

## ÁNGEL ESTRADA<sup>1</sup> (2005)

1. Esta nota suaviza, a propósito de *Ángel Estrada* (2005),<sup>2</sup> el pesimismo que expresé en ocasión de *Bustos*.<sup>3</sup>

2. Intentaré simplificar, aunque siempre habrá lecturas divergentes.<sup>4</sup> Destaco que la Corte cita uno de los brillantes trabajos de JORGE TRISTÁN BOSCH, quien

<sup>1</sup> Publicado originalmente en *JA*, número especial, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica*, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, año I, n° 2, mayo-agosto de 2005, México, 2005, pp. 307-311 y en <http://www.fomujad.org/publicaciones/res%20publica/numero2/15.pdf>.

<sup>2</sup> MARIO REJTMAN FARAH destaca el progreso de puntualizar jurisdicción administrativa por tribunales administrativos imparciales e independientes: “La independencia de los entes reguladores como requisito para el ejercicio de sus competencias,” en este mismo suplemento especial, quien recuerda el énfasis de FALLETTI, N. ATILIO, “Un caso con potencial aprovechado en parte,” *LL*, *SJDA*, 2005/05/27. No comparten nuestro optimismo con este fallo, entre otros, GARCÍA SANZ, AGUSTÍN, “Limitación de responsabilidad y servicios públicos: cuando el sol es más grande que la mano (Notas al margen del fallo “Estrada”),” *LL*, *SJDA*, 2005/07/21. Compartimos, con todo, algunas de sus insatisfacciones: “La empresa Angel Estrada obtuvo —luego de diez años de trajín— una decisión de Corte que no agota la pretensión planteada y apenas llega a delimitar el terreno en el cual la disputa tendrá lugar y quién será el juez competente para dirimirla. Este derrotero inicial vendrá seguido de largos años de un juicio de conocimiento pleno que desembocará, casi con certeza, en un nuevo pronunciamiento del Máximo Tribunal.” Otra de sus insatisfacciones, que comparto, es cómo queda el sistema regulatorio. Pero la lectura que hacemos de *Ángel Estrada* enfatiza más bien el derrotero de los tribunales administrativos imparciales e independientes, sujetos a control judicial pleno.

<sup>3</sup> “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” *LL*, 2005-A, pp. 905-921; reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp.269-296. La rectificación es para el presente y, esperanzadamente, para el futuro, pues estos nuevos fallos parecen mostrar la CSJN que esperábamos, no la que tuvimos en esos primeros pasos inciertos que comentamos en aquel artículo.

<sup>4</sup> Recuerda REJTMAN FARAH, “La independencia...,” *op. loc. cit.*, que “seguimos a veces regodeándonos en un inconducente debate alrededor de un tema que ha quedado ya aclarado;” o como dice LUQUI, ROBERTO ENRIQUE, *La revisión judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Astrea, 2005, tomo I, p. 73, “no obstante las aparentes discrepancias, la mayoría de los autores sostienen lo mismo, aunque con distintas palabras.” El problema no es sólo la tinta y el papel que se gasta, sino las acrobacias que debe pasar el lector para verificar que en realidad los autores están de acuerdo aunque afirmen todo lo contrario.

primero advirtiera algunas viejas confusiones argentinas.<sup>5</sup> Su mención por el tribunal es toda una novedad y toda una definición de los nuevos aires que corren, rectificando otros errores del pasado y orientando el camino futuro. Su importancia es capital.

3. Lo esencial que surge del fallo es: La administración *activa* no puede, constitucionalmente, ejercer jurisdicción administrativa, ni siquiera sujeta a revisión judicial;<sup>6</sup> pero sí se pueden establecer *tribunales administrativos, imparciales e independientes*,<sup>7</sup> cuya función sea ejercer jurisdicción administrativa sujeta a revisión judicial plena.<sup>8</sup>

No se trata de reconocer jurisdicción a la administración *activa*, sino a *tribunales administrativos imparciales e independientes*, separados de la administración activa, en tanto tengan control judicial pleno.

4. Sin duda los entes reguladores deben ser imparciales e independientes, y hasta pueden parecer—como advirtió BIANCHI—<sup>9</sup> un pequeño Estado, pero no

<sup>5</sup> Además del libro citado por la Corte, cabe especialmente recordar su liminar y brillante “Lo contencioso administrativo y la Constitución nacional,” *LL*, 81: 830-842.

<sup>6</sup> Así lo hemos entendido desde “Acerca de la revisión judicial de los actos administrativos (Confusiones que origina «lo contencioso-administrativo»),” *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1965-III, p. 111 y ss., posición que hemos mantenido hasta el presente, en el *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte general*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª ed.; México, Porrúa-UNAM-FDA, 2004, 9ª ed., cap. IX, “Las funciones del Poder,” § 8 a 19.

<sup>7</sup> Ver en tal sentido REJTMAN FARAH, “La independencia...,” *op. cit.*, quien señala que “el otorgamiento de facultades a organismos administrativos para resolver este tipo de conflictos requiere, además de los requisitos y condiciones exigidos en «Fernández Arias» que esté asegurada la debida «independencia e imparcialidad» de tales órganos las que – según se desprende del fallo – no le reconoce a los entes reguladores.” En igual sentido GARCÍA SANZ, “Limitación...,” *LL*, SJDA, 2005/07/21; MORA, ROBERTO, “Una de cal y otra de arena (a propósito del fallo «Angel Estrada y Cía. S.A.»),” *LL*, SJDA, 2005/05/27, p. 20; FALLETTI, “Un caso...,” *LL*, SJDA, 2005/05/27; MONTALDO, MARCELO A, “La inconstitucionalidad de una reforma a la luz de lo dispuesto en un reciente fallo de la Corte Suprema,” *LL*, SJDA, en prensa.

<sup>8</sup> Lo hemos sostenido desde hace tiempo: “Tribunales administrativos o tribunales judiciales en materia fiscal o administrativa en América Latina,” en el libro *Memorias del Primer Congreso Internacional de Justicia Fiscal y Administrativa*, t. V, México, Tribunal Fiscal de la Federación, 1982, p. 179 y ss.; también publicado como cap. II del libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, un volumen de 137 pp.; reproducido como “Tribunales administrativos,” *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XXIII, n° 41, La Plata, 1981, pp. 81-106. En la actualidad lo hemos desarrollado en “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en Universidad Austral, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32; “Simplification of Administrative Procedure: The Experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, en prensa; “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos,” *LL*, 2005-A, 23.

<sup>9</sup> Ver, entre otros interesantes trabajos suyos, BIANCHI, ALBERTO B., *La regulación económica*, Buenos Aires, Ábaco, 2001 y sus artículos en *ED*, 29-IX-2000 y *JA*, 2001-IV, 248.

pueden ser un Estado absolutista, sin división de poderes, frenos ni contrapesos. Sus órganos directivos no deben concentrar al mismo tiempo las tres funciones del Estado; se requieren tribunales administrativos que sean independientes e imparciales *también en relación a ellos*.<sup>10</sup> Los organismos internacionales podrían ser, en tamaño grande,<sup>11</sup> una buena imagen en la cual inspirarse al efecto.<sup>12</sup>

5. El derecho constitucional y administrativo argentino ha sido consistente y progresivo en esto, desde *Fernández Arias* hasta *Ángel Estrada*, aunque siempre se pueden encontrar variantes y vacilaciones. La inspiración es norteamericana,<sup>13</sup> pero buena parte de nuestra doctrina no ha resignado el uso del idioma francés castellanizado,<sup>14</sup> a pesar que en el sistema francés la administración activa *no* ejerce jurisdicción administrativa y que hay en todo caso tribunales administrativos, imparciales e independientes, que la ejercen *sin* revisión judicial. Nada tiene que ver ese derecho y lenguaje francés con nuestro sistema,<sup>15</sup> pero hay publicaciones locales con infinitas combinaciones franco-argentinas, ahora con

<sup>10</sup> Comp. REJTMAN FARAH, "La independencia...", *op. cit.*, quien señala que "el desafío que plantea «Ángel Estrada» es contar en el futuro con tribunales administrativos [...] los que necesariamente deberán tener aseguradas, para ejercer tales funciones, su imparcialidad e independencia." Hemos omitido de la cita aquella parte de su razonamiento ("u órganos reguladores y de control") de la cual nos apartamos por las razones expuestas en el texto.

<sup>11</sup> Aunque los hay, por cierto, también de tamaño reducido: AITIC, Agency for International Trade Information and Cooperation, con una decena de personas, sometió sus conflictos al tribunal administrativo de la OIT.

<sup>12</sup> Esto se puede apreciar viendo algo de su dinámica de frenos y contrapesos, por ejemplo en nuestro trabajo "The Administrative Law of International Organisations: Checks and Balances in Law Making. The Case of Discrimination," en preparación, Grecia, Septiembre de 2005, de futura publicación en *European Review of Public Law*.

<sup>13</sup> MAIRAL, HÉCTOR A., *Control Judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1984, t. II, p. 713 y ss.; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000; comp. D'ARGENIO, INÉS, *La Justicia Administrativa en la Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003; TAWIL, GUIDO S., *Administración y Justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. II, p. 133 y ss. Es curioso que a pesar de que la Corte expresamente invoca la jurisprudencia norteamericana, hay autores que consideran que está inapropiadamente recordada en el fallo y resulta a juicio de ellos inaplicable: COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, "¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso «Ángel Estrada»)," *ED*, 29-IV-2005, pp. 11-19. Ver también nota siguiente.

<sup>14</sup> Clásicamente MARIENHOFF y su continuador CASSAGNE, JUAN CARLOS, "Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso "Ángel Estrada"), *LL*, 2005/06/09, p. 1, aunque ahora el segundo autor mencionado se inclina más por el derecho español, especialmente el *Curso de Derecho Administrativo* de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. En algún caso hasta el título de la obra muestra influencia francesa, por ejemplo LAFERRIÈRE: GARCÍA PULLÉS, FERNANDO, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004. Los autores argentinos suelen preferir, en cambio, referirse al control judicial de la actividad administrativa, como MAIRAL, REJTMAN FARAH, D'ARGENIO, LUQUI, etc., que citamos en este comentario. Otra variante niega la aplicabilidad de la fuente norteamericana invocada por la CSJN y también la francesa y se inclina por el resto del derecho continental europeo, que reputa más científico: COVIELLO, *op. loc. cit.*

<sup>15</sup> Es la permanente confusión por recurrir a fuentes que no son las de nuestro derecho, como lo señalamos una vez más, recientemente, en nuestros comentarios a la edición argentina del *Curso de Derecho Administrativo* de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, Buenos Aires, La Ley, 2005, en prensa.

una creciente dosis de terminología hispánica, para perplejidad y desasosiego del lector no experimentado.<sup>16</sup>

6. La interesantísima profusión de notas y comentarios sobre *Ángel Estrada*<sup>17</sup> demuestra su impacto. El camino después de *Ángel Estrada* es, para nosotros, la creación de tribunales administrativos imparciales e independientes,<sup>18</sup> también independientes de los entes reguladores. (A su vez independientes.)

<sup>16</sup> El lector experimentado sabe que, ni aún leyendo *full time* toda su vida, alcanza a leer todo lo que se publica durante ella. Debe, pues, aprender a usar su tiempo en forma racional y seleccionar lo que lee. Nos remitimos a § 20, “Enfatizando cuestiones de método,” cap. VIII-26/34 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.* y a las demás lecturas metodológicas sugeridas en nuestros comentarios al cap. XXVI del *Curso de Derecho Administrativo* de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, Buenos Aires, La Ley, 2005, en prensa.

<sup>17</sup> Por cierto, hay más notas al fallo y seguramente las habrá muchas más aún. Es saludable. Cabe destacar las múltiples contribuciones previas de BIANCHI, ya citadas, y las de AGUILAR VALDEZ, COMADIRA, etc., que los distintos trabajos citados a su vez referencian.

<sup>18</sup> Entre otros, “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UA, Organización administrativa, función pública y dominio público, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos,” LL, 2005-A, 23.