ENRE como del ENARGAS, se iniciaron en 2016. Hasta ese momento y durante los años previos, las autoridades de estos organismos habían sido designadas por el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) sin procedimientos de convocatoria abierta. En el caso del ENARGAS, incluso, se encontraba formalmente intervenido desde el año 2007.

Cabe recordar que el procedimiento de concurso de antecedentes es el mecanismo indicado para asegurar la selección de profesionales especializados y con antecedentes suficientes en la materia para integrar el directorio de dichos entes, exigencia que surge de los respectivos marcos regulatorios (art. 58 de la [Ley 24.065](#) y su [Decreto Reglamentario 1398/1992](#) y art. 54 de la Ley 24.076 Marco Regulatorio del Gas Natural y su [Decreto Reglamentario 1738/1992](#)).

En ese marco, a partir de la instrucción impartida por el [Decreto 258/2016](#) (art. 6) para regularizar el funcionamiento del ENRE, el MINEM convocó, por medio de la Resolución 204/2016, a concurso abierto de antecedentes para la cobertura del cargo de Presidente, Vicepresidente y Vocal Primero del Directorio del ENRE (art. 1). A su vez, el decreto mencionado designó autoridades provisorias del ente –tras la renuncia de las que habían actuado durante la gestión de gobierno anterior- hasta la culminación del referido procedimiento (arts. 1 a 5 del decreto).¹

Debe tenerse presente que la Ley 24.065 establece en su art. 57 que el ENRE (organismo autárquico) será dirigido y administrado por un Directorio de 5 miembros -Presidente, Vicepresidente y 3 Vocales- y en su art. 58, que dos de ellos serán designados a propuesta del Consejo Federal de la Energía Eléctrica (CFEE-).

Previo a la designación y/o a la remoción, el PEN debe comunicar la nómina de los miembros que serán designados -en su caso- y los fundamentos de tal decisión a una comisión del Congreso de la Nación, la que puede emitir opinión dentro de los 30 días corridos y, una vez emitida aquélla o transcurrido el plazo indicado, el PEN queda habilitado para el dictado del acto respectivo (art. 59 de la Ley 24.065 y Decreto 1398/1992).

Tal como lo dispone la Ley 24.065, los miembros del directorio están alcanzados por las incompatibilidades fijadas por ley para los funcionarios públicos, sólo podrán ser removidos de sus cargos por acto fundado del PEN (art. 59), y no podrán ser propietarios ni tener interés alguno, directo ni indirecto, en empresas reconocidas como actores del mercado eléctrico, ni en sus controladas o controlantes (art. 60).

En el marco de la convocatoria efectuada por la Resolución 204/2016, se aprobaron las condiciones requeridas para postularse a los cargos concursados y las pautas para la presentación de los antecedentes respectivos (art. 3) y se constituyó el Comité de Selección para el análisis y la evaluación de los antecedentes de los postulantes y definición de los que revestirán la condición de Candidato Elegible (art. 4), integrado por destacados representantes de diversos ámbitos relacionados con el sector eléctrico –académico, técnico, gremial, asociaciones de usuarios del servicio- que llevó a cabo el análisis y evaluación de los antecedentes presentados por los postulantes.

Para la cobertura del cargo de Vocal Segundo y Vocal Tercero del Directorio del ENRE, el CFEE desarrolló el procedimiento de selección correspondiente y presentó la terna de candidatos elegibles a la autoridad administrativa (conf. art. 2 de la Res. 204/2016).

A su vez, del procedimiento de análisis y evaluación desarrollada por el Comité de Selección resultó la elevación a la autoridad administrativa (Secretaría de Energía Eléctrica) de las ternas de candidatos elegibles para los cargos de Vicepresidente y Vocal Primero; no así para el cargo de Presidente dado que, a criterio de los miembros de la Comisión de Selección, los postulantes no reunían las condiciones técnicas ni profesionales al efecto. Con ello, se elevó al PEN la propuesta de designación en cada uno de los cargos a cubrir junto con los fundamentos correspondientes.

De acuerdo con el procedimiento previsto en la Ley 24.065, se comunicaron a los Presidentes de ambas Cámaras del Congreso de la Nación los fundamentos junto con la propuesta de designación de cada uno de los cargos a cubrir (conf. 59 de la Ley 24.065).

Con relación al cargo de Presidente del Directorio, por la Resolución 205/2017 se convocó a un nuevo concurso abierto de antecedentes para su designación, y se dispuso que el análisis y la evaluación de antecedentes de los candidatos estaría a cargo de un Comité de Selección conformado por el Consejo Consultivo de Políticas Energéticas creado por la [Resolución 164/2016 del Ministerio de Energía y Minería](#) e integrado por los miembros del denominado 'Grupo de ex Secretarios de Energía', y por representantes de cada una de las Cámaras del Congreso de la Nación (art. 4). Al igual que en la convocatoria efectuada por la Resolución 204/2016, se definieron las condiciones requeridas para la postulación y las pautas para la presentación de antecedentes (art. 3).

Como resultado de esta instancia de evaluación, el Comité de Selección elevó a la autoridad administrativa un informe con las respectivas ternas de postulantes seleccionados junto con los fundamentos de la selección, y se realizó la posterior elevación al PEN.

Una vez efectuada la comunicación pertinente a las autoridades de las Cámaras del Congreso de la Nación y transcurrido el plazo para que éstas, en su caso, se pronuncien, se realizaron los nombramientos resultantes de los procedimientos de

¹ Los cargos cubiertos fueron los de Presidente, Vicepresidente, Vocal Segundo y Tercero del Directorio del ENRE. A través del [Decreto 433/2016](#) se designó al Vocal Primero.

selección referidos mediante el Decreto 84/2018, por el que se designó al Presidente, Vicepresidente, Vocal Segundo y Vocal Tercero del Directorio del ENRE (arts. 1 a 4).

Con relación al cargo de Vocal Primero, dado que el postulante elegido en el concurso declinó su postulación, mediante la [Resolución 154/2018 del Ministerio de Energía y Minería](#) se convocó a concurso abierto de antecedentes para su designación (art. 1), el que fue declarado fracasado por la [Resolución 335/2019 de la Secretaría de Gobierno de Energía](#) (art. 1).

II. Los fundamentos de la Resolución para la anulación de los concursos. Consideraciones

A continuación, se reseñan los principales fundamentos invocados por la Resolución para decidir la anulación de los concursos que precedieron al dictado del Decreto 84/2018 y para declarar la nulidad de las designaciones efectuadas por dicho decreto, fundamentos que se vinculan principalmente con supuestos vicios en el procedimiento y en la finalidad, y se acompaña un breve comentario sobre cada uno de ellos.

- Se plantea una supuesta falta de transparencia en el procedimiento y en la integración de los órganos de selección y en el cumplimiento de los plazos de las distintas etapas procedimentales. Particularmente se objeta y se califica como arbitraria y carente de fundamentos la conformación de los Comités de Selección. En el caso del Comité de Selección designado para la convocatoria de la Resolución 204/2016, conformado –como se dijo antes, por representantes de diversos ámbitos del sector energético, tanto académico, como gremial, y representantes de distintos segmentos de la industria y de consumidores, como la representante de la Asociación de Grandes Usuarios- se cuestionó la idoneidad de sus integrantes y su independencia y objetividad debido a sus actividades profesionales. Con respecto al Comité de Selección de la convocatoria dispuesta por las Resoluciones 205/2017 y 154/2018, se cuestionó que haya sido integrado con los miembros del Consejo Consultivo de Políticas Energéticas creado a partir de la Resolución 164/2016, indicando que esto alteró los principios de objetividad e imparcialidad debido a las tendencias políticas de sus integrantes y no se respetó entonces los criterios de ecuanimidad e independencia de criterio en su pronunciamiento (conf. art. 58 del Decreto 1398/1992).

En el primero de los casos, el cuestionamiento se basa exclusivamente (sin ningún otro fundamento) en un proyecto

de un grupo de diputados nacionales (obviamente, del sector opositor en aquel momento) que habría objetado su falta de independencia por desarrollar tareas profesionales en el sector, argumento que llama la atención porque difícilmente se pueda evaluar la idoneidad específica y el valor de los antecedentes profesionales en cierta especialidad profesional por personas ajenas a esa misma especialidad.

Respecto del Consejo Consultivo de Políticas Energéticas creado a partir de la Resolución 164/2016, que integró el Comité de Selección para la convocatoria efectuada por las Resoluciones 205/2017 y 154/2018, objetado por sus supuestas tendencias políticas, cabe recordar que estaba conformado por ex Secretarios de Energía de la Nación (en adelante, los “ex Secretarios”), que habían ocupado ese cargo y –en algunos casos- otros cargos públicos durante gobiernos de distinto color político (los gobiernos de los presidentes Alfonsín, Menem, Duhalde y De la Rúa). Justamente se trataba de un grupo multipartidario cuyo propósito era impulsar políticas de Estado en el sector, que trascendieran las banderías de política partidaria. Asimismo, se convocó a participar a los representantes de las Comisiones de Energía de ambas Cámaras del Congreso de la Nación, que también representaban a distintos partidos del Congreso, y quienes efectivamente participaron en el procedimiento y de la decisión de selección de los postulantes.

La Resolución menciona, con la intención de invalidar la actuación de los ex Secretarios, la denominada “Declaración de Compromiso sobre Política Energética”, de su autoría, indicando que ésta habría luego sido asumida por el gobierno de Cambiemos, lo que significaría una inclinación política contraria a la ecuanimidad exigida.

Las consideraciones de la Intervención del ENRE respecto del referido Comité de Selección mereció el repudio del grupo de ex Secretarios mediante una declaración escrita, difundida por diversos medios, en la que se recordó, entre otras cosas, que la Declaración de Compromiso sobre Política Energética, fue un documento firmado en 2014 por la mayoría de los candidatos y precandidatos a la Presidencia de la Nación, y los bloques parlamentarios de importantes partidos de la Argentina (el Frente Renovador, la UCR, el Partido Socialista y el GEN, entre otros).

- La Resolución alega un manifiesto incumplimiento de las normas sustanciales relativas a la observancia de conflictos de intereses y ética en el ejercicio de la función pública en las designaciones llevadas a cabo. A su vez, sostiene que en la convocatoria de la Resolución

205/2017 el Comité de Selección dispuso que se redujera el término previsto de 3 a 2 años para las incompatibilidades y conflicto de intereses regulado por la Ley 25.188 y normas concordantes, en oposición a las previsiones legales aplicables.

Pese a la gravedad de estas afirmaciones -que resultarían determinantes a los fines de la decisión adoptada- no se explicita cuál es específicamente la norma infringida, ni cómo en los casos concretos se habrían configurado tales incumplimientos a las normas que regulan los conflictos de intereses y ética en el ejercicio en la función pública.

Tampoco se especifica la incompatibilidad que no habría sido evaluada por el Comité de Selección. La Resolución se limita a formular expresiones genéricas, no contempladas en norma alguna, tales como “falta de lealtad al país”, entre otras, sin precisar la supuesta infracción ni encuadrarla normativamente. Cabe aclarar además que el plazo de 3 años al que se refiere la Ley 25.188 (supuestamente modificado en estos procedimientos, aspecto del que no se brindan precisiones suficientes para verificarlo), no condiciona ni limita la designación de los funcionarios ni la asunción de sus cargos, sino que atañe a las obligaciones de excusación de éstos al momento de intervenir en cuestiones particularmente relacionadas con sus actividades anteriores en el sector privado.

- Sostiene que no existe constancia respecto a la conformación de la Comisión del Congreso en ninguno de los procedimientos de selección convocados, limitándose el PEN solamente a informar las designaciones a los Presidentes de ambas Cámaras del Congreso, en infracción a las disposiciones legales previstas al respecto (art. 59 de la Ley 24.065).

Resulta llamativo que se atribuya al PEN una supuesta infracción por la falta de conformación de una Comisión (que dispone el art. 59 de la Ley 24.065) en el seno del Congreso de la Nación. Cursada la comunicación por parte del PEN a los Presidentes de ambas Cámaras, resulta propio del Poder Legislativo y de sus procedimientos internos la conformación de comisiones y demás mecanismos pertinentes en relación con su facultad de opinar sobre la postulación. De hecho, de anteriores designaciones para estos mismos Entes, no se encuentran antecedentes de conformación de la comisión específica a la que se refiere el mencionado artículo.

Cabe señalar además que, según lo indicado por el referido artículo 59, la emisión de una opinión de Congreso es

facultativa (“podrá emitir opinión”). Además, el mismo artículo señala que “emitida la misma o transcurrido el plazo establecido para ello, el Poder Ejecutivo Nacional quedará habilitado para el dictado del acto respectivo”, lo que implica que tampoco una opinión negativa obstaría a la continuidad del trámite de designación del postulante elegido, si así lo dispusiera el PEN.

- Se invoca la existencia de un vicio en la finalidad, en tanto los actos no habrían sido dictados con el objetivo previsto por las leyes sino que sería una simple puesta en escena tendiente a consolidar las decisiones que ya había determinado el PEN, con el agravante de la marcada intencionalidad en mantener el control sobre el organismo, favoreciendo a su vez su captura institucional por parte de los sectores regulados.

Se trata, por supuesto, de una apreciación totalmente subjetiva sobre la cual no se brinda ninguna clase de fundamentos objetivos.

- Se desarrollan argumentos para justificar la procedencia de la revocación en sede administrativa -y no en sede judicial- de los actos irregulares viciados de nulidad absoluta (conf. art. 17 LNPA), dado que no habría afectación de derechos subjetivos por cuanto los miembros del Directorio del ENRE culminaron su mandato o renunciaron a sus cargos y en función del conocimiento del vicio por parte de los entonces directores.

Entendemos que no puede excluirse la posibilidad de que existan derechos subjetivos por el mero hecho de que los directores no estén ejerciendo su cargo, máxime cuando su desplazamiento tuvo origen en la propia decisión de intervenir los Entes.

- A los fines de “garantizar la seguridad jurídica”, reconoce la validez de los actos dictados por el Directorio designado mediante Decreto 84/2018, sin perjuicio de la revisión particular que pudiere hacerse, manteniendo la facultad de revocación de los actos que tuvieran vicios que determinen su nulidad.
- La Resolución invoca también otros argumentos relacionados con una supuesta falta de parámetros objetivos para la evaluación, falta de publicidad -falta de constancia en el expediente administrativo de la publicación de las bases y convocatoria a concurso de la Resolución 204/2016 en un diario de circulación nacional y masiva- o demoras injustificadas en los procedimientos de selección con el propósito de direccionar las designaciones.

Cabe recordar que en ninguno de estos concursos se presentaron cuestionamientos en relación con estas supuestas falencias por parte de los participantes no seleccionados o terceros.

III. Competencia para resolver sobre la validez y nulidad de los concursos y designaciones.

Alcance de las nulidades

El artículo 17 de la LNPA dispone que la declaración de nulidad de actos administrativos firmes de los que hayan surgido derechos subjetivos debe efectuarse por la vía judicial. La Resolución parece intentar justificar la omisión de la vía judicial al sostener la inexistencia de derechos subjetivos ya mencionada, de escaso basamento.

Por otro lado, si hubiera sido posible la declaración de nulidad del concurso y las designaciones en sede administrativa, se abriría la duda acerca del órgano competente para dictarla, teniendo en cuenta que las reglas sobre delegación administrativa, que exigen previsión legal y vinculación de la materia delegada con la competencia normal del órgano delegado.

Es claro que la facultad otorgada al Interventor del ENRE por el Decreto 277/2020 para revisar los procedimientos de los que resultaron los nombramientos de los miembros del Directorio y, en su caso, disponer la anulación y/o iniciar el correspondiente procedimiento de selección de los reemplazantes, no está prevista en la Ley 27.541, que habilitó al PEN a intervenir administrativamente al ENRE. Además, supone otorgar a la Intervención competencias que exceden de aquéllas que fueron atribuidas al propio ENRE -órgano intervenido- en el marco regulatorio de la electricidad (conf. art. 56 de la Ley 24.065), que en ningún caso es competente para intervenir en la selección, designación ni remoción de sus propios directores.

De esta manera, la Resolución de la Intervención del ENRE se expide sobre designaciones que son de competencia del PEN, y anula designaciones efectuadas por normas de rango superior, como lo es un decreto, así como procedimientos de selección desarrollados por el entonces Ministerio de Energía y Minería de acuerdo a las normas aplicables, tam-

bién ajenos a la competencia del ENRE.

Otro aspecto a señalar es que la Resolución dispone la anulación de los concursos convocados por las Resoluciones 204/2016 y 205/2017 (art. 1) pero determina la nulidad absoluta del Decreto 84/2017 (art. 2) por el cual se designaron no solamente a los dos directores seleccionados en el marco de los referidos concursos sino también a los dos directores seleccionados a instancias de la selección del CFEE, respecto de los cuales en los considerandos de la mencionada resolución nada se menciona.

Por otra parte, si bien los fundamentos de la Resolución abarcan también el concurso convocado por la Resolución 154/2018, solo se anulan finalmente los concursos convocados por las Resoluciones 204/2016 y 205/2017 que conllevaron al dictado del Decreto 84/2018.

IV. Conclusiones

La medida adoptada por la Resolución parece enmarcarse en un proceso con final pre-concebido casi un año atrás, en el propio decreto de intervención (Decreto 277/2020), iniciado con la suspensión de los directores.

Desde el punto de vista institucional, significa desarticular un proceso de regularización de los órganos regulatorios que había significado un avance importante en el reordenamiento del sector, después de un extenso período de designación de autoridades sin los correspondientes procedimientos ordenados por la ley y que contó con la participación de amplios sectores del arco político, más allá de las facultades que son propias y exclusivas del PEN en la materia.

Para el sector energético, tanto en su ámbito público como privado, el desafío será volver a transitar un camino de reordenamiento, que sea también un camino de encuentro plural de las distintas miradas que válidamente puedan darse en órganos colegiados, como lo son estos directorios, dentro del marco de la ley, evitando utilizar estos espacios para acentuar las divisiones de la sociedad; divisiones frente a las cuales se espera que la política, trascendiendo esas diferencias, traiga conciliación, más que agitación. ■