

FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LOS ENTES REGULADORES O AGENCIAS INDEPENDIENTES

Juan Carlos Cassagne*

RESUMEN: Fundado en el control judicial de la actividad de la administración, que tiene su fundamento en el principio de separación de poderes del Estado, el autor, a partir de la jurisprudencia argentina reciente, analiza críticamente la instauración de tribunales administrativos. En dicho evento, enumera los requisitos que deberá tener este ejercicio de funciones jurisdiccionales por la administración, entre los que destaca la imparcialidad, independencia y legalidad del órgano, entre otros. A su vez, destaca los problemas y obstáculos que deberá superar esta labor por la administración, los que se refieren, principalmente, a los mismos requisitos que los órganos administrativos deben reunir para actuar en este ámbito y, uno primordial, referido a la extensión y características que tendrá el control judicial de esta actividad. Así, plantea la posibilidad de crear tribunales de justicia especializados en las diversas materias, que resuelvan los conflictos entre particulares y entre éstos y la administración, por ser esta opción más acorde a las características del sistema judicial trasandino.

I. EL EJE DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Si bien la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia de nuestros tribunales están contestes en que el eje del sistema de control de la actividad administrativa y la adjudicación de la competencia para resolver controversias a jueces independientes —como regla general—, se apoya en la teoría de la separa-

ción de poderes y, en la consecuente instauración del sistema judicialista, hasta el reciente caso “Angel Estrada”¹ no se había puesto suficiente énfasis en el sentido de que, aparte de los artículos 18, 116 y 117 CN, el principio rector del modelo se encuentra en la interdicción contenida en el artículo 109 (ex art. 95) CN, en línea con lo que venimos sosteniendo, desde hace años, siguiendo las enseñanzas de Bosch.²

* Ponencia presentada en el Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica, Santiago de Chile, 2005.

1 CSJN, “Angel Estrada y Cía. S.A. c. Secretaría de Energía y Puertos”, 05/04/2005, publicado en JA 2005-III, número especial “El caso Angel Estrada”, del 31/08/05, pp. 74 y ss.

2 Interesa destacar (pues el pensamiento de nuestro primer maestro suele ser desvirtuado) que si bien Bosch aceptaba en forma restringida el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos administrativos, sólo lo hacía por razones de especialización y nunca como cláusula general, es decir “como tribunales de derecho común” en materia administrativa. Al contrario, fiel al sistema judicialista, señaló en las conclusiones de su obra más notable: “Por otro lado, si la institución de tribunales administrativos no ha sido sino el resultado de una falsa interpretación de la doctrina de la separación de los poderes y de un juicio equivocado acerca de lo que podría llamarse sistema de contralor jurisdiccional del Antiguo régimen, ¿qué argumento puede darse en la actualidad para que sean tribunales administrativos y no tribunales judiciales los que actúen como jueces de la Administración?” (Cfr. BOSCH, Jorge Tristán, “¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?”, Víctor P. Zavalía, Buenos Aires, 1951, p. 283. Ver también: CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 7ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, pp. 93 y ss.

Tal como lo hemos demostrado en otros trabajos³, el origen de ese principio, que prohíbe al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales, es de origen hispánico (incluso anterior a la Constitución de Cádiz de 1812, que lo recepciona en su artículo 243), a diferencia de la Constitución norteamericana.

Esa es la principal razón, aunque algunos no lo adviertan extraviados por las brumas provenientes de otros climas jurídicos que les impiden ver la peculiar configuración de nuestras fuentes constitucionales.

Esa fue, precisamente, la gran tarea llevada a cabo por Alberdi, para crear una amalgama original, adaptada a la realidad vernácula, que lejos de construir un calco de la Constitución norteamericana, la supera en la armonía de su construcción jurídica, acudiendo, al proyectar muchas de las prescripciones constitucionales, tanto a las fuentes patrias como a las europeas. No hay más que tener la paciencia de leer el "Discurso preliminar de las Cortes de Cádiz de Argüelles" para darse cuenta de la influencia que tuvieron las instituciones hispánicas⁴ en la consagración del sistema judicialista.

La conclusión, de orden general, que se desprende de haber adoptado el sistema judicialista puro, reafirmadas ahora por la jurisprudencia de la Corte en el caso "Ángel Estrada", es que la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos de la Administración (como son los entes reguladores) para resolver conflictos entre particulares, sólo es constitucional cuando se cumplan estas condiciones:

- a. los respectivos órganos de la Administración hayan sido creados por ley;
- b. su independencia e imparcialidad se encuentren aseguradas;
- c. el objetivo político y económico que preside su creación haya sido razonable, y
- d. sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.⁵

A esas condiciones hay que agregarle otra que resulta, quizá, más sustancial, pues hace a la médula del sistema que organiza la Constitución, en el sentido de que la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos de la Administración no puede comprender la decisión de controversias entre particulares, regidas por el derecho común (civil o comercial).

Este requisito constitucional, pasado por alto por alguna doctrina favorable a la instauración de tribunales administrativos (aun con control judicial pleno) que tiene origen en la disidencia de los Doctores Aberastury y Boffi Boggero en el caso "Fernández Arias", ha sido adoptado como regla general por la Corte Suprema, tanto en el voto de la mayoría como en el emitido por el Dr. Belluscio.⁶

Ello significa, en buen romance, que la ley no puede detraer de la competencia judicial el conocimiento de causas entre particulares, regidas por el derecho común, ni crear una suerte de cláusula general de jurisdicción primaria en cabeza de tribunales administrativos, para resolver tal tipo de controversias.

Una cuestión diferente es la de reconocer el ejercicio de funciones jurisdiccionales o

3 Véase: CASSAGNE, Juan Carlos, "Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso "Ángel Estrada")", LL, diario del 09/06/2005, p. 2 (Cap. II).

4 Así lo reconoce el propio Bosch (op. cit., p. 45); ver también el interesante trabajo de LINARES QUINTANA, Segundo V., "Raíces hispánicas del constitucionalismo", Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2001, p. 9, especialmente pp. 12 y ss. y sus citas y CASSAGNE, Juan Carlos, "El origen hispánico del sistema judicialista y de otras instituciones del derecho público iberoamericano y comparado", en GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús - CASSAGNE, Juan Carlos, "La justicia administrativa en Iberoamérica", LexisNexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, en prensa.

5 Cfr. Considerando 12 del voto de la mayoría.

6 Cfr. JA 2005-III, número especial "El caso Ángel Estrada", pp. 78 y ss.

“jurisdicción administrativa primaria” a los entes reguladores en las materias propias del marco regulatorio (derecho estatutario) y en las del contrato de concesión regidas por el derecho administrativo. En tales casos, debe ello estar justificado por el principio de la especialidad (lo cual excluye su reconocimiento como cláusula general) y tratarse de órganos imparciales e independientes, condición esta última que aunque la Corte no lo diga, no resisten los actuales entes reguladores cuyos integrantes dependen del Poder Ejecutivo (aun cuando sea entes autárquicos), son designados por dicho Poder y sus actos, además, están sometidos a control a través de recursos administrativos.

II. EL PLANTEAMIENTO DOCTRINARIO FAVORABLE A LA INSTITUCIÓN DE TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS: RIESGOS Y PROBLEMAS QUE DEBE SUPERAR

1. EL DEBATE NO ES MERAMENTE VERBAL

Tiempo atrás, Bullrich, al tratar el debate que más tarde se intensificó en lo que concierne a la idea de importar la institución de los tribunales administrativos, decía que todo era nada más que un juego de palabras.

Algunas voces cantan loas a la relatividad terminológica y, al mismo tiempo que critican a otros, acuden a terminologías que se basan en conceptos originados en el derecho administrati-

vo francés (v.g. administración activa, jurisdicción administrativa, tribunales administrativos, etc.) hay que advertir que puede darse la situación inversa, en la que el debate verbal resulta ser la máscara que esconde la discusión de fondo.

Con todo, existen algunas contradicciones insalvables que no obstante algunos puedan creer que sean sólo verbales, tienen más sustancia que la que aparentan describir.⁷

Entre las contradicciones figura la de sostener que toda la actividad de la Administración o de órganos administrativos trasunta siempre el ejercicio de la función administrativa⁸ y propiciar la instauración de tribunales administrativos, incluso como jurisdicción generalizada, como en el ejemplo canadiense.⁹ ¿Estarían, acaso, estos tribunales ejerciendo la función administrativa al resolver controversias como órganos independientes?

Y aun cuando es justo reconocer que un sector enrolado en esta línea de pensamiento postula el control judicial pleno de las decisiones de los tribunales administrativos no es menos cierto que otros autores que propugnan un control limitado o restringido¹⁰, siguiendo, en este aspecto, determinadas líneas trazadas por la jurisprudencia y la legislación norteamericanas.

En rigor, para entender cómo juega el principio judicialista de la separación de poderes, la doctrina de la Corte Suprema establecida en el caso “Angel Estrada” y la posibilidad de instaurar tribunales administrativos por razones de especialización y no como tribunales de derecho común en materia administrativa¹¹,

7 Lo cual para quienes aceptamos que se haga uso de una razonable libertad de estipulación no sería criticable.

8 La excusa de afirmar que se trata de una cuestión verbal, sin hacer el esfuerzo de demostrarla, suele indicar el propósito de evadir la discusión de fondo.

9 Que ha sido propuesto por GORDILLO, Agustín A., “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa”, en AAVV, Organización administrativa, función pública y dominio público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2005, pp. 955 y ss.

10 Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, “Entes reguladores: en camino de su delimitación institucional”, JA 2005-III, número especial “El caso Angel Estrada”, cit., p. 17.

11 Al respecto, nos remitimos al excelente trabajo de ABERASTURY, Pedro, “La decisión de controversias del derecho común por parte de tribunales administrativos”, JA 2005-III, número especial “El caso Angel Estrada”, cit., pp. 3 y ss.

no hay más remedio que acudir a una clasificación material sobre las funciones del Estado.

Por lo demás, de crearse tribunales administrativos, si no se trasladan las garantías del proceso judicial a las reglas que regirán la solución de los respectivos conflictos, la atribución de funciones jurisdiccionales, más que una jurisdicción independiente y especializada, puede convertirse en una actividad administrativa proclive al exceso de autoritarismo y arbitrariedad, por más control judicial posterior que se instrumente.

2. RIESGOS Y LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA INSTAURACIÓN DE TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

La creación de tribunales para decidir conflictos de naturaleza administrativa constituye una decisión tan peligrosa como compleja. Lo primero, porque aun cuando hay algunos antecedentes en nuestro país que favorecen su institución, su funcionamiento se justifica en razones vinculadas a una particular especialización (v. g. Tribunal Fiscal) y a la escasa incidencia en dicho ámbito técnico de la política, no obstante tratarse de tribunales que operan en el ámbito de la Administración. Pero esta situación será difícil mantenerla en el caso de los servicios públicos, ya que por más que se asegure la independencia, estos tribunales mantendrán ciertas vinculaciones con el gobierno, producto de su designación originaria o de las vinculaciones burocráticas que podrán desarrollar con los órganos de control o entes reguladores. En otros términos, que la independencia que se proclama puede desmentirse en la realidad práctica.

Las razones de especialización que los justificarían podrían llegar a generar, a su vez, situaciones de carencias, ya que los distintos servicios no responden a un modelo común y sus problemas suelen requerir una especialización distinta en cada caso. ¿Qué tipo de servicios comprenderían? ¿Sólo los regulados me-

diantes concesión o también las licencias y/o autorizaciones de actividades en competencia?

A ello se añade todavía el problema del alcance del control judicial ¿Se intentará aplicar la doctrina de la deferencia del derecho norteamericano? ¿El control se limitará a la revisión de las cuestiones de derecho? ¿Se circunscribirá a los aspectos reglados o comprenderá, también, como es de principio en nuestro sistema constitucional, el control de la discrecionalidad?

El otro peligro, siempre latente en Argentina, es el de la colectivización de los conflictos judiciales y aunque parece que, en algunos sectores, se ha emprendido ese camino, es también posible que la justicia retome pronto la buena senda constitucional como ha sucedido en el caso "Ángel Estrada".

III. CONCLUSIONES

De cara al panorama que se ha descrito, cabe que todos nos preguntemos si no es mejor y más adecuado a nuestro sistema constitucional crear tribunales judiciales especializados en las distintas materias (v.g. servicios públicos) para resolver las controversias que se plantean no sólo entre el Estado y los particulares, sino también entre estos últimos, sobre todo cuando se trata de materias de derecho común (civil o comercial).

¿No responde esta solución, acaso, de una manera indiscutible, a las características de nuestro sistema judicialista? ¿Qué sentido tiene ubicar tribunales en el ámbito del Poder Ejecutivo, aun cuando no se les adjudique la decisión final de las controversias?

Finalmente, las razones de especialización que se invocan pueden ser suplidas a través de peritos técnicos y/u órganos administrativos especializados que requieran los jueces que, en nuestro sistema constitucional, siempre van a conservar la potestad jurisdiccional

plena para la decisión final de las controversias. Si, por otra parte, entre otras divergencias, cada vez es más difícil que nos pongamos de acuerdo acerca de lo que es o no servicio público y sobre la naturaleza de las relaciones que vinculan a los prestadores con los usuarios, la ley que cree los tribunales administrativos será otra fuente inagotable de litigios, que provocan, además, pérdidas de tiempo, aumentando el costo de los procesos y, lo que es peor,

existe la posibilidad de que la ley que los cree sea declarada inconstitucional si no se fundamenta debidamente su razonabilidad y especialización, amén de los otros requisitos exigidos por la Corte en el caso “Angel Estrada”.

Mantenemos, pues, dentro del sistema judicialista puro, afín a la realidad vernácula, sería lo más beneficioso para la seguridad jurídica, las libertades y demás derechos que consagra la Constitución.

