

J.

28.406/2006

"ACIJ y otros c/ E.N. s/proceso de conocimiento"

En Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina a los 10 días de septiembre de dos mil nueve, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para conocer del recurso interpuesto en autos: "ACIJ y otros c/ E.N. s/proceso de conocimiento", respecto de la sentencia de fs. 182/186, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Jorge Federico Alemany dijo:

I- Que la juez de primera instancia rechazó la demanda interpuesta en los términos del artículo 55 de la ley 24.240 por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios, el Centro de Educación del Consumidor, y la Asociación de Defensa de los Derechos de Usuarios y Consumidores, con el objeto de que el Poder Ejecutivo de la Nación sea emplazado a dar cumplimiento al procedimiento de selección y designación de los directores del Ente Nacional Regulador de la Electricidad previsto en los artículos 58, 59 y concordantes de la ley 24.065, y en los artículos 58 y 59 del decreto 1398/92, a fin de que el directorio del ente sea integrado por funcionarios con antecedentes técnicos y profesionales en la materia, elegidos mediante la previa convocatoria pública establecido en ese decreto, y con intervención de la comisión bicameral a la que se refiere el artículo 59 de esa ley.

Como fundamento, señaló que los demandantes habían cuestionado las designaciones del Presidente, Vicepresidente y el Vocal Primero del directorio del Enre, por haber sido realizadas al margen de los procedimientos

USO OFICIAL

preestablecidos en los preceptos legales y reglamentarios indicados, y porque los reiterados llamados a convocatoria para cubrir esos cargos, formuladas por la Secretaría de Energía mediante las resoluciones 74/02 y 123/03 de la Secretaría de Energía, sus prórrogas y modificaciones, nunca llegaron a ser completados y fueron dejados sin efecto; de manera tal que el Poder Ejecutivo Nacional persistió en la designación de autoridades provisorias.

En cuanto interesa, señaló que en virtud de la importancia de las atribuciones conferidas al Enre por la ley 24.065, el Poder Ejecutivo de la Nación tenía facultades suficientes para realizar tales nombramientos provisorios, para integrar de modo inmediato y sin dilaciones el directorio del ente, encargado de la regulación general y el control del servicio público de suministro de energía eléctrica.

Sin perjuicio de ello, señaló que las asociaciones demandantes carecían de legitimación suficiente para reclamar la regularización del órgano de conducción del ente regulador porque el artículo 55 de la ley 24.240 solamente los legitima cuando resulten "objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios", extremo que en el caso no se daba en virtud de que aquellas no habían acreditado de qué modo la designación provisorio de los directores significaba una afectación del derecho de los consumidores o usuarios, o un perjuicio concreto a ellos. Añadió que, por tal motivo, no existía un caso o controversia en los términos de la doctrina de Fallos 321:1252 y, por las razones expuestas en ese precedente, no era posible dictar un pronunciamiento sin invadir la esfera de atribuciones propias del Poder Ejecutivo Nacional.

II. Que contra esa sentencia los demandantes apelaron y fundaron sus agravios a fs. 192/201 vta., los que fueron replicados a fs. 207/212 vta. En cuanto interesa, sostienen que en la sentencia apelada se desconoce que la debida integración del órgano superior de los entes reguladores tiene estricta relación con la posibilidad de que cumplan sus funciones con la necesaria independencia, y que ésta integra la garantía del debido proceso. Añaden que en

la especie existe caso o controversia, porque la petición planteada por su parte no tiene carácter consultivo ni especulativo, sino que constituye un conflicto entre partes adversas fundado en la violación de la ley que rige el caso y, además, que las asociaciones tienen legitimación suficiente para demandar, tal como se reconoció en los precedentes de Fallos 323:1339 y 329:4066, en particular en la disidencia de la juez Argibay. En tal sentido, destacan que la demanda no se funda en el interés general de que las leyes se cumplan, sino que se dirige a cuestionar una práctica concreta seguida por el Poder Ejecutivo Nacional que afecta directamente los derechos de los usuarios, considerados de manera colectiva, pues los priva de que el órgano encargado de velar por sus intereses, de dictar las regulaciones necesarias para el funcionamiento del servicio de electricidad, y de dirimir las controversias que se susciten entre las empresas prestadoras y los usuarios, tenga las cualidades de independencia funcional que se procura garantizar en los artículos 58 y 59 de la ley 24.065, reglamentados en los artículos 58 y 59 del decreto 1398 de 1992. Al respecto agregan que cuando los jueces dictan sentencia ordenando a los funcionarios el cumplimiento de la ley y de la Constitución, no existe invasión de las atribuciones propias de otros poderes del Estado debido a que esa es la misión que deben cumplir por designio constitucional.

III. Que en el artículo 58 de la ley 24.065 se establece que “Los miembros del directorio serán seleccionados entre personas con antecedentes técnicos y profesionales en la materia y designados por el Poder Ejecutivo, dos de ellos a propuesta del Consejo Federal de la Energía Eléctrica. Su mandato durará cinco años y podrá ser renovado en forma indefinida. Cesarán en sus mandatos en forma escalonada cada año. Al designar el primer directorio, el Poder Ejecutivo establecerá la fecha de finalización del mandato del presidente, vicepresidente y de cada vocal para permitir tal escalonamiento”. Por su parte, en el artículo 59 de esa ley se dispone que “Los miembros del directorio tendrán dedicación exclusiva en su función, alcanzándoles las incompatibilidades fijadas por ley para los funcionarios públicos y sólo podrán ser removidos de sus cargos

por acto fundado del Poder Ejecutivo. Previa a la designación y/o a la remoción el Poder Ejecutivo deberá comunicar los fundamentos de tal decisión a una comisión del Congreso de la Nación integrada por dieciséis miembros que serán los presidentes y vicepresidentes de las comisiones que cada una de las Cámaras determinen en función de su incumbencia, garantizando una representación igualitaria de senadores y diputados. Esta comisión podrá emitir opinión dentro del plazo de treinta días corridos de recibidas las actuaciones. Emitida la misma o transcurrido el plazo establecido para ello, el Poder Ejecutivo Nacional quedará habilitado para el dictado del acto respectivo". A su vez, en el artículo 58 del decreto 1398/92 se dispone que "a los efectos de la designación de los integrantes del Directorio del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, la Secretaría De Energía deberá definir el perfil de cada integrante del Directorio, conducirá un proceso de selección y determinará, en cada oportunidad, cuáles de los cargos a cubrir corresponde sean propuestos por el Consejo Federal de la Energía Eléctrica, entre los postulantes a dichos cargos que hayan sido previamente seleccionados como "Candidato Elegible". El procedimiento de selección se iniciará mediante una convocatoria abierta que deberá difundirse en diarios de circulación masiva, siéndole aplicable las normas establecidas para el Régimen de Cargos con Funciones Ejecutivas aprobado por Decreto n° 994 del 27 de mayo de 1991. Los antecedentes de los postulantes serán evaluados por medio de los currículos vitae presentados y de entrevistas personales efectuadas por especialistas a los efectos de determinar aquellos que reúnen los requisitos mínimos definidos en el llamado para el cubrimiento del puesto. El resultado de tal evaluación deberá elevarse a un Comité de Selección integrado por personas representativas, que por sus condiciones garanticen ecuanimidad e independencia de criterio en su pronunciamiento. De esta forma serán seleccionados el número mínimo de postulantes que defina la Secretaría por cada cargo a cubrir, los que revestirán la condición de "Candidato Elegible". Si no hubiera ningún Candidato Elegible para cubrir un determinado cargo, se repetirá el procedimiento descripto precedentemente, solamente para tal cargo. También se repetirá el procedimiento,

si la Secretaría de Energía lo considerase necesario, para aquellos cargos en que hubiera sólo un Candidato Elegible. Tal circunstancia, no obstaculizará la continuación del procedimiento de designación de los restantes miembros del Directorio del Ente.

IV. Que los entes o agencias reguladoras tienen autoridad para prescribir con carácter general qué debe o no debe ser hecho en una situación determinada, es decir, funciones de naturaleza legislativa; para determinar si la ley y sus reglamentaciones han sido violadas y proceder contra los responsables; así como para dirimir las controversias que se susciten entre los sujetos a los que se dirige la regulación. En particular y entre otras, la ley 24.065 pone a cargo del Directorio del Enre "hacer cumplir la presente ley, su reglamentación y disposiciones complementarias, controlando la prestación de los servicios y el cumplimiento de las obligaciones fijadas en los contratos de concesión; dictar reglamentos a los cuales deberán ajustarse los productores, transportistas, distribuidores y usuarios de electricidad en materia de seguridad, normas y procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos, de control y uso de medidores, de interrupción y reconexión de los suministros, de acceso a inmuebles de terceros y de calidad de los servicios prestados; publicar los principios generales que deberán aplicar los transportistas y distribuidores en sus respectivos contratos para asegurar el libre acceso a sus servicios; organizar y aplicar el régimen de audiencias públicas a los que se refieren los artículos 46 y 48 de la ley antes de la modificación de las tarifas; aplicar las sanciones previstas en la presente ley, en sus reglamentaciones y en los contratos de concesión, respetando en todos los casos los principios del debido proceso; asegurar la publicidad de las decisiones, que adopte, incluyendo los antecedentes en base a los cuales fueron adoptadas las mismas; y para dirimir toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, y con los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, en los términos establecidos en el artículo 72 de esa ley".

V. Que, como regla, al Presidente de la Nación le corresponde la atribución de designar y remover por sí solo a los funcionarios y empleados a los que se refiere el artículo 99, segundo párrafo, de la Constitución Nacional. Sin embargo, cuando el Congreso prevé que los funcionarios encargados de dirigir los entes o agencias reguladoras tengan a su cargo funciones de naturaleza legislativa y jurisdiccional, además de ejecutivas, y establece para ellos determinadas calificaciones, les fija un término de duración a sus mandatos, y establece las bases sobre las cuales pueden ser removidos, requisitos que deben ser observados (cfr. Bernard Schwartz; "Administrative Law", Third Edition Little Brown and Company, páginas 3 a 39 y sus citas).

VI. Que la clave de la independencia que el Congreso ha querido garantizar al fijar tales condiciones reside en la seguridad de que los funcionarios encargados de los entes o agencias reguladoras conservarán sus empleos y no solamente por la simple voluntad del Presidente (cfr. op. cit., pág. 20; Agustín Gordillo. "Tratado de Derecho Administrativo", Cuarta Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Tomo 2 "La Defensa del Usuario y del Administrado", pág. VI-22, notas 12 y 13 y sus citas), ya que siempre y cuando cumplan con las instrucciones generales relativas a la política de la Administración y observen la ley que están encargados de aplicar, sólo podrán ser removidos antes del vencimiento de sus mandatos por acto fundado. Esa independencia forma parte de la garantía del debido proceso y, por tal razón, los particulares y las asociaciones conformadas por ellos, cuyos derechos han de ser directamente reglamentados, determinados o dirimidos por un ente o agencia reguladora, están legitimados para cuestionar el medio y las condiciones de la designación de los funcionarios que tienen estos poderes; pues de manera incuestionable el ejercicio de las atribuciones ya referidas afecta o puede afectar directamente sus intereses. Por otra parte, el propósito del derecho administrativo es mantener a los poderes del gobierno dentro de sus límites legales y proteger a los individuos contra los abusos de tales poderes y, en virtud de ese principio, se ha sostenido que la exigencia de que exista un daño concreto y particularizado no es inherente ni

propia del derecho público, en la medida en que las autoridades tienen numerosos poderes y deberes cuyo ejercicio afecta al público en general. Si la legitimación pudiera ser negada por la mera circunstancia de que el agravio ocasionado por la conducta estatal es de carácter generalizado, nadie estaría en condiciones de exigir que la ley fuera cumplida, aun cuando claramente el ejercicio efectivo de sus derechos individuales o colectivos dependiera de ello (cfr. Fallos 328:1146, 329:4066, y Richard Epstein: "Standing and Spending-The Role of Legal and Equitable Principles"; Chapman Law Review, Vol. 1 Spring 2001 N° 1; Cass Sunstein: "Standing and The Privatization of Public Law"; 88 Columbia Law Review 1432).

VII. Que de las constancias de fs. 172 resulta que la Secretaría de Energía informó que aún no se ha producido un nuevo llamado a convocatoria abierta para cubrir los cargos de Presidente, Vicepresidente y Vocal primero del Enre, y que informaría al tribunal en el momento en que ello ocurriera. Por otra parte, la Secretaría de Energía no dio respuesta a la medida para mejor proveer ordenada a fs. 215, en la que se le solicitó tuviera a bien informar si se había procedido a llamar a una nueva convocatoria abierta, tal como se afirmó a fs. 135, en la contestación de la demanda. En consecuencia, cabe considerar que el procedimiento legal y reglamentariamente previsto para la selección de las autoridades del Ente aún no ha tenido principio de ejecución.

El Sr. Juez de Cámara, Dr. Pablo Gallegos Fedriani adhiere al voto que antecede.


Por el resultado que informa el acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** 1) Hacer lugar al recurso de apelación, dejar sin efecto la sentencia apelada, y admitir parcialmente la demanda, ordenando a la Secretaria de Energía que arbitre los medios necesarios para realizar la convocatoria pública y dar cumplimiento a los demás procedimientos necesarios que los integrantes del Directorio del Enre sean designados de la manera establecida en los artículos 58 y 59 de la ley 24.065, y en su reglamentación. 2) Imponer las costas de ambas

instancias por su orden, en virtud del carácter novedoso de la cuestión planteada.

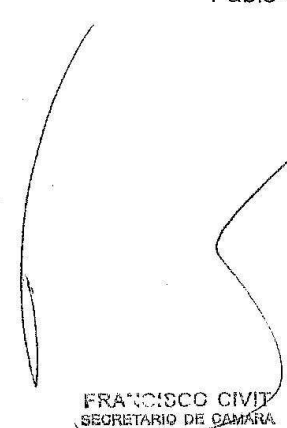
ASÍ SE DECIDE.-

Se deja constancia que una de las vocalías de esta Sala se encuentra vacante (art. 109 RJN).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.


Jorge Federico Alemany


Pablo Gallegos Fedriani


FRANCISCO CIVIT
SECRETARIO DE CAMARA