

Título: La especialidad de las normas del procedimiento jurisdiccional ante los entes reguladores

Autor: Durand, Julio C.

Publicado en:

Cita: TR LALEY 0003/012742

SUMARIO:

I. Propósito del trabajo y precisiones terminológicas.- II. La controversia acerca del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración y el caso de los entes reguladores del gas y la electricidad en la Argentina.- III. Las normas aplicables al trámite del "procedimiento jurisdiccional" ante los entes reguladores.- IV. Sobre las deficiencias de las normas del procedimiento administrativo común para regular el trámite jurisdiccional.- V. Aspectos a incluir en una regulación específica: a) La vigencia del principio dispositivo y los consecuentes límites a los principios de "oficialidad" y "verdad material"; b) La limitada vigencia del principio "antiformalista" o "informalismo" a favor del administrado; c) Los recursos administrativos admisibles contra el "acto jurisdiccional" y el efecto suspensivo de los mismos; d) Otras cuestiones.- VI. Reflexiones finales

I. PROPÓSITO DEL TRABAJO Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

El propósito de este trabajo es demostrar que el "procedimiento jurisdiccional" en sede administrativa (en el caso, ante los entes reguladores del gas y de la electricidad en la Argentina) debe, en virtud de su especificidad, ser regulado por normas adjetivas especiales que atiendan a las particularidades propias de la "actividad jurisdiccional de la Administración" y de su producto, el "acto jurisdiccional de la Administración" (1). Por ello postulamos -de lege ferenda- la inconveniencia de aplicar (al menos, sin una adaptación) el ordenamiento adjetivo correspondiente al "procedimiento administrativo" propiamente dicho, contenido en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19549 (LNPA. [ALJA 1972-A-382]) y su reglamento aprobado por decreto 1759/1972 (ALJA 1972-A-391, t.o. 1991 [LA 1991-C-3002]) (2).

Antes de exponer esta idea creemos oportuno efectuar algunas precisiones terminológicas, de modo de dejar claro el sentido con que usaremos en este trabajo los diferentes conceptos vinculados al fenómeno "jurisdiccional" en la Administración Pública. En nuestra opinión, el acto jurisdiccional realizado por un órgano administrativo es el resultado del ejercicio de una función materialmente jurisdiccional, que es diferente de la función administrativa; por ello el acto jurisdiccional es, a su vez, diferente del acto administrativo (3). De allí que, por ejemplo, pensemos que la expresión acto administrativo jurisdiccional es confusa, y consideremos preferible utilizar la denominación acto jurisdiccional de la Administración.

También creemos que dentro de un conjunto de figuras afines que la doctrina ha identificado como "acto jurisdiccional", o "acto administrativo jurisdiccional", o "acto contencioso administrativo", o "acto cuasi jurisdiccional", deben distinguirse varias situaciones diferentes:

a) en primer lugar, aquellos supuestos en los que la decisión de naturaleza jurisdiccional proviene de un órgano especializado de la Administración con competencia para resolver la controversia entre dos administrados (4), con "fuerza de verdad legal", actuando como un tercero imparcial. Éstos son los verdaderos actos jurisdiccionales de la Administración, análogos -si se quiere- a las sentencias judiciales o a los laudos arbitrales. Son los que dicta, por ejemplo, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad cuando ejerce la competencia que le otorga la ley para dirimir controversias entre los actores del mercado eléctrico. Aun en este caso cabe advertir que, en cuanto a su "imparcialidad" e "independencia", el órgano no es equiparable al Poder Judicial (5), porque frecuentemente la controversia habrá de resolverse aplicando las normas generales dictadas por el propio organismo (6), y porque el Ente -si bien debe ser "imparcial", en el sentido de no favorecer a ninguna de las partes involucradas- no es ajeno a la controversia, del modo en que lo sería un árbitro, o un juez del Poder Judicial (7);

b) en segundo lugar, la resolución de un conflicto por parte de un órgano u organismo de la Administración al que se le atribuyen facultades jurisdiccionales para dirimir controversias en las que una de las partes involucradas sea el Estado Nacional. El término acto jurisdiccional de la Administración puede ser extensible a algunos de estos supuestos (aunque, en rigor, el órgano administrativo no sea realmente un tercero distinto de las partes) en la medida en que se trate de un tribunal especializado y dotado de cierta independencia (8). Es, por ejemplo, el caso del Tribunal Fiscal de la Nación, organismo administrativo encargado de resolver las controversias que se susciten -por vía de recurso- entre los contribuyentes y el Fisco, cuyos miembros gozan de un particular régimen de estabilidad que les garantiza una independencia superior a la de los funcionarios y empleados administrativos en general (conf. art. 148 ley 11683 [t.o. 1998, LA 1998-C-2998]);

c) en último término, la situación que se presenta cuando el órgano administrativo resuelve recursos planteados por los administrados contra los actos dictados por aquél (o por su inferior jerárquico, o por el Ente sujeto al control de tutela), así como cuando el órgano administrativo aplica una sanción administrativa a un particular. Ambas actividades, no obstante sus elementos comunes con el ejercicio de la "jurisdicción" (en su sentido etimológico), traducen en rigor el ejercicio de una actividad verdaderamente administrativa, y corresponde que su producto sea calificado, en ambos casos, como un acto administrativo (9).

II. LA CONTROVERSIA ACERCA DEL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL CASO DE LOS ENTES REGULADORES DEL GAS Y LA ELECTRICIDAD EN LA ARGENTINA

Es sabido que la cuestión del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos administrativos ha generado cierta controversia en nuestro país. Por nuestra parte, compartimos la posición de Cassagne (10), para quien "una interpretación realista del principio de separación de los poderes impide asumir posturas extremas. Y así como no es posible aceptar aquellas doctrinas que no reconocen ninguna limitación para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de la Administración Pública, tampoco puede afirmarse dogmáticamente que no existen tribunales administrativos con competencia especializada (vgr., entes

reguladores de servicios públicos) donde las decisiones que dirimen controversias poseen los caracteres de la cosa juzgada formal, a diferencia de la actividad administrativa".

Efectivamente, como ejemplifica Cassagne, los entes reguladores de servicios públicos del gas y de la electricidad en la Argentina tienen atribuida por ley una "competencia jurisdiccional" para resolver ciertas disputas originadas en la prestación del servicio.

Así resulta de las normas de creación de esos entes: las leyes 24065 (LA 1992-A-74), en el caso del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, y 24076, en el caso del Ente Nacional Regulador del Gas ([11](#)).

La primera de esas normas dice, en su art. 72, que "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, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del Ente. Es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que los enunciados en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del Ente".

Este art. 72 está reglamentado por el de igual número incluido en el reglamento aprobado por el decreto 1398/1972, que dice que "los actos que emita el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, como consecuencia de las facultades otorgadas en el art. 72 ley 24065, serán de índole jurisdiccional".

La ley 24076 establece un régimen similar al descripto, con algunas diferencias, ya que en el art. 66 dispone que "toda controversia que se suscite entre los sujetos de esta ley, así como con todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de gas, deberán ser sometidas en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del Ente..."

Un reciente fallo de la Corte Suprema (in re "Ángel Estrada y Cía. v. Secretaría de Energía y Puertos", sent. del 5/4/2005) ayudó a delimitar los contornos de la competencia jurisdiccional del ente regulador eléctrico, y mereció muchos y muy interesantes comentarios ([12](#)).

A nuestro juicio, en este fallo la Corte adoptó en lo sustancial la posición doctrinal expuesta por Cassagne, quien había dicho que "el ejercicio excepcional de la función jurisdiccional... debe llevarse a cabo dentro de los límites que surgen del sistema adoptado por la Constitución Nacional, a saber: a) La atribución de funciones jurisdiccionales a órganos administrativos debe provenir de ley formal a fin de no alterar a favor del Poder Ejecutivo el equilibrio en que reposa el sistema constitucional; b) Tanto la idoneidad del órgano como la especialización de las causas que se atribuyen a la Administración deben hallarse suficientemente justificadas, para tornar razonable y excepcional el apartamiento del principio general de juzgamiento por el Poder Judicial; c) Si se otorgan a órganos administrativos funciones de sustancia jurisdiccional en forma exclusiva, sus integrantes deben gozar de garantías que aseguren su independencia de juicio frente a la Administración activa, tal como la inamovilidad de sus cargos; d) Los tribunales que integran el Poder Judicial deben conservar la atribución final de revisar las decisiones de naturaleza jurisdiccional [en] al menos una instancia judicial con amplitud de debate y prueba" ([13](#)).

No profundizaremos en este tema, ya que excede el propósito de nuestro comentario, pero sí destacaremos como conclusión que -tal como se desprende del fallo de la Corte- la realidad es que existe una cierta esfera de competencia "jurisdiccional", atribuida por ley al ente regulador de la electricidad, que éste puede y debe ejercer para resolver aquellas controversias que, en virtud de sus características, pueden ser excepcionalmente sustraídas del conocimiento de los jueces comunes (es decir, de los que integran permanentemente el Poder Judicial).

Vale la pena apuntar que ha existido alguna dificultad, en el caso del ente regulador de la electricidad, para diferenciar adecuadamente esta competencia "jurisdiccional" de las restantes competencias (como la sancionatoria o la regulatoria) que han sido atribuidas al mismo organismo.

En este sentido resulta interesante la resolución ENRE. 557/2002 ([14](#)), en la que nos detendremos un momento. Los antecedentes del caso revelan que el Ente, a solicitud de un usuario del servicio, había aplicado una penalidad a la distribuidora (o, mejor dicho, tres penalidades diferentes) por medio de los arts. 1, 2 y 3 resolución ENRE. 284/2001. Frente a las aparentes contradicciones expuestas por el Ente al momento de explicar la naturaleza de estas tres decisiones, el tribunal judicial competente para resolver el recurso directo interpuesto por la distribuidora (en los términos de la ley 24065) intimó al ENRE. a caracterizar adecuadamente cada una de esas decisiones como "jurisdiccional" o "sancionatoria". Frente a ello el Ente explicó lo siguiente:

"Que sin embargo, a pesar de la diferente naturaleza jurídica, ambas actividades [se refiere a la actividad 'jurisdiccional', suscitada por el usuario autor del reclamo, y a la actividad 'punitiva', que le permite aplicar sanciones en ejercicio de su función de control] desembocan en la aplicación de sanciones, y en consecuencia, en cuanto a sus efectos, ambas tienen una naturaleza sancionatoria", y "es por ello que, a fin de cumplimentar lo requerido por la Cámara, procede ratificar lo dispuesto en la resolución ENRE. 455/2001, aclarando que dichas sanciones son el resultado de dos actividades distintas, la jurisdiccional en el caso de los arts. 1 y 2 y la punitiva o represiva en el caso del art. 3 resolución ENRE. 284/2001".

A la luz de estas consideraciones, el Ente ratificó "la naturaleza sancionatoria de los arts. 1, 2 y 3 resolución ENRE. 284/2001, aclarando que dicha sanción es el resultado de dos actividades distintas, la jurisdiccional en el caso de los arts. 1 y 2 y la punitiva o represiva en el caso del art. 3".

Es necesario reconocer que, en el ámbito de actuación del Ente Regulador de la Electricidad, existe el riesgo cierto de confundir o superponer las funciones "jurisdiccional" y "sancionatoria" del organismo ([15](#)). Creemos que ello se debe a la multiplicidad de funciones y cometidos atribuidos a ese Ente, que determina que el organismo tenga simultáneamente: i) la facultad de "controlar" el cumplimiento de las obligaciones debidas por la distribuidora al usuario, en los términos del contrato de concesión (junto con la correlativa potestad de sancionar esos incumplimientos); y ii) la competencia para resolver las "controversias" que se susciten entre esa misma distribuidora y ese mismo usuario (controversias que, naturalmente, se habrán suscitado en el marco de la relación jurídica de servicio público que se establece entre ambas partes, regida por el contrato de concesión).

En este contexto, nos preguntamos si la pretensión o el reclamo de un usuario, consistente en que se aplique a la distribuidora una sanción por el incumplimiento de su contrato de concesión, puede dar lugar a una verdadera "controversia" entre el usuario y la distribuidora, del tipo que suscita la "competencia jurisdiccional" del Ente regulador. Y de ser así, como ha ocurrido en el caso que comentamos, ¿cuál será la naturaleza de la decisión que la resuelva? Tal vez podría considerarse que es "sancionatoria" -como dice el Ente en el texto que hemos citado-, ya que se traduce en la aplicación de una sanción, pero también podría considerársela "jurisdiccional", ya que implica la solución de una "controversia" planteada entre un usuario y la concesionaria.

A nuestro juicio, y sin dejar de destacar lo arduo del problema, una misma decisión no podría ser caracterizada simultáneamente como "jurisdiccional" y "sancionatoria", ni un "procedimiento jurisdiccional" podría culminar válidamente en el dictado de una "sanción". Y como tampoco nos parece posible que la "competencia jurisdiccional" habilite al dictado de sanciones, frente a la existencia de una "sanción" corresponderá inevitablemente concluir que el Ente ha actuado en ejercicio de su "competencia sancionatoria" (obviamente diferente de la jurisdiccional).

¿Cómo actuar, entonces, en casos como el que plantea la resolución citada? A partir del concepto que hemos expuesto de "actividad jurisdiccional" (que implica decidir "con fuerza de verdad legal" una controversia entre terceros), y asumiendo que la potestad sancionatoria es la que permite a la Administración (en este caso, el ente regulador) aplicar penalidades por incumplimientos al contrato de concesión, pensamos que en cada caso deberá determinarse previamente el contenido de la pretensión esgrimida por quien aspira a recurrir a la instancia "jurisdiccional" del Ente: si esa pretensión se concreta en la aplicación de una "sanción", no cabrá ya caracterizar a ese procedimiento (ni a esa pretensión) como "jurisdiccional" sino como "sancionatorio", y su resultado será -en caso de prosperar la solicitud del usuario- una "sanción". Una de las consecuencias -al menos, en la medida en que se comparta la tesis sustentada en este trabajo- es que deberían ser diferentes las normas adjetivas que disciplinarán el trámite.

Al contrario, si la pretensión (y la resolución de la controversia) no involucra la aplicación de una "sanción", podrá darse inicio a un procedimiento verdaderamente "jurisdiccional", y sólo entonces el producto de la misma será un acto jurisdiccional de la Administración.

III. LAS NORMAS APLICABLES AL TRÁMITE DEL "PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL" ANTE LOS ENTES REGULADORES

En la actualidad esas disputas se tramitan y resuelven ante los entes reguladores con arreglo a las normas del "procedimiento administrativo común", contenido en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19549 y en su reglamentación aprobada por decreto 1759/1972 (t.o. 1991) [\(16\)](#), donde no se incluyen normas específicas referidas al procedimiento previo al dictado de actos de índole "jurisdiccional" (con la sola excepción del art. 99 RLNPA., que limita la competencia del "superior" en el ámbito del recurso de alzada).

Esta aplicación de las normas de la LNPA. y su reglamentación resulta, por una parte, del art. 71 ley 24065, que prevé que "en sus relaciones con los particulares y con la Administración Pública, el Ente se regirá por los procedimientos establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias, con excepción de las materias contempladas expresamente en la presente ley", y por otra, del art. 65 ley 24076, de contenido prácticamente idéntico [\(17\)](#).

En el ámbito de la industria del gas se ha avanzado -poco- en la elaboración de normas específicas aplicables al procedimiento jurisdiccional, ya que el reglamento de la ley 24076, aprobado por decreto 1738/1992, dispone lo siguiente:

"Arts. 65 a 70. Las disposiciones de la secc. XI del cap. I de la ley serán reglamentadas por el Ente con adecuación a las siguientes reglas y principios:

"... 2) Los procedimientos que adopte el Ente para la solución de controversias o investigación de denuncias establecerán lo necesario para:

"a) impedir la tramitación de denuncias manifiestamente improcedentes, o cuya entidad no justifique el dispendio de actividad administrativa;

"b) acumular en un solo expediente todas las denuncias que puedan tramitar en forma simultánea y que puedan dar lugar a decisiones contradictorias siempre que ello no implique retrotraer el estado de las actuaciones;

"c) evitar que se juzgue al imputado más de una vez por la misma infracción;

"d) las costas y gastos que insuma la impugnación y la defensa corran por su orden...

"7) El Ente dictará las normas de procedimiento que se aplicarán a la resolución de las controversias previstas en el art. 66 de la ley. Ellas podrán incluir requerimientos que procuren la brevedad y síntesis de las presentaciones de los particulares a los efectos de facilitar su consideración por el Ente...

"12) El recurso de alzada no será procedente cuando la controversia se haya planteado entre un prestador y otro sujeto de la ley o de la industria u otro particular, en cuyo caso procederá el recurso previsto en el art. 66 de la ley" (el destacado, en todos los casos, no está en el original).

En cuanto al dictado de las normas de procedimiento referidas en el pto. 7 antes citado, Boullade explica que "mediante resolución Enargas 124/1995 el Ente aprobó 'un procedimiento sumarisimo y descentralizado para la formulación y solución de reclamos por parte de los usuarios del servicio público de distribución del gas natural, frente a hechos y actos de las distribuidoras o subdistribuidoras que afecten o puedan afectar la normal prestación del servicio' (art. 1), delegando el ejercicio de la potestad del art. 66 ley 24076 en la Gerencia de Regiones (art. 2). Por haber soslayado el Ente regulador el procedimiento de participación previa requerido en oportunidad de dictarse la resolución Enargas 2247/2001 (mediante la cual se había modificado el procedimiento de atención de reclamos aprobado por resolución Enargas 124/1995), se produjo su declaración judicial de nulidad. Luego de lo cual, mediante resolución Enargas 2973 del 29/3/2004, el Ente regulador sometió el reglamento anulado al procedimiento de elaboración participativa de normas (decreto 1172/2003), invitando a la ciudadanía a expresar sus opiniones y propuestas" [\(18\)](#).

Este proyecto de reglamento incorpora normas específicas para regular diversos aspectos propios de un procedimiento de naturaleza materialmente "jurisdiccional". Aclara, por ejemplo, que del reclamo se dará "traslado a la prestadora" por diez días (pto. II.B), permite que el interesado retire o retracte su reclamo (pto. III.A), prevé el dictado de "medidas cautelares" (pto. III.E, aunque no agrega ninguna precisión ni limitación al respecto), la realización de audiencias de conciliación (pto. III.F) y la homologación de los acuerdos a los que se arribe (pto. III.F.4), y contempla la aplicación de astreintes (pto. III.I, aunque no nos resulta claro que el Ente tenga competencia suficiente para aplicarlas (nota)).

De todas maneras, si fuese finalmente sancionado, el reglamento sólo responderá parcialmente (y de manera incompleta, a nuestro juicio) a la necesidad de un cuerpo de normas adjetivas propias del "procedimiento jurisdiccional"; y ello, por dos razones: primero, porque se trata de una regulación insuficiente, donde se han omitido muchos temas importantes; y segundo, porque se trata de normas aplicables a los "reclamos de usuarios", que sólo constituyen uno de los tipos de controversias que pueden ser sometidas a la jurisdicción del Ente.

En el ámbito eléctrico, como señala Tawil, "a partir de 1995 existen procedimientos para: i) la formulación y solución de reclamos de los usuarios; ii) la reparación de daños ocasionados a artefactos e instalaciones por fallas en la calidad técnica del suministro; y iii) la reparación de daños ocasionados a los artefactos por fallas en la calidad del producto técnico", que resultan pasibles de las dos objeciones realizadas en el párrafo anterior.

Hecha esta salvedad, continuamos con nuestro análisis.

IV. SOBRE LAS DEFICIENCIAS DE LAS NORMAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN PARA REGULAR EL TRÁMITE JURISDICCIONAL

La premisa que pretende sustentar la conclusión de este artículo es, simplemente, que el procedimiento administrativo común, como "cauce de la función administrativa", resulta -en algunos aspectos- inapropiado como carril para la elaboración de una decisión de naturaleza "jurisdiccional".

La demostración de este postulado, a nuestro juicio, no requiere de mayor esfuerzo: la actividad "administrativa" y la actividad "jurisdiccional" difieren en cuanto a su finalidad, e involucran diferentes tipos de relaciones jurídicas de los particulares, quienes también se encuentran frente a la autoridad administrativa de un modo diferente en uno y otro caso. Por lógica consecuencia, es igualmente diferente el producto de ambas actividades (acto "administrativo" y "acto jurisdiccional", respectivamente), tal como lo explicáramos al comienzo de este trabajo.

Sucintamente, puede decirse que el "procedimiento administrativo", como "cauce de la función administrativa", disciplina los pasos necesarios para que la Administración arribe al dictado de un acto administrativo válido, cumpliendo de este modo con su cometido específico: el ejercicio de la "función administrativa". Sin perjuicio de las imprescindibles garantías que resguardan los derechos de los particulares, el foco -al momento de regular el trámite- está colocado en la "actividad administrativa" que lleva a cabo el órgano u organismo que conduce el procedimiento. Por eso Canosa ha podido decir que en el procedimiento administrativo "no existe ni contradicción ni debe existir imparcialidad; en el procedimiento administrativo no se debe dictar una sentencia sino que únicamente debe ser tomado como la forma anterior obligatoria al dictado del acto administrativo" (20).

Al contrario, en el "procedimiento jurisdiccional" la protagonista es la controversia entre particulares, que -por la presencia de ciertas características excepcionales- debe ser resuelta por un órgano u organismo administrativo, y no por un juez del Poder Judicial. Existe también aquí la necesidad de atender a un "interés administrativo" (si se permite la expresión), pues de otro modo seguramente el tema sería resuelto por los jueces comunes, pero no puede ser esa circunstancia la que determine la índole de las normas adjetivas. Por sobre ese "interés administrativo" existen derechos y obligaciones recíprocos de particulares que se encuentran en conflicto entre sí (y no con la Administración), y es justamente el adecuado resguardo de esos derechos (en un marco de igualdad) el norte con el cual, a nuestro juicio, se deberían alinear las normas del procedimiento.

Por todo lo expuesto es que postulamos que los "procedimientos jurisdiccionales" -en el caso, aquellos que se tramitan ante los entes reguladores del gas y la electricidad- deberían ser objeto de una regulación específica que contemple sus particularidades propias y, principalmente, el necesario respeto a la igualdad de las partes de la controversia.

V. ASPECTOS A INCLUIR EN UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA

Entre otros aspectos, el régimen de procedimiento especial que proponemos de lege ferenda debería incluir disposiciones sobre las materias y cuestiones que a continuación se exponen.

a) La vigencia del principio dispositivo y los consecuentes límites a los principios de "oficialidad" y "verdad material"

En el procedimiento administrativo, donde el foco -como lo señaláramos antes- está claramente puesto en la mejor consecución de la actividad administrativa, la presencia de los principios de "oficialidad" y "verdad material" es casi inevitable, desde que no cabría suponer que el interés público involucrado en el adecuado ejercicio de la función administrativa quede supeditado al impulso de particulares, o limitado por sus presentaciones o alegaciones.

En el proceso judicial, en cambio, donde se dirimen derechos de particulares frente a un tercero imparcial, es igualmente inevitable un cierto ámbito de vigencia del principio "dispositivo", en virtud del cual son las partes -no el juez- quienes tienen libertad para iniciar y activar el trámite, así como determinar y circunscribir su objeto, del modo en que lo crean más conveniente y dentro de ciertos límites.

En este sentido, tal vez el "procedimiento jurisdiccional" frente a la Administración pueda ser caracterizado como un *tertius genus* entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial que obliga a trazar una línea entre estos principios de sentido opuesto, matizando su aplicación en distintos institutos (21).

Es así que, por un lado, al tratarse de una controversia entre particulares, debería reconocerse a éstos una cierta capacidad de "disposición" sobre el objeto del trámite y su impulsión: por ejemplo, no parece imaginable que el Ente pueda "iniciar de oficio" (es decir, sin la voluntad de las partes) un trámite jurisdiccional de solución de controversias.

Sin embargo, por otro lado ya hemos dicho que existe un cierto "interés administrativo" en la controversia (pues de otro modo no se justificaría que la misma fuera resuelta por la Administración), y por ese mismo motivo la decisión a la que se arribe reviste

un cierto "interés público". Es por ello que nos inclinamos a pensar que este interés habilita a la autoridad administrativa (en el caso, a los entes reguladores) una cierta morigeración del principio dispositivo que, por ejemplo, justificaría la aplicación a estos trámites de la excepción prevista en el art. 1 .e.9 LNPA. (22).

b) La limitada vigencia del principio "antiformalista" o "informalismo" a favor del administrado

Este principio, que permite a los administrados la excusación de las formas no esenciales, despliega toda su indudable utilidad (y justicia) en los procedimientos que involucran a la Administración, en ejercicio de la función administrativa, frente a particulares cuyos derechos pueden verse afectados por las prerrogativas propias de la autoridad. Al contrario, en una controversia en la que se dirimen derechos y obligaciones de particulares, la admisión del "informalismo" debe ser cuidadosamente ponderada para no vulnerar la igualdad.

Aun con esta prevención, en nuestra opinión deberían reconocerse -en el trámite de naturaleza "jurisdiccional"- todas las ventajas del informalismo (obviamente, a ambas partes) en la estricta medida en que su observancia no acarree un perjuicio irreparable a la contraparte (23).

Al respecto, Aguilar Valdez ha explicado que "vale para el ENRE. lo resuelto por la sala 4ª de la C. Nac. Cont. Adm. Fed., en la causa 'Carlos, Miguel Á. v. Resolución MJ. 142/1996 Enargas' en el sentido de que, aun en los procedimientos administrativos denominados jurisdiccionales, rige el principio del informalismo o del informalismo moderado que impide la aplicación directa de las normas del proceso civil, agregando la garantía de la audiencia previa contemplada en la ley 19549 ". La conclusión de este autor -que compartimos- es que "parece razonable que, en virtud del carácter contradictorio de los procedimientos, rija el informalismo moderado con función garantística del principio de igualdad" (24).

c) Los recursos administrativos admisibles contra el "acto jurisdiccional" y el efecto suspensivo de los mismos

El art. 76 ley 24065 (25) establece que "las resoluciones del Ente podrán recurrirse por vía de alzada, en los términos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias. Agotada la vía administrativa procederá el recurso en sede judicial directamente ante la C. Nac. Cont. Adm. Fed."

El artículo reglamentario prevé que será la Secretaría de Energía la encargada de resolver ese recurso de alzada, y que ese órgano -a efectos de determinar el alcance del control, de acuerdo con lo previsto en el art. 99 RLNPA.- debe previamente determinar si el acto reviste naturaleza jurisdiccional (26). Esto ratifica que los actos jurisdiccionales también están sometidos al control de alzada, según la ley (y al contrario de lo que ocurre en la regulación de la industria del gas) (27).

En nuestra opinión, las estrictas pautas referidas por la Corte Suprema en el fallo "Ángel Estrada" para justificar la constitucionalidad de la atribución de funciones jurisdiccionales al ente regulador no son compatibles con la vigencia del recurso de alzada (aun limitado a los términos referidos en el art. 99 RLNPA.) a cargo de la Secretaría de Energía.

En cualquier caso, los recursos y remedios administrativos o judiciales contra el acto jurisdiccional deberían concederse, como regla, con efecto suspensivo. Ello es también consecuencia de su naturaleza: en la medida en que se trata de la decisión de una controversia que involucra derechos de terceros ajenos a la Administración, el interés público en su ejecución no está presente con la misma intensidad que en el acto administrativo, caso en el que la solución contraria se ha justificado para no paralizar la marcha de la Administración. De otro modo, además, el acto jurisdiccional de la Administración, aun recurrido, tendría más valor que el acto jurisdiccional análogo dictado por el Poder Judicial (es decir, la sentencia de primera instancia pendiente de recurso), lo que no parece lógico.

A nuestro juicio, de ser necesario para resguardar adecuadamente el interés público que pueda verse comprometido en la suspensión de la decisión, debería analizarse la posibilidad de facultar al órgano encargado de la decisión (en el caso, el ente regulador) o a cargo de la revisión del acto en ejercicio del control de tutela (aquí, la Secretaría de Energía) la posibilidad de limitar, en un caso particular, y con la debida justificación (sujeta a su vez a control administrativo y judicial suficiente), el efecto "suspensivo" de los recursos administrativos que, como hemos postulado, debería ser la regla en el caso de actos de contenido jurisdiccional.

Cabe advertir que no es ésta la solución legal vigente en la actualidad, ni tampoco la posición del ente regulador de la electricidad, quien en su resolución ENRE. 113/2005 ha señalado que "respecto de la presunción de legitimidad del acto, la LPA. no efectúa distinción alguna entre los actos administrativos, y en tal sentido dice genéricamente que 'el acto administrativo', esto es, todos los actos administrativos, gozan de presunción de legitimidad y su fuerza ejecutoria autoriza a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. En el caso, ni el marco regulatorio estipulado por la ley 24065 ni sus disposiciones reglamentarias, contemplan una solución distinta a la general prevista en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos ".

A continuación también señaló el Ente que "el art. 12 Ley de Procedimientos Administrativos es claro cuando dice que la suspensión de los actos administrativos son por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado cuando se alegare una nulidad absoluta", y como "ninguno de estos tres preceptos fueron alegados en la causa o bien deducidos de oficio por este organismo", el organismo rechazó conceder efecto suspensivo al recurso.

d) Otras cuestiones

Finalmente, entre otras cuestiones que justificarían un análisis y -en su caso- una regulación específica mencionamos las siguientes:

i) el régimen de las "medidas cautelares" en sede administrativa, incluyendo, de considerárselas admisibles, la previsión de los medios para hacer efectivas las mismas (que puede requerir la ejecución por vía judicial (nota));

ii) la inaplicabilidad, en principio, del régimen del "silencio administrativo" con sentido negativo, ya que las partes de la controversia tienen derecho a una resolución expresa, y no parece razonable interpretar que el silencio beneficie a una u otra de ellas;

iii) la inconveniencia de asignar efecto suspensivo a la "vista" del expediente, para evitar dilaciones innecesarias;

iv) el régimen de intervención de los "terceros interesados", su legitimación (29) y la ardua cuestión de la extensión de los efectos del acto jurisdiccional a los mismos (30);

v) la necesidad de sustanciar adecuadamente todas las presentaciones (por ejemplo, la ampliación de fundamentos de los recursos, a la que también debería ponerse un límite razonable);

vi) la admisibilidad de excepciones previas y su régimen.

Aunque no se trata de materias vinculadas al "procedimiento" (tal el tema de este trabajo), no queremos terminar sin señalar también que la naturaleza particular del "acto jurisdiccional" obliga a reflexionar acerca de la conveniencia de regular también -de manera diferente de la regulación vigente para el "acto administrativo"- otras cuestiones tales como la "presunción de legitimidad" y "fuerza ejecutoria" del acto, el alcance de su control judicial, el efecto -suspensivo o interruptivo- de las acciones judiciales de nulidad y la legitimación pasiva en esas acciones, entre otras cuestiones de interés.

VI. REFLEXIONES FINALES

Como puede verse, son varios los aspectos vinculados a la "actividad jurisdiccional de la Administración" que continúan demandando una reflexión crítica de la doctrina y la jurisprudencia para contribuir a perfilar con nitidez los contornos de su régimen jurídico, en un modo que permita, al mismo tiempo, el resguardo de los derechos de usuarios y administrados y la adecuada consecución de las finalidades administrativas vinculadas a la prestación del servicio público.

Para concluir, no parece exagerado señalar que se trata de uno de los desafíos pendientes de la regulación económica en materia de servicios públicos.

NOTAS:

(1) En el mismo sentido se ha pronunciado Tawil, para quien "la aplicación [al procedimiento de naturaleza jurisdiccional] de disposiciones propias del procedimiento administrativo resulta insuficiente y limita las garantías de quienes participan en tales procesos" (Tawil, Guido S., "El procedimiento administrativo ante los entes reguladores", en AA.VV., "Procedimiento administrativo", jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. Ciencias de la Administración, p. 253 y ss., esp. pto. II, p. 266).

(2) Cabe recordar que el art. 2.a LNPA., bajo el título de "Paulatina adaptación de los regímenes especiales al nuevo procedimiento", dispuso facultar al Poder Ejecutivo a "sustituir las normas legales y reglamentarias de índole estrictamente procesal de los regímenes especiales que subsistan, con miras a la paulatina adaptación de éstos al sistema del nuevo procedimiento... La presente ley será de aplicación supletoria en las tramitaciones administrativas cuyos regímenes especiales subsistan". Sin perjuicio de compartir la necesidad de unificar el trámite de todos los procedimientos administrativos derogando los regímenes especiales (objetivo del que aún estamos lejos), creemos que en esta unificación no deben incluirse las normas que disciplinan los procedimientos jurisdiccionales. Lo mismo parece haber resuelto el Poder Ejecutivo, ya que el decreto 1155/1997 (LA 1997-D-3901), actualmente vigente, dispone que "continuarán en vigencia los procedimientos administrativos especiales que regulen las siguientes materias:... procedimientos ante tribunales administrativos" (conf. art. 1.h).

(3) Seguimos aquí a Cassagne, quien -refiriéndose a los actos jurisdiccionales- señala que "la realidad legislativa y jurisprudencial ha impuesto su reconocimiento, obligando a diferenciar el régimen del acto jurisdiccional de la Administración del acto administrativo, el cual es substancialmente distinto" (Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo", t. II, 2002, Ed. LexisNexis, p. 84). Para un análisis completo consultar, además, la excelente obra de Bianchi, Alberto "La regulación económica", t. I, 2001, Ed. Ábaco.

(4) En nuestra opinión, entonces, la existencia de una controversia entre sujetos externos al órgano administrativo es ineludible para que exista función materialmente jurisdiccional en este ámbito. Por tal motivo disentimos -con el natural respeto- con aquellos que proponen que la aplicación de sanciones (para nosotros, típica actividad administrativa, que resulta del ejercicio de la potestad sancionatoria) puede ser un supuesto de decisión jurisdiccional.

(5) Explica Aguilar Valdez que "Sarmiento García, al caracterizar la función jurisdiccional, distingue entre independencia -que implica que el Ente no está sujeto a órdenes en el cumplimiento de su función- e imparcialidad -es decir, que no sacrifica la justicia a ninguna consideración-, motivo por el cual le niega carácter jurisdiccional a la función de resolución de controversias encomendadas a los entes reguladores". Conf. Aguilar Valdez, Oscar, "Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos. Algunas precisiones sobre la resolución administrativa de conflictos en materia de regulación", en AA.VV., "Servicios públicos", publicación de las II Jornadas Internacionales sobre Servicios Públicos, Ed. Díké, p. 57 (con cita de Sarmiento García, Jorge H., "Concesión de servicio público", p. 171).

(6) Esto ocurre porque, a diferencia del Poder Judicial, que tiene atribuida primordialmente la función de decidir controversias, el ente regulador concentra una variedad de competencias materiales que corresponden a las funciones administrativa, legislativa y jurisdiccional (a tal punto que Bianchi, en una ilustrativa expresión, los ha caracterizado como "pequeños Estados"). Sólo muy excepcionalmente, entonces, el Poder Judicial se encontrará resolviendo una controversia por aplicación de soluciones definidas por él mismo (vgr., en plenarios o acordadas), situación que en los entes reguladores es mucho más común. Sobre esta cuestión ver también Aguilar Valdez, Oscar, "Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos. Algunas precisiones sobre la resolución administrativa de conflictos en materia de regulación" cit., ps. 32/33 y ss.

(7) A tal punto, que la controversia debe necesariamente versar sobre algún asunto estrechamente vinculado con el servicio público cuya regulación y control se encomendó al Ente (doctrina del fallo "Ángel Estrada y Cía. S.A. v. Resolución Secretaría de Energía y Puertos 71/1996", que puede consultarse). Es que, precisamente, es esta estrecha relación la que permite la excepcional intervención de un organismo administrativo como "autoridad jurisdiccional". Como señaló Aguilar Valdez, "el Ente carece de toda imparcialidad frente al conflicto en sí mismo considerado y frente a la solución que se alcance con la resolución del mismo" (Aguilar Valdez, Oscar, "Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos. Algunas precisiones sobre la resolución administrativa de conflictos en materia de regulación" cit., p. 57). Para un análisis profundo de las razones que conducen a atribuir facultades jurisdiccionales al ente regulador ver otro trabajo del mismo autor, "Notas sobre los procedimientos

administrativos de resolución de controversias entre agentes de la industria por parte de los entes reguladores de servicios (con especial referencia al caso del ENRE.)", en AA.VV., "Procedimiento administrativo" cit., p. 269 y ss.

(8) De otro modo, se tratará simplemente de la actividad administrativa consistente en resolver recursos (cuya existencia, en última instancia, revela la presencia de una controversia entre un administrado y la propia Administración).

(9) Bielsa y Marienhoff, entre otros, se han referido a la resolución de recursos por medio de actos administrativos como una actividad jurisdiccional (Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo", t. I, 1955, Ed. Depalma, p. 242; Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, 1995, Ed. Abeledo-Perrot, ps. 700/701, n. 239), atendiendo al hecho de que, en ejercicio de esa actividad, la Administración "decía el derecho" en un caso concreto (tal el significado etimológico de la voz "jurisdicción"). Aun cuando, en última instancia, es cierto que la existencia de un recurso revela la presencia de una "controversia" entre un particular y la Administración (y que esa controversia será "resuelta" al decidirse la suerte del recurso), en nuestra opinión, la resolución de recursos administrativos traduce el ejercicio de la función administrativa, y estos actos son simples actos administrativos. Entre otras razones, porque la Administración al resolver el recurso contra un acto suyo anterior no actúa con el propósito principal de dirimir una controversia o resolver un conflicto preexistente, sino impulsada por la necesidad de continuar el ejercicio de la misma función administrativa (con el cometido específico de que se trate en cada caso) que motivó el dictado del acto.

(10) Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo" cit.

(11) Ambas normas pueden consultarse por su número en infoleg.gov.ar.

(12) Ver, por todos, los trabajos agrupados en JA 2005-III-143, y las citas allí incluidas.

(13) Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo" cit., t. II, p. 86.

(14) Puede consultarse en www.enre.gov.ar.

(15) No está de más recordar que, para muy prestigiosos autores como Sarmiento García, Muñoz y Aguilar Valdez la presencia de atribuciones de "regulación" o "normativas" impiden caracterizar al órgano como un "tribunal administrativo" (conf. Aguilar Valdez, Oscar, "Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos. Algunas precisiones sobre la resolución administrativa de conflictos en materia de regulación" cit., p. 59). Recordamos que, en nuestra opinión, aun admitiendo que no se les aplique la denominación de "tribunales administrativos" (por la multiplicidad de sus funciones), los entes reguladores ejercen "función jurisdiccional", y ésta es diferente de la "función administrativa".

(16) Tawil señala que "a diferencia de lo ocurrido en los Estados Unidos, la presencia de un sistema uniforme de procedimientos administrativos se encontraba ya suficientemente consolidado en la Argentina al aparecer los entes reguladores tales como el ENRE., el Enargas, la CNC. o el ETOSS. Como consecuencia de ello, los marcos regulatorios de los nuevos entes administrativos previeron la aplicación en su ámbito de la ley 19549 de Procedimiento Administrativo" (Tawil, Guido S., "El procedimiento administrativo ante los entes reguladores" cit., p. 253 y ss.).

(17) Así es que, por ejemplo, frente a la presentación de un reclamo de daños y perjuicios promovido por un usuario contra la concesionaria, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (resolución ENRE. 59/1996) decidió que correspondía tener "...por recibido el reclamo y se hace saber a las partes que el mismo será tramitado de acuerdo a las normas de la ley 19549 y su decreto reglamentario 1759/1972 t.o. 1991 (art. 71 ley 24065), y supletoriamente por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación". En el mismo acto se intimó al usuario a denunciar domicilio real y constituir especial, precisar el objeto del reclamo, el monto reclamado y acompañar prueba documental y ofrecer los restantes medios. Luego se dio traslado de todo ello a la distribuidora por diez días.

(18) Boullade, Gustavo, "La competencia de los entes reguladores de servicios públicos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sus límites", en JA 2005-III-143, "El caso 'Ángel Estrada'".

(19) Coincidimos en este punto con la conclusión de Boullade (ver su trabajo citado en la nota anterior), en contra de lo resuelto por la C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, en su sent. del 9/5/2002 ("Gas Natural Ban S.A. y otro v. Resolución Enargas 303/2000 ").

(20) Canosa, Armando, "El procedimiento como elemento del acto administrativo", en "Acto administrativo y reglamento", publicación de las jornadas organizadas por la Universidad Austral, 2001, Ed. RAP.

(21) En definitiva, en toda esta cuestión no deberá olvidarse que, como bien señaló Aguilar Valdez, "las especiales modalidades de esta clase de procedimientos merecen un detallado análisis a fin de permitir por un lado, la vigencia de las garantías de los particulares intervinientes en los mismos, y por otro, la necesidad de permitirle al ente regulador el dictado de la decisión regulatoria que resulte más eficaz para el logro de sus cometidos" (Aguilar Valdez, Oscar, "Notas sobre los procedimientos administrativos de resolución de controversias entre agentes de la industria por parte de los entes reguladores de servicios [con especial referencia al caso del ENRE.]", en AA.VV., "Procedimiento administrativo" cit.).

(22) Donde se permite al órgano exceptuar de la caducidad a los trámites "que la Administración considerare que deben continuar por sus particulares circunstancias o por estar comprometido el interés público".

(23) Algo de esto ocurre también en el arbitraje y los demás procedimientos alternativos de solución de controversias, donde las formas revisten una importancia menor que en el proceso judicial y la "preclusión" es menos estricta (vgr., posibilidad de réplicas y dúplicas, plazos flexibles para ofrecer pruebas, etc.).

(24) Aguilar Valdez, Oscar, "Notas sobre los procedimientos administrativos de resolución de controversias entre agentes de la industria por parte de los entes reguladores de servicios (con especial referencia al caso del ENRE.)" cit.

(25) Dentro del capítulo "Procedimientos y control jurisdiccional".

(26) Así lo ha hecho la Secretaría, por ejemplo, en las resoluciones SE. 241/1995 y 673/1999 , entre muchas otras.

(27) Conf. Tawil, para quien "de conformidad a lo establecido en la ley 24065 las resoluciones del ENRE. adoptadas tanto en ejercicio de la función materialmente administrativa como jurisdiccional son recurribles por vía de alzada ante la Secretaría de Energía", mientras que en el ámbito del gas "las decisiones que se adoptan en este procedimiento son consideradas de naturaleza

jurisdiccional, no resultando pasibles de recurso de alzada -a diferencia de lo que acontece en materia eléctrica- sino únicamente del recurso directo ante la Cámara..." (Tawil, Guido S., "El procedimiento administrativo ante los entes reguladores" cit., p. 253 y ss.).

(28) En su resolución ENRE. 906/1999 el ente eléctrico señaló "que el Ente carece de facultades para proceder por sí a la ejecución de las resoluciones que dicta en ejercicio de su función jurisdiccional, debiendo el interesado, en caso de incumplimiento, recurrir a los tribunales competentes". Sin perjuicio de ello, añade a continuación, "el departamento interviniente inició con fecha 20/6/1996 un procedimiento sancionatorio contra la distribuidora por incumplimiento de la mencionada resolución". Cabe preguntarse acerca de la legitimidad de esta "ejecución impropia" de las decisiones jurisdiccionales, técnica a la que también han recurrido otros organismos administrativos imposibilitados -por imperativo constitucional- de hacer cumplir por sí la decisión.

(29) Hemos dicho en otro trabajo, en una conclusión que resulta aplicable a cualquier procedimiento jurisdiccional en sede administrativa, que "Tratándose de un procedimiento de naturaleza 'jurisdiccional', no parece posible habilitar la participación de todo aquel que alegue un 'interés legítimo' (tal como es la regla en el procedimiento administrativo), pues -en principio- la legitimación corresponde exclusivamente a las 'partes' de ese conflicto en particular" (Durand, Julio C. y Rocha Pereyra, Gerónimo, "La creación del tribunal administrativo de los servicios públicos de competencia nacional", Revista de Derecho Administrativo, n. 51, secc. Doctrina, Ed. LexisNexis, p. 178.

(30) Ver, al respecto, el trabajo de Aguilar Valdez, Oscar "Notas sobre los procedimientos administrativos de resolución de controversias entre agentes de la industria por parte de los entes reguladores de servicios (con especial referencia al caso del ENRE.)" cit.