
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL COMAHUE.
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN
DERECHO ADMINISTRATIVO. 2^{da} EDICIÓN**

**LAS POTESTADES JURISDICCIONALES DE LA
ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO
DEL RÉGIMEN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

AUTOR: LUIS A. QUILES

INDICE

I)	INTRODUCCIÓN.....	1
II)	CONCEPTO DE ACTIVIDAD JURISDICCIONAL.....	3
III)	EL SISTEMA EN ESTUDIO.....	7
	III.1) El aspecto sustancial de las potestades jurisdiccionales de la Dirección Provincial de Defensa del Consumidor. Art. 40 bis de la Ley 24. 240.....	7
	III.2) La revisión judicial de las resoluciones emitidas por la Dirección de Defensa del Consumidor en el ámbito de la Provincia del Neuquén. Ley provincial n° 2268.....	10
IV)	LAS POTESTADES JURISDICCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN.....	11
	IV.1) Distintas posturas en doctrina.....	11
	IV.2) Evolución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	16
	IV.2.a) Primer Etapa.....	16
	IV.2.b) Segunda Etapa.....	17
	IV.2.c) Tercer Etapa.....	19
	IV.2.d) Cuarta Etapa.....	22
V)	INTERPRETACIÓN PERSONAL.....	24
	V.1) ¿Qué es la “jurisdicción administrativa”? Visión finalista.....	24
	V.2) Las normas constitucionales en juego.....	26
	V.3) El principio republicano de división de poderes y el Art. 109 de la Constitución Nacional.....	28
	V.3.1) Versión francesa.....	29
	V.3.2) Versión anglosajona.....	29
	V.3.3) Sistema argentino. Implementación.....	30
	V.3.3.1) Reparos a la utilización de jurisprudencia francesa y americana como guía de interpretación en la materia en estudio.....	30
	V.3.3.2) Legalidad y eficacia.....	31
	V.3.3.3) El art. 42 de la C.N. no modifica el contenido de los arts. 18 y 109 de la Carta Magna.....	34

V.3.3.4) La Dirección Provincial de Defensa del Consumidor carece de los atributos de imparcialidad e Independencia.....	3
5	
V.4) El principio de especialidad y la doctrina del caso “Ángel Estrada”.....	36
V.5) La Constitución de la Provincia del Neuquén.....	38
V.6) La garantía de la tutela judicial efectiva.....	39
V.6.1) Derecho a la jurisdicción.....	40
V.7) Posible reinterpretación del estándar del “control judicial suficiente”.....	42
VI) EL SISTEMA RECURSIVO DE LA LEY 2268.....	42
VI.1) Causas procesales de control judicial de la actividad Administrativa. Naturaleza jurídica de los recursos directos.....	43
VI.1.1) ¿Recurso o acción?.....	44
VI.1.2) El doble conforme es una garantía aplicable a todo tipo de proceso judicial.....	45
VI.1.3) La amplitud del control judicial.....	48
VI.1.4) Efectos de considerar al recurso del Art. 8 de la Ley 2268 como acción.....	49
VII) CONCLUSIÓN.....	51
VII.1) Recapitulación.....	51
VII.2) Visión Prospectiva.....	52
VIII) BIBLIOGRAFÍA.....	55

LAS POTESTADES JURISDICCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO DEL RÉGIMEN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

“Es como estar constantemente empujando una roca hacia el alto de una montaña, la cual vuelve a caer y vuelve a ser empujada hacia arriba. Entre avances y retrocesos, se desarrolla la labor de protección. Al bajar la montaña para volver a empujar la roca hacia arriba, uno toma conciencia de la condición humana y de la tragedia que la circunda. Pero hay que seguir luchando: en realidad, no hay otra alternativa”.

Antonio Cancado Tridante, juez de la CIDH

I.) INTRODUCCION.

Si bien es cierto que sobre el tema elegido se ha derramado muchísima tinta (felizmente no sangre, nada más que tinta) y parecía bastante avanzado desde el punto de vista de su dilucidación o esclarecimiento, la incorporación a la ley de Defensa del Consumidor del art. 40 bis, en virtud del cual la autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al consumidor resultante de la infracción del proveedor y obligar a éste a resarcirlo, hasta el tope indicado en la norma,¹ remite nueva e inexorablemente² al estudio de una de las materias más controvertidas en el derecho público argentino, relativa a la existencia de las denominadas facultades jurisdiccionales de la administración pública y su validez constitucional.

En este sentido, el objeto del trabajo consistirá en el análisis de las denominadas potestades jurisdiccionales de la administración y su control judicial en el marco del régimen normativo de defensa del consumidor instrumentado, a nivel nacional, en el art. 42 de la Constitución Nacional y en la Ley N° 24.240, recientemente modificada por la Ley N° 26.361; y en el ámbito de la Provincia del Neuquén por medio de la Ley N° 2.268 de adhesión al régimen nacional.

El desarrollo del presente lo abordaremos desde dos puntos de vistas básicamente, a saber:

¹ Conf. Art 40 bis Ley Nacional 24.240, incorporado por ley 26.361, art. 16.

² El fallo de la Corte Sup., “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Sec. Ener. y Puertos s/ Resolución 71/1996”, del 5/4/2005, parecía haber aclarado el alcance de las supuestas facultades jurisdiccionales de la administración, por aplicación del principio de especialidad, en orden a la posibilidad de determinar indemnizaciones a favor de los administrados. Ver infra IV.2.d.

- a) Uno al que denominaremos “sustancial”, referido al ejercicio de potestades jurisdiccionales a través de la autoridad de aplicación de la ley de Defensa del Consumidor provincial.
- b) Otro al que llamaremos “formal”, relacionado con la revisión judicial que el sistema provincial ha instaurado para el control jurisdiccional de las decisiones que la autoridad administrativa dicta en el marco del procedimiento administrativo de verificación de las infracciones al régimen de la ley N° 24.240.

Por ello, y en aras de acotar el margen de análisis, habré de confrontar, bajo los estándares vigentes en Argentina en materia de legalidad y tutela judicial efectiva, concebida ésta última garantía desde el prisma del acceso a la jurisdicción y control judicial suficiente de la actividad de la administración, el medio utilizado por el Estado (facultad legislativamente atribuida a la administración para fijar indemnizaciones dentro del procedimiento administrativo de verificación de infracciones a la LDC), para cumplir con su obligación constitucional de asegurar la efectiva vigencia de los derechos de los usuarios y consumidores³.

La **idea central consistirá** entonces en tratar de dilucidar los siguientes interrogantes globales a partir de la problemática específica del régimen de defensa del consumidor:

- *¿Es constitucionalmente posible conciliar la existencia de “jurisdicción administrativa” o “facultades jurisdiccionales de órganos especiales de la administración” con el contenido mínimo e inderogable la garantía de la tutela judicial efectiva y el principio de división de poderes?*
- *¿El sistema de revisión judicial neuquino de las decisiones de la Dirección de Defensa del Consumidor es acorde al estándar normativo vigente en argentina de la tutela judicial efectiva?*

Será importante comprender que, a lo largo del desarrollo del tema propuesto, advertiremos que la temática planteada dista mucho de ser una cuestión meramente doctrinaria sin efectos prácticos.

Así, se apreciará la supuesta tensión existente entre el principio de legalidad por un lado y el de eficacia en la gestión estatal tendiente a dar plena vigencia real a los derechos y libertades reconocidas en la Constitución y en los Tratados de Derechos Humanos incorporados al bloque constitucional mediante el art. 75/22 de la carta magna, por otro.

Digo “supuesta” porque en la visión actual del Estado de Derecho Democrático, dicha tensión es aparente ya que resulta inconcebible una Administración eficaz al

³ Así, en virtud de los tratados de derechos humanos incorporados al bloque de constitucionalidad mediante el art. 75 in. 22 de la C. N., destinados a crear un orden público internacional indisponible e inderogable de derechos humanos en favor de los particulares, nuestro país se ha obligado a “respetar los derechos y libertades reconocidas en ellos – PSJCR- y a garantizar su libre y pleno ejercicio de toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...adoptando, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, y a las disposiciones de esta Convención, las **medidas legislativas o de otro carácter** que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades...” (Arts. 1 y 2 del PSJCR; idem art. 2 del PIDESyC; art 3 PIDCyP; etc).

margen de la Constitución y la ley. En realidad, y como veremos a lo largo del presente trabajo, el problema pasa por determinar la forma en que deben integrarse los valores de eficacia y legalidad en el marco del sistema democrático de gobierno, mas no por tratar imponer uno en desmedro del otro, tal cual pareciera dar cuenta la historia pendular argentina.

Comadira expresaba en este sentido “el derecho administrativo es, simultáneamente, poder y libertad, prerrogativa y garantía...es la expresión jurídica del poder administrativo limitado por la garantía...”⁴

Asimismo, veremos también que en el marco de la problemática de las llamadas potestades jurisdiccionales de la administración, al final de cuentas, se encuentra en juego el alcance del control judicial sobre la actividad de la administración pública, ya que la mayor o menor amplitud del mismo dependerá, en los hechos, de la posición que se adopte en relación al tema planteado.

Para tratar de abordar estas cuestiones, habremos de analizar la normativa vigente relacionada con el tema, su interpretación doctrinaria y jurisprudencial, con especial énfasis en la aplicación del régimen de derechos humanos dentro del marco institucional establecido por la constitución nacional.

En esta línea de trabajo, en una primera parte se describirá el estado actual de la temática propuesta, tanto a nivel legislativo, doctrinario y jurisprudencial, para luego esbozar mi opinión personal, terminando con algunas alternativas posibles de solución y una síntesis que permita resumir los aspectos más salientes del presente.

II.) CONCEPTO DE ACTIVIDAD JURISDICCIONAL.

Antes de analizar la problemática propuesta, será necesario tener partir de la definición de “actividad jurisdiccional”, ya que mediante su construcción conceptual podremos encarar sólidamente la finalidad propuesta⁵.

Inicialmente es dable sostener que el Estado obtiene el logro de sus fines mediante el cumplimiento adecuado de tres funciones que pueden caracterizarse a priori con facilidad: la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional. A esta distinción primaria obedece la creación y la separación de poderes efectuada por el constituyente: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

⁴ COMADIRA, Julio R., “El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”, en AAVV; “Servicios Públicos, “Policía y Fomento”, Ed. Ciencias de la administración, p. 17/44, 2004 Buenos Aires.

⁵ En un sentido muy genérico decimos que definir es dar el significado de una palabra. En un sentido más preciso decimos que definir es enunciar todas las características definitorias de una palabra. Damos este nombre – características definitorias- a aquellas características que si faltan en el objeto, impiden que se le aplique a éste una determinada palabra. Las características definitorias son el significado de una palabra. Conf. GOMEZ, Astrid y BRUERA, Olga, “Análisis del Lenguaje Jurídico”, Ed. Belgrano, p. 36/38, 1982, Buenos Aires.

Aunque a primera vista parezca que existe una perfecta correspondencia entre cada función y poder, ella no se presenta en la vida jurídica.

En efecto:

- i. La función legislativa es cumplida por el Poder Legislativo, a cuyo exclusivo cargo está la sanción de leyes en sentido formal (art 44 de la constitución Nacional); por el Poder Ejecutivo, a cuyo exclusivo cargo está la promulgación de la ley en sentido formal (art. 78 C.N.), el ejercicio del derecho de veto (art. 83 C.N.), la posibilidad de reglamentar los pormenores de las leyes formales que aplica (art. 99 inc. 2 C.N.), de dictar decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc 3 C. N.) y decretos delegados (art 76 CN); por el Poder Judicial, a cuyo cargo exclusivo esté emitir acordadas con carácter de normas general (Ley Nacional n° 16.895, 21) y fallos plenarios, con carácter de normas vinculante para ciertos jueces (CPCN 303).
- ii. La función administrativa es cumplida primordialmente por el Poder ejecutivo (Art. 87 y 99 inc. 1 C.N.); por el Poder Legislativo (designación de empleados, art. 75) y judicial (art. 113 C.N.).
- iii. La función jurisdiccional es cumplida por el Poder Judicial (ART 108, 109 Y 116 C.N); por el Legislativo en el caso de juicio político⁶ y aunque el Poder ejecutivo no puede ni debe ejercer tal función (art 109), tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷ y la el Congreso de la Nación (v.g. art, 40 bis LDC), le han reconocido la posibilidad de su ejercicio.

De allí entonces la **importancia de delimitar correctamente en qué consiste la actividad jurisdiccional**, para saber con certeza: (i) cuándo existe como tal; (ii) que efectos otorgarle a los actos dictados en su ejercicio y (iii) cuales son los medios legales para impugnarla.

Preliminarmente es dable comenzar mencionando que el vocablo “Jurisdicción”, proviene de la expresión latina *iuris dictio* que significa 'decir el Derecho' y alude a la función que asume el Estado, a través de los jueces y tribunales, de administrar la justicia, aplicando el Derecho a los casos concretos que se les presentan. En este sentido se habla también de función jurisdiccional y corresponde a los juzgados y tribunales determinados por las leyes⁸.

En términos generales, la doctrina procesalista la define como aquella “...función encomendada a determinados órganos del estado –pertenecientes a uno de los Poderes que lo integran- para dirimir conflictos jurídicos suscitados entre dos o más personas o para constituir, integrar o acordar eficacia a relaciones de derecho...se entiende por jurisdicción, la potestad que confiere el Estado a alguno de sus órganos para que resuelvan – mediante sentencia- las cuestiones litigiosas que les someten los interesados y, eventualmente, las hagan cumplir...”⁹.

⁶ Conf. ALVARADO BELLOSO, Adolfo “Teoría General de Proceso-Lección 9” en Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y de altos Estudios Judiciales. Es de hacer notar que la prohibición del art. 109 de la CN no tiene por destinatario al Poder Legislativo.

⁷ Ver infra IV.2.

⁸ Jurisdicción." Microsoft® Encarta® 2008 [CD]. Microsoft Corporation, 2007

⁹ PALACIO, Lino E. y ALVARADO BELLOSO, Adolfo “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”; Ed. Rubinzal – Culzoni; t. 1, p.36, 1988; Santa Fe-

En un mismo orden de ideas, se dice también que “... En derecho procesal utilizaremos la palabra “jurisdicción” para referirnos a la función de juzgar, dirimir o resolver conflictos, aplicando para ello el orden jurídico establecido. Etimológicamente proviene del término *iurisdictionis*: acción de decir o indicar el derecho... la jurisdicción es una función de gobierno que cumplen organismos del Estado, integrantes de un poder independiente como lo debe ser el poder judicial en nuestro sistema republicano establecido constitucionalmente...”¹⁰.

Por su parte la doctrina constitucional, define a la función jurisdiccional como “...la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver mediante la sentencia las cuestiones que le son sometidas por los justiciables. En forma más breve se dice que es la capacidad de administrar justicia...”¹¹.

Gelli expresa “...la función jurisdiccional es una tarea propia del Estado, ejercida por el Poder Judicial, independiente de los restantes órganos de poder, en especial del Presidente de la Nación, e indelegable en los particulares...” consistente en “...la atribución que tienen los jueces para decir el derecho aplicable al caso. En otras palabras, para juzgar, para resolver judicialmente un conflicto de interés o determinar los hechos delictivos y la sanción correspondiente...”¹².

Asimismo, desde la óptica del derecho administrativo se concibe a la función descrita como “...aquella mediante la cual se dirimen los conflictos de intereses que alteran o pueden alterar el orden social. A este fin, el Estado monopoliza la jurisdicción y proscribire la autodefensa, sustituyendo la actividad privada por la actividad pública, salvo casos excepcionales de legítima defensa. Esta actividad monopólica del Estado, con la finalidad trascendente de mantener el orden y la paz social, se manifiesta a través del acto jurisdiccional, del cual es arquetipo la sentencia. La función judicial comprende, entonces, la decisión, con fuerza de verdad legal, de una controversia entre partes, que determine y restablezca el derecho vulnerado en el caso concreto...”¹³.

Farrando enseña que “...desde un punto de vista material, la función jurisdiccional se pone en ejercicio cuando existe una controversia en materia jurídica, que es resuelta por medio de una decisión que se impone a las partes y tiene fuerza de verdad legal. La autoridad de cosa juzgada le imprime el carácter de definitividad a la sentencia. Desde un punto de vista orgánico, la decisión judicial debe ser tomada por un órgano encargado constitucionalmente de ejercer la función judicial: el poder judicial, que se caracteriza por su imparcialidad (respecto de las partes en litigio, ya que es un tercero en la controversia), e independencia (porque está sujeto solamente a las leyes, y no a las órdenes o instrucciones de otros poderes)...”¹⁴.

El profesor Gordillo, con la claridad conceptual que los suele caracterizar, adopta un criterio orgánico-material para definir a la función jurisdiccional como “la

¹⁰ PERUZZI, Héctor Cesar y GALLEGU, Richard Fernando, “Curso de Derecho Procesal Civil”, Ed. FADECS-UNC, p. 28, 1999, Río Negro.

¹¹ BIDART CAMPOS, Germán J. “Manual de la Constitución Reformada”, Ed. Ediar, t. 3, p. 402, 1997, Buenos Aires.

¹² GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, Ed. La Ley, p. 892 y 859, 2006, Buenos Aires.

¹³ DROMI, Roberto “Derecho Administrativo”, Ed. Ciudad Argentina, p. 136/137, 1998, Bs. As.

¹⁴ FARRANDO, Ismael MARTINEZ, Patricia, (Directores), “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. Depalma, p.23/24, 1999, Buenos Aires.

decisión con fuerza de verdad legal de controversias entre partes (aspecto material), hecha por un órgano imparcial e independiente (aspecto orgánico)”¹⁵.

A ésta altura, y en un trabajo que aborde la problemática planteada, no puede dejar de transcribirse la definición de acto jurisdiccional ensayada por Bosch, máxime cuando la CSJN en el último caso resonante en la materia (“Ángel Estrada”), lo citara expresamente (especialmente considerando 12).

Para el autor citado, el acto jurisdiccional es aquél que consiste en una comprobación sobre la conformidad o no conformidad de un acto, de una situación o de un hecho con el ordenamiento jurídico y una decisión que realiza sus consecuencias, y que desde el punto de vista formal se presenta como definitiva e inmutable en el sentido de que, salvo por el juego de las vías recursivas, no puede ser revocada o modificada, vale decir, que posee lo que se denomina en doctrina “la autoridad formal de la cosa juzgada”¹⁶

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, definió a la función jurisdiccional como “... la potestad de la que está investido el Poder Judicial por la Constitución y las Leyes del Congreso, para administrar justicia. Es función propia y exclusiva de ese poder, como el dictar y ejecutar la ley los es del legislativo y Ejecutivo respectivamente...”, a renglón seguido, expresa “...que el mandato contenido en el art. 116 de la CN, importa sin lugar a dudas, atribuir la competencia y la obligación del Poder Judicial de decir qué es derecho. En tal sentido, ha afirmado esta Corte que es el poder – deber de aplicar con preeminencia la Constitución y las Leyes de la Nación (conf. Art. 31 C.N.), lo que constituye el fin supremo y fundamental de la actividad jurisdiccional. En el ejercicio de esa competencia los jueces tienen no sólo la facultad sino el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes, facultada que esta Corte ha declarado con reiteración que deriva de los principios esenciales que organizan la función judicial. A más de ello, la función judicial no se agota en conocer y decidir una causa que llegue a los estrados del tribunal, sino también comporta lo conducente a hacer cumplir lo decidido...”¹⁷.

Síntesis

A título de síntesis entonces, podemos decir entonces *que la función jurisdiccional implica resolver controversias entre partes, con fuerza de verdad legal (es decir, con el alcance de cosa juzgada, obligatoria e irreversible una vez agotada la instancia superior), por un juez independiente e imparcial, a través de una sentencia que tiene imperatividad para el caso concreto, es decir, entre las partes del conflicto.*

De la definición propuesta surgen los principios básicos de su ejercicio, a saber:

¹⁵ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Fund. De Derecho Administrativo, t. 1, IX-13, 2003, Buenos Aires.

¹⁶ BOSCH, Jorge Tristán, Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?, p. 95, 1952, Buenos Aires.

¹⁷ Corte Sup. “Baterías Sil-Dar S.R.L. c/ Barbeito, Walter”, JA 2001-IV-547, Fallos 324:3184.

- ✓ La jurisdicción transcurre y se enmarca a través de causas (o procesos) judiciales¹⁸.
- ✓ Ha sido atribuida a un Poder del Estado, el Judicial (art. 109, 116 y concordantes de la CN).
- ✓ El órgano decisor debe ser imparcial, en relación a las partes en litigio, e independiente, en el sentido de que los órganos que la ejercen debe pertenecer a un poder del Estado dotado de autonomía en relación a los poderes políticos y cuyos miembros gozan, por ello, de ciertas garantía (inamovilidad, incolumnidad de sus retribuciones, etc.). Ello como conditio sine qua non del buen funcionamiento judicial a fin de resguardar los derechos de los justiciables mediante el dictado de sentencias justas en los conflictos de intereses que se presenten¹⁹.
- ✓ La intervención del poder judicial no puede ser excluida compulsivamente a los fines de solucionar controversias individuales.
- ✓ La resolución que pone fin al conflicto goza de la autoridad de cosa juzgada.
- ✓ Su ejercicio es una facultad-deber de los jueces.
- ✓ Los órganos que la ejercen gozan de la potestad de hacer cumplir coercitivamente sus decisiones (imperium y executio).

Una vez delineadas las características definitorias más salientes de la noción de jurisdicción, pasaremos a describir específicamente la problemática cuyo tratamiento se desarrollará seguidamente-

III.) EL SISTEMA EN ESTUDIO.

Cómo adelantáramos al principio, el desarrollo del presente trabajo abordará la temática referida a las supuestas potestades jurisdiccionales de la administración desde dos puntos de vista íntimamente relacionados entre sí (sustancial y formal), cuya diferenciación se efectúa al sólo fin académico, siendo en definitiva las dos caras de una misma moneda.

Por ello, comenzaremos describiendo la problemática “sustancial” y luego “formal”, sin perder de vista esta simbiosis que une a ambos conceptos.

III.1) *El aspecto sustancial de las potestades jurisdiccionales de la Dirección provincial de Defensa del Consumidor. Art. 40 bis de la Ley 24.240*

La incorporación a la Ley N° 24.240 del art. 40 bis ha vuelto sobre un tema que, acertadamente o no según la opinión que luego daremos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Ángel Estrada”, había ya tratado con bastante claridad: la

¹⁸ BIDART CAMPOS...ob. op. cit., p. 309. En orden a la noción de “causa” en los términos del art. 116 de la C.N., la CSJN ha dicho que son “aquellas en las que se persigue en concreto la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad alegan quienes los demandan”, CSJN “Polino”, Fallos: 317:335, 1994; “Fayt”, Fallos: 322 II: 1616,1999, entre otros.

¹⁹ GELLI, ob. op. cit, p. 905

posibilidad de que ciertos organismos especializados de la administración centralizada, desconcentrada o descentralizada, ejerzan válidamente potestades jurisdiccionales, bajo determinados recaudos formales y respetando ciertos límites de orden material, relacionados éstos últimos principalmente con la prohibición de fijar indemnizaciones con arreglo al derecho común²⁰.

Pues bien, la normativa aludida ha atribuido a las autoridades de aplicación de la LDC la facultad de determinar la existencia de daño directo al consumidor resultante de la infracción por parte del proveedor y obligarlo a éste a resarcirlo dentro de los límites fijados en la norma.

En efecto, el texto del nuevo art. 40 bis reza así:

“Daño directo: Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de cinco (5) Canastas Básicas Total para el hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC).

El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del art. 45 de la presente ley y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor.

Las sumas que el proveedor pague serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial”

En este sentido, la doctrina especializada en la materia es conteste en señalar que la norma citada, abarca el daño patrimonial, siendo controvertida la inclusión del daño moral.

En éste último aspecto, mientras que para Alterini, la norma otorga el derecho al usuario a una indemnización integral que, según su opinión, es propia del ordenamiento jurídico argentino²¹, abarcando el resarcimiento los siguientes rubros: daño patrimonial y el daño moral (arts. 522 y 1078 del CC), que es consecuencia inmediata y previsible del incumplimiento del proveedor (art. 520 y 901 del CC), y también el que es consecuencia mediata en el caso de incumplimiento contractual doloso (arts. 521 y 901 del CC)²²; para Picasso, únicamente comprende el daño patrimonial ya que el artículo citado establece que el perjuicio debe ser “susceptible de apreciación pecuniaria” y en el

²⁰ Ver infra IV.2.d.

²¹ En contra Tomás Hutchinson, para quien la integralidad de la reparación, no es un principio de raigambre constitucional. Autor citado, “Colección de Análisis Jurisprudencial”, Ed. La Ley, p. 652 y ss., 2003, Buenos Aires.

²² ALTERINI, Atilio A. “Las Reformas de la Ley de Defensa del Consumidor”, en “Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor”, Especial La Ley, abril de 2008.

daño moral “los intereses afectados no son, por definición, susceptibles de apreciación pecuniaria, aún cuando la indemnización venga a proporcionar al damnificado una compensación –no equivalente- del perjuicio experimentado²³.”

En cuanto a los fundamentos dados para justificar la inclusión de la norma en cuestión, se enumeran los siguientes, a saber:

- Incentivar la participación de los usuarios en el efectivo control de sus derechos.
- Los usuarios pueden ejercer de modo real todos sus derechos eliminando obstáculos económicos.
- Agregar un elemento más a considerar por los proveedores a la hora de evaluar la conveniencia de los acuerdos en sede administrativa.
- También se ha dicho que el art. 42 de la Constitución Nacional al prever que “la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos” habilita a concluir que establece cierta conveniencia para la asignación de competencias jurisdiccionales a la administración en el marco de la LDC²⁴. Barra yendo más allá, manifiesta que la competencia jurisdiccional puede encontrar ahora suficiente fundamento constitucional en el artículo citado, el que le otorga al Congreso un mandato para establecer procedimientos con las características que fija la CN dentro del marco de la relación de consumo²⁵.

El escenario previsto entonces es el siguiente: un sujeto que pretende el pago para sí de una indemnización (usuario), esgrimiendo para ello la violación de un derecho subjetivo, otro que es pretendido (proveedor) y un tercero que debe resolver sobre la procedencia o improcedencia de la petición resarcitoria (Autoridad de Aplicación), todo ello en el marco del procedimiento administrativo.

Se advierte de esta manera que el Legislador le ha asignado a la Dirección de Defensa del Consumidor el rol de “juez” y “parte” en esta contienda.

En efecto, rol de “juez”, en el sentido de que será quien resuelva si se hará lugar a la indemnización reclamada y en su caso en qué medida; y a su vez también será “parte” del procedimiento administrativo, ya que es un órgano perteneciente a la administración ante la cual es llamado a concurrir el proveedor (administrado), para dar cuenta de la imputación efectuada por la propia Dirección de Defensa del Consumidor, siendo quien en definitiva instruye el procedimiento, dándole curso y resolviéndolo.

Así, resulta evidente que se le ha otorgado a la Autoridad Administrativa la facultad de resolver contiendas entre particulares por medio de la aplicación de normas de derecho común, como si fuesen realmente jueces. En otras palabras: **existe atribución de facultades jurisdiccionales a la administración.**

²³ PICASSO, Sebastián, “Nuevas Categorías de Daños en la Ley de Defensa del Consumidor” Especial La ley citado.

²⁴ CANOSA, Armando N. “El caso Ángel Estrada y las deficiencias en el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos administrativos”, JA número especial, 2005-III, fascículo n° 9, “El Caso Ángel Estrada”.

²⁵ BARRA, Rodolfo C., “La competencia de los entes reguladores de los servicios públicos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sus límites” JA número especial ya citado.

De aquí parten los interrogantes planteados al inicio *¿puede la Dirección de Defensa del Consumidor determinar la existencia de daño directo en sede administrativa sin vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de división de poderes? Y si ello fuera así ¿Es válido en nuestro sistema constitucional que la administración pueda ejercer tales potestades?*

Pues bien, estos son los interrogantes que se abordaran a lo largo del presente trabajo y que se relacionan con el aspecto sustancial del tema de la referencia.

III.2) La revisión judicial de las resoluciones emitidas por la Dirección de Defensa del Consumidor en el ámbito de la Provincia del Neuquén. Ley provincial n° 2268.

En lo relacionado con el sistema de revisión judicial de los actos administrativos emitidos por la autoridad de aplicación de la LDC, la normativa neuquina prevé en el art. 8 de la Ley referida que:

“Los actos administrativos que dispongan sanciones podrán apelarse, dentro del plazo de cinco (5) días de notificada la resolución, ante el juzgado de Primera instancia en lo civil, Comercial y de minería del lugar donde se cometió la infracción. El mismo deberá deducirse y fundarse ante la autoridad de aplicación, quien deberá elevarlo al Tribunal competente dentro de los cinco (5) días de recibido. Éste resolverá en un plazo de quince (15) días”.

En el afán de asegurar la revisión judicial de la actividad administrativa, el legislador ha instituido un **recurso judicial directo** en los términos transcritos ante la justicia civil de primera instancia.

En este sentido, el régimen local se aparta de la normativa nacional que prevé: (i) un recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal o ante las cámaras Federales con asiento en las provincias, según corresponda de acuerdo al lugar de comisión del hecho; (ii) el plazo para interponer el recurso es de 10 días hábiles de notificada la resolución impugnada y (iii) regula la forma de concesión del recurso, es decir en relación y con efecto suspensivo, excepto cuando se hubieran denegado medidas de prueba, en que será concedido libremente. (Conf. Art 45).

Más allá de esta diferencia de reglamentación, el sistema local de revisión plantea los siguientes interrogantes:

- i. ¿Es compatible dicho régimen recursivo con el derecho a la tutela judicial efectiva?
- ii. ¿Es apelable la sentencia del juez de primera instancia que resuelve el recurso instituido en la Ley n° 2268 ante la Cámara de Apelaciones competente? Y si ello no fuera así, ¿existe violación a la garantía de la doble instancia judicial? ¿es exigible tal garantía en el marco del régimen de defensa del consumidor?

- iii. ¿Son susceptibles de ser recurridas en los términos del art. 8 de la Ley n° 2268 aquellas resoluciones de la DDC que no impongan sanciones, sino que por el contrario consideren que no existe infracción o que la materia debatida no es de su competencia material?
- iv. En última instancia, ¿es constitucionalmente válido que ante un acto administrativo, el legislador haya creado un régimen judicial recursivo y no un sistema de acción jurisdiccional plena (en los términos del derecho a la tutela judicial efectiva) y eficaz (en el marco del art. 42 C.N.), tanto para el infractor como para el consumidor?

En este marco abordaremos el acápite referido al aspecto formal de las potestades jurisdiccionales de la administración.

IV). POTESTADES JURISDICCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN.

Más allá de la opinión personal que luego describiré, considero necesario dar un repaso de las distintas posturas doctrinarias existentes en relación al tema en estudio, como así también desarrollar la evolución jurisprudencial en la materia.

Ello, a los fines de describir el marco en el cual se ha concebido la problemática abordada y poder desentrañar, de esta forma, más acabadamente las cuestiones de fondo que subyacen en el mismo.

Si bien es cierto que en todo esto hay mucho de “terminológico” (a la hora de determinar de qué forma denominaremos a la actividad total o parcial de la administración), lo cual no deja de ser significativo de por sí conforme lo señaláramos anteriormente²⁶, **lo que está en juego principalmente es el alcance del control judicial sobre la actividad de la administración²⁷.**

IV.1) Distintas posturas en doctrina.

Precisamente, sobre la naturaleza jurídica de las decisiones mediante las cuales la administración resuelve controversias entre partes, es donde se ha centrado el eje de la discusión.

Así, podemos identificar diversas posturas doctrinarias elaboradas en este sentido.

Para una *primera posición*, que históricamente puede remontarse hasta 1960 (año en el cual se dicta el célebre fallo “Fernández Arias”), es jurídicamente válida, tanto la

²⁶ Ver supra II.

²⁷ GORDILLO, Agustín, “Tratado...”, ob. op. cit., t.1, IX-15. En contra Cassagne, para quien lo esencial es distinguir en cada caso, si en el ámbito del Poder Ejecutivo coexisten funciones materialmente distintas, con regímenes jurídicos también diferentes. CASSAGNE, Juan C. “Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, t. p. 86, 1998, Buenos Aires.

asignación de potestades jurisdiccionales a la administración como la admisión de que únicamente contra las resoluciones dictadas por los órganos administrativos en ejercicio de la misma sea revisable únicamente vía recurso extraordinario federal.

El fundamento de esta postura radica en afirmar que es un contra sentido exigir un control judicial amplio cuando ya ha existido ejercicio jurisdiccional administrativa²⁸

Como se advierte esta posición restringe notoriamente el control judicial de la actividad de la administración, conforme la rigurosidad de los recaudos formales para acceder a la vía extraordinaria y teniendo en cuenta que el remedio federal ha sido instituido a los efectos de efectivizar el control de constitucionalidad que le corresponde en última instancia a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y no como medio de resguardo de la legalidad.

En este marco podría decirse que tal postura, al admitir que la administración ejerza funciones que son propias de otro poder del Estado – el judicial- y restringir el alcance del control jurisdiccional sobre su ejercicio, es conteste con gobiernos que tienden a la concentración del poder en cabeza del Ejecutivo, arraigados en los resabios de la época de los Estados monárquicos absolutistas donde el rey desidia, por sí mismo o delegando en un consejo dependiente de él, las contiendas entre partes.²⁹

Esta visión ha sido zanjada definitivamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Fernández Arias, cuyo análisis será motivo de un apartado especial³⁰.

En *segundo lugar* encontramos aquellos que admiten que hay y puede haber asignación de funciones jurisdiccionales a la administración, a condición de que cuando se la ejerza resulte posible el ulterior control judicial suficiente. Dentro de esta posición, podemos deslindar tres variantes:

a) Aquellos que, en base al sistema francés, distinguen lo “jurisdiccional” como género de lo “judicial” y “administrativo” como especies, diciendo entonces que existe una “jurisdicción judicial” y una “jurisdicción administrativa”, sin que ello importe un límite a la “revisión judicial”. Dentro de esta corriente podemos a autores clásicos como Bielsa, Marienhoff, Bidart Campos y actuales como Bianchi.

Los tres autores mencionados en primer término admiten que el desdoblamiento de la función jurisdiccional en “judicial” y “administrativa” es válido en nuestro sistema constitucional.

²⁸ GORDILLO, Agustín, “Tratado...”, ob. op. cit., t.1, IX-14 y 15.

²⁹ Nótese, por ejemplo, que las leyes 13.492 y la 12.983, sobre precios máximos, agio y especulación, preveían sanciones fuertes contra los administrados sin posibilidad de recurso judicial alguno, ley 13.246 de arrendamiento y aparcería rural que estipulaba la resolución definitiva de conflictos entre particulares, se corresponden con una época donde la tendencia autoritaria de los gobiernos de turno era muy marcada.

³⁰ Sin perjuicio de ello, es de hacer notar que el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, no hace mucho tiempo atrás, convalidó la constitucionalidad del régimen minero por el cual, contra las decisiones definitivas de la autoridad minera únicamente queda la posibilidad de interponer el recurso de casación de carácter extraordinario regulado en la Ley provincial N°14.06 (TSJ Neuquén, 23/05/2006, “González Oscar H. c/ Provincia del Neuquén s/ Acción procesal Administrativa”, R.I. N° 5. 292). Tal criterio, luego fue modificado mediante R.I. 5.773 del 9/05/2007.

Afirman que la prohibición del art. 109 de la CN impide al Presidente de la República (o poder ejecutivo) ejercer funciones judiciales que son propias del poder judicial, pero no veda la función jurisdiccional a cargo de órganos administrativos, siempre que la decisión que recaiga sea susceptible de revisión judicial suficiente. Control suficiente abarca el análisis del derecho aplicable, los hechos y la prueba³¹.

Por su parte Bianchi, siguiendo al modelo norteamericano, reconoce la existencia de una “jurisdicción primaria administrativa” ante el ente regulador o agencia y una “jurisdicción secundaria o de apelación” ante el órgano judicial de alzada.

Para justificar tal distingo, se acude al principio de especialidad en el conocimiento técnico de determinadas materias y por ende a la celeridad y eficiencia que el control por parte del ente especializado implicaría. A su vez, se infiere que más allá del mentado conocimiento específico del ente en ciertos temas, dado su carácter de regulador, estaría en mejores condiciones de dar adecuada respuesta a los problemas suscitados en orden al sentido y alcance de las normas que él mismo dicta³². Para ello, es necesario que el organismo en cuestión goce de independencia respecto de la administración central, mediante la eliminación de la alzada.

El principio de especialidad tendría una doble función: justificar la asignación de potestades jurisdiccionales a determinados entes específicos y actuar al mismo tiempo como límite material al ejercicio de la función jurisdiccional administrativa, ya que la misma podría ser signada válidamente en relación a la materia específica que constituye el “corazón de las tareas que tuvo en miras el Congreso que las emplazó”.

b) Otra variante doctrinaria la podemos ver representada en Bosch, para quien en alguna medida existe actividad jurisdiccional de la administración, o al menos un proceso que de cierta forma incide en la posterior revisión judicial; el proceso de inicia en sede administrativa y termina en sede judicial³³.

“Aunque se trate siempre de poderes distintos, existe entonces una continuidad funcional a la que ambos contribuyen, un solo proceso contra la administración que se inicia en ésta y termina ante los tribunales”.³⁴

En esta posición la revisión judicial se vería limitada y condicionada al modo en que se inició el proceso en sede administrativa, siendo posible incitar la actividad judicial mediante un recurso de apelación (no ya por medio de una acción), toda vez que ello resulta conteste con la noción de unidad de proceso en el que participan, en momentos diferentes, la administración y el poder judicial.³⁵

³¹ BIDART CAMPOS...ob. cit., p. 350 y ss.

³² BIANCHI, Alberto B. “Algunas precisiones sobre el alcance de las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores”, ed., p. 449 y ss., 2000/2001.

³³ BOSCH, Jorge Tristán, “Revisión judicial de sentencias interlocutorias dictadas por órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales”, LL, 84.p. 182 y ss. y “Tribunales... ob. cit., p. 107, 1952, Buenos Aires. Si bien a Bianchi lo ubiqué en la anterior variante doctrinaria, es de hacer notar que también tiene puntos de contacto con la tesis descripta.

³⁴ BOSCH, Jorge Tristán, “Tribunales...”, ob. cit. P, 107.

³⁵ Como advierte Gordillo en “Tratado...”, ob., op., cit., , IX 15 y 19 y su nota 13.1

Es de hacer notar entonces que si bien el control judicial sería ordinario (la apelación es un recurso ordinario por oposición al extraordinario federal o de casación), la propia naturaleza recursiva de la vía en cuestión, implica limitar el alcance del control jurisdiccional, más allá de las restricciones que cada ordenamiento prevea en cada caso.

c) En la tercer variante, identifico a Cassagne, quien considera que en nuestro sistema jurídico, la atribución de funciones judiciales a la administración, más allá de tener su origen histórico en la organización colonial del Virreinato del Río de La Plata y de imponerse por la fuerza de la realidad legislativa y jurisprudencial, queda a resguardo de la valla constitucional del art. 109 de la C.N., siempre que se respete el equilibrio que traduce la denominada doctrina de la división de poderes.

Con cita de Joaquín V. González y partiendo de la base de una interpretación dinámica del principio republicano de separación de poderes (sin alterar el equilibrio existente entre los mismos), sostiene que es factible abrir una brecha para que la actividad del Estado, en el cumplimiento de sus funciones, se desenvuelva de manera acorde con las exigencias de la sociedad contemporánea, permitido ello que en ciertos casos un poder ejerza funciones que son propias de otro³⁶.

En una *tercera posición* se encuentran aquellos que no admiten la posibilidad de que la Administración pueda ejercer facultades jurisdiccionales. En esta línea se sitúan Gordillo, Gelli, Mairal y Farrando entre otros.

El punto de partida de esta corriente doctrinaria lo constituye el art. 109 de la C.N. que prohíbe al ejecutivo ejercer facultades jurisdiccionales y el respeto de la garantía del debido proceso (art. 18 C.N. que asegura la inviolabilidad de la defensa en juicio) y la tutela judicial efectiva (art. 8 del PSJRC entre otros).

Para Gordillo³⁷ sería inconstitucional querer atribuir facultades jurisdiccionales a la administración, de forma tal de excluir o limitar, total o parcialmente, el acceso directo a una tutela judicial efectiva. “La discusión constitucional en sí creemos que está casi agotada a favor de este criterio, pues no se han enunciado hasta ahora argumentos convincentes que refuten las normas de los arts. 18, 106 y 109 de la Constitución, mucho menos en el esquema democrático actual”.

En este sentido, expresa que siendo una de las características esenciales de la función jurisdiccional la autoridad de cosa juzgada de sus decisiones, nunca la administración podrá ejercer tales funciones sin violentar el art. 18 de la C.N.

A su vez, respecto del art. 109 de la C.N., manifiesta que éste tiene como efecto distinguir las funciones de la administración y de los jueces sin que exista un nexo común entre ambas.

Por su parte, en orden a la distinción entre “jurisdicción judicial” y “jurisdicción administrativa”, el autor expresa que ello es una redundancia e implica una contradicción en sus términos, porque no hay criterio de distinción alguno desde el punto de vista orgánico y material.

³⁶ CASSAGNE, Juan c. “Derecho...”, ob. op. cit., p. 86 y ss.

³⁷ Para lo que sigue, ver GORDILLO, Agustín, “Tratado...”, ob. op. cit., t.1, P. IX-11 a IX-30

“Es un problema insoluble pretender diferenciar ambos conceptos: si se dice que jurisdicción administrativa es la que ejerce el P.E., es obvio entonces que se está diciendo de nuevo que la administración no puede ejercer la función de los jueces, sin definir cuál es la que le corresponde a éstos. Por ello, por más que se diga que la función de los jueces es la de resolver contiendas en forma definitiva, ello será algo que el ejecutivo, por el art. 109 y 18 de la C.N. no podrá hacer...la actividad de los jueces y del ejecutivo están escindidas en el art. 109 de la C.N., con el alcance de que la administración no puede ejercer la de los jueces”.

De allí que al no haber confusión ni sustitución entre la función administrativa y jurisdiccional, “la revisión judicial de los actos administrativos no es en absoluto una continuación limitada del proceso administrativo, ni un proceso especial con caracteres esencialmente distintos del proceso judicial ordinario”.

Gelli expresa que el art. 109 de la C.N. impide al Presidente el ejercicio de funciones jurisdiccionales a fin de conservar la vigencia de la garantía del juez natural, asegurando la defensa de la persona y el patrimonio, ante jueces independientes. “En rigurosa aplicación de los principio y garantías constitucionales –arts. 1, 18 y 109- la administración no debería ejercer función jurisdiccional alguna, en sentido estricto”³⁸

Mairal señala que en países con un sistema judicialista como el nuestro, no puede admitirse que la Administración ejerza función jurisdiccional, por oposición a los regímenes como el francés o italiano en donde está previsto el régimen de doble jurisdicción. Admitir tal posibilidad pareciera limitar el alcance del control judicial sobre la administración, lo cual no resulta admisible.³⁹

Como expositor final, y no por ello menos importante, Farrando adhiere al criterio de la inexistencia de función administrativa jurisdiccional, ya que a los actos de la Administración le faltan dos elementos esenciales que son constitutivos de la función jurisdiccional: el carácter de definitivo de la resolución y pronunciamiento por un órgano imparcial e independiente.⁴⁰

Esta postura doctrinaria resumida en los cuatros autores citados pretende asegurar el mayor alcance posible del control judicial efectivo sobre la administración, ya que no admite ni siquiera la posibilidad de instaurar el mismo mediante la vía del recurso de apelación.

IV.2) Evolución en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Siguiendo el esquema planteado al inicio, es oportuno pasar revista a la jurisprudencia emanada de la CSJN para dar cuenta de su evolución y ver si es posible

³⁸ GELLI, María Angélica, ob. op. cit. P. 899 y ss.

³⁹ MAIRAL, Héctor, “Control Judicial de la Administración Pública”, ed. Depalma, t.1, p. 7 y 8, 1984.

⁴⁰ FARRANDO, Ismael, ob. op. cit. p. 32.

obtener una regla que permita comprender la forma en que el máximo tribunal ha abordado la temática propuesta.

El análisis de la misma se efectuará por orden cronológico y conforme 4 etapas que advierto pueden ser identificadas a lo largo de la jurisprudencia del citado tribunal⁴¹.

Asimismo, en cada ciclo trataré de esbozar sintéticamente el contexto histórico en el cual los fallos fueron dictados, ya que ello ayuda a la comprensión de los casos de la Corte, en plenitud.

IV.2.a) Primer Etapa.

En un primer período la Corte admitió sin cortapisas la asignación de facultades jurisdiccionales a la administración, sin exigir el control judicial posterior, más allá del recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

Como fallos paradigmáticos de ésta época podemos citar a:

a) “*Parry, Adolfo E.*”.⁴² En este caso se cuestionaba la aplicación de una multa administrativa. La CSJN admitió el ejercicio de facultades jurisdiccionales de la administración sin revisión judicial posterior, siempre y cuando se aseguren los derechos y garantías constitucionales, en especial el derecho de defensa. Para justificar la constitucionalidad de su ejercicio el tribunal sostuvo que “es admisible que cierto tipo de negocios o infracciones, por razón de la naturaleza pública de los intereses cuya tutela se procura, sean juzgados por funcionarios y formalidades especiales, a fin de hacer posible y eficaz la aplicación de las disposiciones legales que rigen o sancionan los asuntos de que se trata”.

b) “*Etcheverry, Raúl y otros c/ Grillo Hermanos*”.⁴³ La Corte avaló la constitucionalidad del procedimiento jurisdiccional ante las Cámaras Paritarias de Conciliación y Arbitraje Obligatorio, por estimar adecuado el control judicial vía recurso extraordinario de inconstitucionalidad ante las decisiones de los referidos organismos administrativos. Para fundar tal decisión, el Tribunal citó expresamente el fallo anterior “...La jurisprudencia de esta corte-se dijo en la sentencia de la p. 408 del t. 193-...encarando la creciente complejidad de las funciones de la administración, ha encontrado admisible que cierto tipo de negocios o infracciones, por razón de la naturaleza pública de los intereses cuya tutela se procura, sean juzgados por funcionarios y formalidades especiales...”.

Como apreciamos, en esta época la creación de este tipo de tribunales administrativos era reconocida por la jurisprudencia de la CSJN, en la medida en que se tratara de hacer más expeditiva la tutela de los intereses públicos, con sustento en las virtudes del principio de especialidad (conocimientos técnicos sobre determinadas materias específicas).

⁴¹ Para un análisis temático de la jurisprudencia relacionada con el tema ver MONTI, Laura, “El ejercicio de facultades jurisdiccionales por organismos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema (Sistematización de jurisprudencia vinculada con el caso Ángel Estrada)”, JA número especial ya citado.

⁴² Fallos 193:408, 1942

⁴³ Fallos 267:677, 1953

En este sentido, vale recordar que la influencia del derecho administrativo europeo (especialmente francés e italiano), mediante las enseñanzas de Bielsa, había calado hondo: el problema consistía en cómo adaptar la carta magna al sistema de doble jurisdicción francés.⁴⁴

Por lo demás y como lo manifestara ut supra, la doctrina de la CSJN era conteste con el contexto histórico de la época de gobiernos de facto y que tendían a la concentración del poder en cabeza del ejecutivo⁴⁵.

IV.2.b) Segunda Etapa.

Este ciclo se inaugura con el fallo “*López de Reyes María c/ IPS*”⁴⁶ a partir del cual, si bien la CSJN comenzó a exigir una suerte de control judicial suficiente (voto de la mayoría), lo más importante, a mi modo de ver estuvo representado por la doctrina del voto minoritario en disidencia del Dr. Boffi Boguero que luego sirvió de base para la tercera etapa que comentaremos a continuación.

En el caso se cuestionaba: (i) la denegatoria administrativa respecto de un pedido de jubilación por invalidez y (ii) la constitucionalidad del art. 14 de la ley n° 14.263 que, contra tal resolución impugnada, únicamente permitía la promoción de un recurso extraordinario limitado a la revisión del derecho y a la inaplicabilidad de ley o de la doctrina, excluyendo por ende la revisión de los hechos.

La doctrina que surge de lo resuelto por la mayoría es la siguiente: “...La exigencia de que las decisiones de los organismos administrativos con funciones jurisdiccionales dejen expedita la instancia judicial, no es rígida y puede adecuarse a los requerimientos impuestos por la estructura del Estado moderno y por las actividades que él desarrolla teniendo en vista el bienestar social. Entendida con el sentido de que aquellas decisiones quedarán sujetas a control judicial suficiente – o sea que no se conferirá a los funcionarios un poder absolutamente discrecional e incontrolado, sustraído a toda especie de revisión judicial ulterior - tal exigencia tiene alcance variable según las peculiaridades de cada situación...la exigencia del control judicial suficiente se satisface (en el caso) por cuanto dicho precepto asegura la intervención de los jueces que actúan como tribunal de derecho (“la determinación de los hechos o la obtención de conclusiones con motivo de la prueba efectuada en el transcurso de una audiencia de las partes, puede considerarse como propia de los poderes ejecutivo o legislativo, diferenciados del judicial”, Fallos 187:79) y deciden sobre la inaplicabilidad de ley o de la doctrina; y además, porque sin necesidad de norma expresa, los magistrados intervinientes poseen, también, la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los derechos controvertidos si ella fuera suficientemente

⁴⁴ Sin embargo es de hacer notar que ya en 1942 Rodolfo Bullrich había publicado su obra “Principios generales de derecho administrativo”, ed. Guillermo Kraft, en la cual manifestaba que en nuestro sistema constitucional el poder ejecutivo no podía ejercer válidamente funciones judiciales por expresa prohibición del antiguo art. 95 (hoy 109) de la C.N. (p. 152). También Bosch “Tribunales...”, en 1952.

⁴⁵ Con la presidencia de Uriburu, desde 1930 hasta 1946, se sucedieron gobiernos de facto. Desde 1946 hasta 1955, se sucedió la Presidencia de el Gral. Perón, que se caracterizó precisamente por el auge de la nacionalización e intervención estatal en la economía.

⁴⁶ Fallos 244:548, 1959.

irrazonable, o se apoyara tan solo en una voluntad arbitraria o el capricho de los funcionarios, o implicara denegación de la defensa en juicio...”.

Es decir, la Corte para dar sustento a su doctrina, invoca nuevamente el principio de especialidad, conjugándolo con una interpretación dinámica del principio de división de poderes que permita al Estado “adecuar su estructura y actividad a los requerimientos de una sociedad moderna teniendo en vista el bienestar social”.

Asimismo, convalida la constitucionalidad del art. 14 de ley n° 14.263, por considerar que, a los fines de asegurar el mentado control judicial suficiente, no es necesaria la revisión por parte de los jueces de los hechos del caso y su valoración, salvo en los supuestos de arbitrariedad, que no son otros que aquellos que habilitan también la vía extraordinaria federal, con lo cual no se agrega nada nuevo.

El voto de la disidencia: lo esencial radica en la amplitud que el magistrado disidente le otorga a la revisión judicial, “esa revisión ha de penetrar el examen de los hechos, aspecto esencial que no puede ventilarse solamente en la órbita administrativa sin que los principios precedentemente expuestos (división de poderes) quedasen transgredidos”, toda vez que “es fácil concluir que una indebida fijación de los hechos no puede ser subsanada con una acertada selección de las normas jurídicas porque sería equivocado el presupuesto de que entonces se habría partido en el acto de juzgar”.

En orden al viejo art. 95 de la C.N., expresó que el mismo prohíbe al Ejecutivo, por sí o mediante resoluciones emanadas de organismos que actúen en su órbita, realizar funciones judiciales, constituyéndose en un principio fundamental de la organización constitucional nacional que impone una valla contra los avances de la administración sobre la Justicia.

Vemos entonces que la disidencia va más allá de lo expresado por la mayoría en orden al alcance del control judicial: debe abarcar también la fijación y acreditación de los hechos que dan sustento a la pretensión, ya que ello condiciona el encuadre jurídico del conflicto.⁴⁷

También se advierte en el voto minoritario que, si bien la Corte es el último intérprete y guardián de la constitución, siendo una de sus funciones principales interpretar sus preceptos de manera de asegurar su perdurabilidad en el tiempo, ello no la autoriza a desvirtuar los límites instituidos en carta magna, a punto tal de contradecir su espíritu y letra, bajo la excusa de atender a las necesidades de la época y en concordancia con lo resuelto por tribunales extranjeros: “Mientras no se reforme el art. 95 de la Constitución, en suma, la doctrina precedentemente expuesta es la que se ajusta a su letra y a su espíritu”.

⁴⁷ En sentido similar se dijo: “Los lectores ya saben que los hechos son lo más importantes en derecho, que si nos equivocamos en los hechos todo lo demás no sirve. Que son los hechos los que determinan que una solución sea justa o injusta, que una conducta determinada sea abuso del derecho o no, buena o mala fe, mala praxis o no, constituya así una arbitrariedad y así sucesivamente con cada uno de los grandes principios del derecho”. GORDILLO, Agustín “Introducción al Derecho”, Ed. La Ley, p. 71, 2007, Buenos Aires. El autor citado dedica varios capítulos a los hechos y la prueba, resaltando su importancia capital en la enseñanza y aplicación del derecho.

Es dable recordar la dimensión histórica en la que tanto éste fallo como el que a continuación se comentará se inscriben. Al momento de estas sentencias se encontraba al frente de la Presidencia el Dr. Frondizi, que llevó a cabo políticas desarrollistas, habiéndose vistos obligados a renunciar los integrantes de la Corte “peronista”, luego del derrocamiento del Presidente, y la filosofía de los nuevos miembros del Tribunal no se correspondía con la de sus antecesores. Este es un dato que es importante tener en cuenta.

IV.2.c) Tercer Etapa.

Este período se inicia con el célebre fallo “*Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio (suc)*”⁴⁸.

La situación fáctica era la siguiente: los actores reclamaban ante la Cámara Regional de Trenque Lauquen (organismo administrativo dependiente del Ministerio de Agricultura) el desalojo de los sucesores de Poggio de un predio sobre el cual se había celebrado un contrato de arrendamiento. Es decir, se trataba de una controversia entre particulares. La actora ganó en primer y segunda instancia (es decir ante la Cámara Central de Conciliación y Arbitraje Obligatorio). La demanda, luego de que se le denegara el recurso extraordinario, recurrió en queja ante la Corte, quien revocó la sentencia apelada y dejó sin efecto todo lo actuado en la causa. He aquí una apretada síntesis de los hechos del caso.

El voto de la mayoría: el holding del fallo lo encontramos principalmente en el considerando 19, donde se expresa que “control judicial suficiente quiere decir”:

- a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios;
- b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial (doct. de Fallos 205:17; 245:351).
- c) La mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie ha de tenerse por imperativas.

A su vez también en el considerando 20 in fine donde expone que el art. 18 de la C.N. exige ineludiblemente el acceso a una instancia judicial ordinaria al menos.

Por ello digo que en “*Fernández Arias*” se amplió el camino iniciado en “*López de Reyes*”, conforme la siguiente doctrina: (i) convalidación de la existencia de tribunales administrativos; (ii) reconocimiento de su validez en la medida de que queden sujetos a control judicial suficiente; (iii) se amplió la noción de control judicial suficiente, en el sentido de que también debe posibilitarse a los jueces la revisión de los hechos y la prueba meritada por la administración para resolver (con lo cual se acoge el criterio de la minoría en “*López de Reyes*”); (iv) sin perjuicio de ello, no termina por definir que es “control judicial suficiente”.

⁴⁸ Fallos 247:646, 1960.

Ahora bien ¿cuáles fueron los argumentos dados por la Corte para imponer la noción de control judicial suficiente como límite a la atribución y reconocimiento de facultades jurisdiccionales?

El voto mayoritario hace suya una singular interpretación del principio de división de poderes y del derecho a acceder a la jurisdicción (art. 18):

- i. El reconocimiento de que las referidas Cámaras rurales ejercen función jurisdiccional es conteste con la jurisprudencia del Tribunal (y cita fallos).
- ii. Ello se debe a una interpretación dinámica del principio de división de poderes que requiere de una administración ágil, eficaz y dotada de los instrumentos necesarios para dar respuesta a las necesidades y requerimientos de época que no pudieron ser anticipados por los constituyentes originarios (interpretación sociológica⁴⁹ y principio de especialidad). Cita jurisprudencia anglosajona.
- iii. Asimismo, el mentado principio debe ser conjugado con el resto de los derechos y garantías previstas en la Constitución, en especial, con el art. 18 que reconoce a todos los habitantes del país el derecho a recurrir al menos a una instancia judicial propiamente dicha, máxime cuando están en juego derechos subjetivos.
- iv. El sistema de rigidez constitucional no admite que una Ley del Congreso pueda alterar sustancialmente la distribución de funciones entre los tres poderes del Estado, a punto tal de desapoderar totalmente al Judicial de las atribuciones conferidas por la Constitución (doctrina del célebre caso “Marbury c/ Madisón”).
- v. Por ello (para que no exista tal desapoderamiento), la revisión de los jueces debe abarcar el derecho y los hechos, no siendo suficiente la mera posibilidad de interponer un recurso extraordinario.

Sin perjuicio de lo dicho, del fallo en análisis considero pertinente extraer dos opiniones vertidas en obiter dicta y que tienen relación con el tema objeto del presente trabajo, tal cual se verá oportunamente: (i) en el considerando 18 la Corte, con cita de jurisprudencia norteamericana expresa: "Sería indudablemente declarada inconstitucional una ley que pretendiera poner en manos administrativas la decisión final de controversias entre particulares"; (ii) por su parte en el considerando 20 el Tribunal aclara que “el art. 18 C.N. no requiere multiplicidad de instancias, según ha sido uniformemente resuelto”.

El voto de la minoría: si bien llega a la misma conclusión que la mayoría, lo hace por distintos caminos, o mejor dicho, profundiza aún más en la argumentación dada por el resto de los miembros de la Corte.

La diferencia entre ambos votos radica en un punto crucial: para la minoría no es constitucionalmente válido atribuir facultades jurisdiccionales a la administración, mientras que la mayoría lo acepta, siempre que exista control judicial suficiente.

Para arribar a tal conclusión, la minoría sostiene sintéticamente que:

⁴⁹ Método que, por oposición al conservadurismo normativo, se preocupa más por los cambios sociales y culturales para dar soluciones acordes con la realidad del momento. Es dinámico, acepta e incentiva el cambio. RABINOVICH-BERKMAN, “Derecho Civil. Parte General”, Ed. Astrea, p. 87 y ss., 2000, Buenos Aires.

- i. El art. 95 de la CN tiene su origen en la Constitución chilena y su inclusión tuvo por finalidad erradicar prácticas históricas que se remontan a la época de Rosas, mediante las cuales el ejecutivo asumió indebidamente funciones jurisdiccionales. Su significado es contundente: el sistema constitucional reposa en el principio de la división entre los poderes, uno de cuyos extremos consiste en la prohibición de que el Ejecutivo, por sí o mediante resoluciones emanadas de organismos que actúen en su órbita, realice funciones judiciales.
- ii. A su vez, la mentada norma se relaciona con otros artículos de la carta magna, a saber: el 18, 23, 24, etc., que dan sustento a lo dicho anteriormente.
- iii. La interpretación dinámica de la Constitución no puede ser utilizada para apartarse de sus normas, bajo el pretexto de adecuarlas a las necesidades modernas. En todo caso, “ha de ser el poder constituyente y no otro el órgano adecuado para traducir en nuevas normas mejores soluciones”.
- iv. Tampoco es posible que la administración resuelva contiendas entre particulares, es decir mediante la aplicación de normas de derecho privado, ya que ello también afecta en el caso, el reparto de competencias propio del Estado Federal (viejo art. 67/11 CN).

Ahora bien, el criterio sentado en este fallo, fue luego mantenido por la Corte en diversos precedentes, de los cuales solamente se mencionará algunos.

a) Compañía Argentina de Seguros de Córdoba S.A. c/ Nación.⁵⁰Dijo la Corte, la creación de órganos y jurisdicciones especiales de índole administrativa destinada a hacer más efectiva y expedita la tutela de los intereses públicos, es compatible con la Ley Fundamental, en cuanto la actividad de esos órganos se encuentra sometida a limitaciones de jerarquía constitucional que no es lícito transgredir, entre las que figura, ante todo, la que obliga a que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativo quede sujeto a control judicial suficiente.

b) Casa Enrique Schuster S.A.I.C. c/ Administración Nacional de Aduanas.⁵¹Cuando se trata de pronunciamientos jurisdiccionales emanados de órganos administrativos debe asegurarse su sujeción al control judicial suficiente, a fin de impedir que aquellos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído de toda revisión ulterior. Si bien dicho control se efectúa caso por caso, la mera posibilidad de interponer recurso extraordinario no es acorde al estándar del “control judicial suficiente”, ya que si bien el art. 18 de la CN no exige multiplicidad de instancias, si requiere de al menos una instancia judicial.

c) Octavio Di Salvo s/ Habeas Corpus.⁵²Se reconoció que la Cámara de Apelaciones Municipal de la ciudad de Buenos Aires es un órgano administrativo con funciones jurisdiccionales que no pertenece al poder judicial y por tanto sus resoluciones

⁵⁰ Fallos 295:552, 1976.

⁵¹ Fallos: 310:2159, 1987.

⁵² CSJN, “Recurso de hecho deducido por Octavio Di Salvo en la causa Di Salvo, Octavio s/ Habeas Corpus”, sent. Del 24/03/1988.

no son equiparables a una sentencia. Por ello, sus pronunciamientos deben estar sujetos a control judicial suficiente.

IV.2.d) Cuarta Etapa.

Con el caso “*Ángel Estrada*”⁵³ se abre un nuevo camino en la evolución de la jurisprudencia de la CSJN en relación al tema en estudio.

Vale tener presente que el fallo en cuestión fue elaborado por la nueva Corte, luego del proceso de renovación de sus integrantes que coincidió con el cambio presidencial del año 2003.

¿Qué se reclamaba? La materia de debate puede sintetizarse en dos puntos: a) limitación de la responsabilidad de la empresa distribuidora y b) en lo que aquí más interesa, la competencia del organismo de control (en caso de que se admitiera la responsabilidad por daños y perjuicios) para resolver, en sede administrativa, la procedencia del resarcimiento de daños y perjuicios solicitado por la usuaria con motivo en los daños ocasionados por una inadecuada prestación del suministro de energía eléctrica.

¿Qué resolvió la Corte? El cimero Tribunal, básicamente, - insisto- en lo que respecta a éste trabajo, convalidó la atribución de funciones jurisdiccionales a la administración.

¿Cuál es entonces la novedad? Lo novedoso del fallo, a mi modo de ver, radica en que se ha restringido el criterio de su antecesor “*Fernández Arias*”, en la medida en que se sentaron los siguientes criterios, a saber:

- a) Como principio la Corte comenzó su análisis manifestando que “el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional que, basado en el texto del art. 108 de la Constitución de Chile de 1833, prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales”. Es decir, varió la forma de avanzar sobre la problemática. A su vez tal afirmación implica que, por regla, la administración no puede ejercer la función de los jueces.
- b) Excepcionalmente ello puede acontecer si: (i) los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, (ii) su independencia e imparcialidad estén aseguradas, (iii) el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, (iv) sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente. Es decir, se aumentan los recaudos que deben conjugarse para la validez constitucional de los referidos organismos (los requisitos enumerados de “i” a “iii” no habían sido incluidos anteriormente, a su vez nótese que en relación al punto “iv”, la Corte incorpora la palabra “amplio”, lo cual en mi opinión, tal y como lo comentaré luego, implica una modificación importante en el estándar histórico del “control judicial suficiente”).

⁵³ Fallos: 328:651, 2005.

- c) El ejercicio de la potestad jurisdiccional solo será admisible en la medida de su vinculación con conocimientos técnicos o regímenes especiales en los que pueda predicarse una singular capacidad o idoneidad de los funcionarios de la Administración, -en relación al saber de los jueces- y por tanto la materia sea ajena al derecho común. En otras palabras, la Corte invoca el principio de especialidad, bajo el paradigma construido por la jurisprudencia de E.E.U.U., para decir que la restricción de la jurisdicción efectuada por el legislador es válida siempre y cuando “se circunscriba a las materias que configuran el corazón de las tareas que tuvo en miras en congreso que las emplazó”. No hay invocación expresa al método de interpretación dinámico del texto constitucional. Se incorpora un límite material que no puede ser dejado de lado por el Legislador a la hora de dotar a la administración de las mentadas potestades.
- d) Como corolario, concluye que el reclamo tendiente a obtener la reparación de daños y perjuicios con motivo del incumplimiento del contrato celebrado entre el usuario y la Empresa prestataria del servicio eléctrico, es materia ajena a la jurisdicción del ente regulador, ya que requiere para su resolución de la aplicación de normas del derecho común y no de conocimientos técnicos relacionados, en sentido estricto, con la prestación del servicio en sí.

En síntesis, el Tribunal vuelve a ratificar la validez constitucional de los organismos administrativos con potestades jurisdiccionales, pero a la vez amplía los recaudos de validez, introduciendo límites de carácter material (en que temas pueden intervenir y en cuales no), formal (en cuanto a su creación mediante ley del Congreso, control judicial suficiente y amplio, independencia e imparcialidad) y teleológico (el fin para el que han sido creados, lo cual tiene relación con la limitación material referida anteriormente, ya que servirá como pauta para determinar su competencia).

También es dable señalar que la Corte ha dejado en claro la fijación de indemnizaciones con arreglo al derecho común, no puede ser delegada a la administración por mas que se cumplan los recaudos enumerados en el punto “b”.

A lo largo de la evolución jurisprudencial de la CSJN, advierto que no resulta del todo fácil desentrañar una única pauta rectora a la hora de evaluar la constitucionalidad de la denominada “jurisdicción administrativa”, ya que los argumentos dados con el correr del tiempo han ido variando con el correr del tiempo.

Sin perjuicio de ello, es dable señalar que el Tribunal ha ido extremando cada vez más los recaudos de validez de este tipo “actividad jurisdiccional” atribuida a ciertos organismos administrativos. Esta pauta de mayor rigurosidad puede llegar a abrir el camino para que en un futuro, tal vez no muy lejano, la Corte cambie su criterio y declare la inconstitucionalidad del ejercicio de funciones judiciales por la Administración

De esta forma concluimos el análisis de la evolución jurisprudencial de la CSJN, con lo cual es tiempo de que avance en el desarrollo de mi opinión personal sobre el tema planteado.

V.) INTERPRETACION PERSONAL.

En este sentido, considero que en nuestro actual sistema constitucional no es posible que la administración, ya sea centralizada, desconcentrada o descentralizada, ejerza facultades jurisdiccionales, aún cuando se condicione su reconocimiento al cumplimiento de los diversos y rigurosos recaudos elaborados por la Corte, conforme lo detallara anteriormente.

Ello, no solo por compartir los argumentos brindados por los autores que sostienen ésta posición (Farrando, Gelli, Gordillo, Mairal, etc.), sino también por las razones que pretendo desarrollar, que considero complementarias a las ya descriptas y que trataré de ampliar en el régimen específico de defensa del consumidor.

Consecuentemente, la idea que sostengo conduce a contestar en forma negativa el interrogante planteado al inicio de este trabajo, es decir: no es factible conciliar la denominada “jurisdicción administrativa” con el principio de división de poderes y la garantía de la tutela judicial efectiva.

Para tratar de dar sustento a la afirmación antedicha, pasaré seguidamente a desarrollar las razones que creo fundamentan la misma, comenzando por la naturaleza jurídica que considero debe otorgársele a la potestad resolutoria en cuestión.

V.1) ¿Qué es la “jurisdicción administrativa”? Visión finalista.

Si partimos de la base de que en nuestro sistema constitucional no es posible aceptar la existencia de la mal llamada “jurisdicción administrativa”, el siguiente paso consiste en determinar cuál es la naturaleza jurídica de dicha actividad, para de esta forma fijar el régimen jurídico que la regirá y los efectos de los actos dictados en su ejercicio.

En mi opinión, la referida actividad no es otra cosa que función administrativa sujeta a revisión judicial plena, es decir, en la misma forma que acontece respecto del resto de los actos que se dictan con motivo del ejercicio de dicha función, sea cual fuere el criterio que se adopte para su conceptualización. Es una faceta más del vastísimo campo abarcado por la noción de función administrativa.

Se trata, en definitiva, de una potestad de resolución de conflictos que se ejerce en el marco del procedimiento administrativo y que por ello tiene como finalidad proveer a la satisfacción del interés público o bien común o interés general, al cual la Administración está llamada a proveer,⁵⁴ careciendo por tanto de los atributos propios de

⁵⁴ Expresa en este sentido Comadira: “la peculiaridad de la posición jurídica de la Administración Pública radica en que su función consiste en la realización del interés colectivo,

la función jurisdiccional (especialmente carecen sus decisiones del valor de cosa juzgada), siendo revisable judicialmente, tal y como acontece, por ejemplo, cuando la administración contrata, resuelve un recurso, emite un acto administrativo, etc.

Visión finalista

De lo expuesto anteriormente, vemos que a diferencia de la función administrativa, la judicial no implica la realización del interés público en forma inmediata y concreta, puesto que su fin es siempre realizar la justicia entre partes en un litigio.⁵⁵ Tiene por mira componer un conflicto, restableciendo el derecho particular vulnerado y manteniendo de esta forma la vigencia del orden jurídico. Atiende casos particulares.

Consecuentemente, resulta incorrecto y contradictorio, pretender investir a funcionarios administrativos, que actúan como órganos gestores del interés público para la comunidad a la cual sirven, de una función concebida con otra finalidad: afianzar la justicia, según reza el preámbulo de la C.N.

Existe aquí un obstáculo referido a la “idoneidad” requerida por el funcionario que habrá de ejecutar una y otra función, que torna inadecuada la atribución de potestades, ideadas para ser ejercidas por jueces, a agentes públicos pertenecientes organismos pensados para “administrar”, y que en la mayoría de las veces ni siquiera han accedido al cargo decisor mediante concurso público.

Esta sería una razón más para dar sustento a la afirmación de que el término “jurisdicción administrativa” es contradictorio en sí mismo.

Pues bien, llevando estos conceptos al ámbito específico de defensa del consumidor, es dable referir que la autoridad administrativa de aplicación tiene como norte la prevención y sanción de las conductas disvaliosas de los agentes del mercado, por considerar que ello contribuye a la realización del interés público en juego tutelado en el art. 42 de la CN⁵⁶. No se trata de un órgano ideado para resolver el conflicto puntual con el usuario.

Por ello resulta erróneo pretender que la Dirección de Defensa del Consumidor, ante una infracción al régimen que está llamado a custodiar, determine en el caso concreto la existencia de daño resarcible según las pautas de equidad y justicia (es decir, reparación del daño injustamente causado en la medida de su existencia y cuantía), ya que ello significa asignarle la tutela de un derecho (al resarcimiento), para lo cual el ente no ha sido concebido.

público y primario... el interés público se erige como presupuesto de legalidad de concretas actuaciones administrativas...” COMADIRA, Julio R. “El Acto Administrativo en la LNPA”, Ed. La Ley, pág.163, 2006, Buenos Aires. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva N° 6/86 ha sostenido que los conceptos de interés público, interés general, bien común y orden público son equivalentes.

⁵⁵ CASSAGNE, Juan C. “Acerca de la conexión y diferencias entre al procedimiento administrativo y el proceso civil”, LL, 1990, p. 967. Para quién también dicha conclusión no varía en los supuestos donde la administración es parte en el proceso, ya que es función de ésta y no del juez velar por la realización concreta del interés público.

⁵⁶ ALVAREZ LARRONDO, Federico M., “El impacto procesal y de fondo de la nueva Ley 26.362 en el derecho del consumo”, Especial La Ley ya citado.

Definida de esta forma la naturaleza jurídica de la “jurisdicción administrativa”, se ampliarán a continuación los argumentos que pretenden justificar la incompatibilidad de aquella con nuestro sistema constitucional.

V.2) Las normas constitucionales en juego.

Continuando con el desarrollo del presente, estimo pertinente referir las normas constitucionales que son de aplicación en este tema por transmitir, conjuntamente e interpretadas en armonía, “un modelo de gobierno patrio con tintes propios”⁵⁷.

Los artículos en cuestión, son:

- ✓ Art. 1 de la C.N.: establece el sistema republicano de gobierno, concebido como sistema político de división y control del poder, con publicidad de los actos de gobierno, responsabilidad de los funcionarios, periodicidad de los cargos e igualdad de todos ante la ley. Su finalidad consiste en evitar el desborde del poder y el peligro para las libertades individuales que suscitaría la centralización de las decisiones públicas⁵⁸.
- ✓ Art. 18 de la C.N.: reconoce el derecho a exigir un proceso legal con jueces naturales en todos los supuestos en que se debatan situaciones jurídicas subjetivas tuteladas por la ley. Es decir, implica – entre otras cuestiones- reconocer el derecho de acceder a la jurisdicción sin cortapisas y ante jueces imparciales.⁵⁹
- ✓ Art. 23 de la C.N.: extiende la prohibición prevista en el art. 109 de la Carta Magna al Presidente en los casos de estado de sitio, para condenar por sí o aplicar penas.
- ✓ Art. 29 de la C.N.: proscribire la concesión al ejecutivo de facultades extraordinarias y de la sumatoria del poder público, impidiendo de esta forma al Congreso investirlo a aquél, entre otras potestades, de funciones judiciales.
- ✓ Art. 108 de la C.N.: mediante el cual se estipula que el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales inferiores (a aquella Corte y por ende pertenecientes al Poder Judicial), que el Congreso establezca.
- ✓ Art. 109 de la C.N.: que establece que en **ningún caso** el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales.

⁵⁷ GELLI, “Constitución...”, ob. Opp. cit. p. 16/17 “...Los constituyentes no crearon una forma de gobierno sino que la adaptaron, tomándola del modelo norteamericano. Pero la elección de ese modelo lo fue conforme lo establecido por la misma Constitución...”. En el mismo sentido se dijo “...la Constitución argentina no fue una mera copia de la Constitución norteamericana sino el resultado de un proceso histórico y político con rasgos y características propias...”. GIL DOMINGUEZ, Andrés, “A cincuenta años de la sanción de la Constitución Argentina: ¿Fue un modelo autóctono o una copia de la Constitución de los Estados Unidos?”, Revista Universitaria La Ley, abril de 2003, Año V, N° 2., p. 4.

⁵⁸ GELLI, “Constitución...”, ob. Opp. cit. p. 21 y ss.

⁵⁹ Diversos Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional reconocen este derecho. Así: Declaración Americana de Derechos y Deberes de los Hombres en su art. XXVI; Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 10, etc.

- ✓ Art. 116 de la C.N.: por el cual todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes serán de conocimiento y resolución de la Corte y los tribunales inferiores, es decir, del Poder Judicial.

La idea matriz que trasunta el juego armónico de las normas transcriptas tiene su razón histórica: la intención de los constituyentes originarios de impedir para el futuro aquellas experiencias institucionales (preconstitucionales), mediante las cuales se concedieron en distintas ocasiones facultades extraordinarias y la suma del poder público a los gobernadores de la Provincia de Buenos Aires,⁶⁰ que tal y como lo explica Gelli,⁶¹ tuvo su apogeo con los gobernantes Viamonte y Juan Manuel de Rosas.

Ellas se basan en el principio republicano de división o separación de poderes, recogido por nuestra constitución y pilar fundamental de nuestra estructura política y organización jurídica y conllevan, como característica propia del régimen, la adopción del denominado “sistema judicialista” o de “unidad de jurisdicción”, por medio del cual: (i) la administración de justicia está a cargo exclusivamente y para todos los justiciables, de los órganos integrantes del poder judicial; (ii) hay una jurisdicción única para todos; (iii) por ello existe simultáneamente igualdad de jurisdicción para todos (única y la misma para todos); (iv) siendo ejercida únicamente por jueces naturales.⁶²

Ese espíritu nunca dejó de iluminar el sistema republicano nacional, a punto tal que su diseño, en orden a las relaciones entre el ejecutivo y el judicial, luego de la reforma de 1994 se mantuvo inalterable.⁶³

Consecuentemente, toda vez que se pretenda interpretar el ámbito de competencias de uno y otro poder, no puede pasarse por alto que “ese pensamiento profundo mantiene su vigor a través del tiempo” y por consiguiente la voluntad de los constituyentes ha sido y sigue siendo, que los jueces del poder judicial (valga la redundancia) sean, únicamente y en todos los casos, quienes ejerzan la función judicial o jurisdiccional, como quiera llamársela.

Asimismo debe aceptarse también, por la fuerza de la historia y la realidad, que a juicio de los constituyentes las normas en cuestión responden a las necesidades de la época, e imponen por consiguiente un mandato claro y preciso que ninguno de los poderes constituidos puede desconocerlo o modificarlo, sea cual fuere la razón o motivo invocado para ello⁶⁴.

⁶⁰Ej: Resolución de la Junta de Representantes del 6/10/1820; ley del 6/12/1829, entre otras.

⁶¹ GELLI, “Constitución...”, ob. op. cit. p. 336

⁶² BIDART CAMPOS...ob. op. cit., p. 348.

⁶³ Distinto es el caso entre el ejecutivo y el legislativo (art. 76 y 99 inc 3 de la C.N. entre otros).

⁶⁴ Conforme el criterio sostenido por la CSJN en “Chocobar”, Fallos: 319:3241, 1996, en el sentido de que el juicio de compatibilidad efectuado por el constituyente no puede ser desconocido o contradicho por los poderes constituidos. Criterio aplicable analógicamente al presente.

He aquí entonces un núcleo duro⁶⁵ que fija un límite infranqueable al método de interpretación sociológico utilizado por la Corte en “Fernández Arias” y sus análogos, tal y como lo adelantara la disidencia de los doctores Boffi Boggeo y Aberastury en el fallo citado: “una cosa es interpretar normativamente de acuerdo al sentido de evolución, traduciendo las nuevas y cambiantes necesidades sociales, y una muy otra el apartarse de las normas so color de adaptarlas a esas necesidades, desde que nada contraría más los intereses nacionales que la propia transgresión constitucional” por lo tanto “ha de ser el poder constituyente -y no otro- el órgano adecuado para traducir en nuevas normas las mejoras soluciones”.

V.3) El principio republicano de división de poderes y el art. 109 de la Constitución Nacional.

Como adelantáramos, el paradigma del principio de separación de poderes consiste, básicamente, en el reparto de órganos y funciones de gobierno dentro de la tríada, que en la Constitución Nacional, se integra con el “Poder Legislativo”, “Poder Judicial” y “Poder Ejecutivo”.

Nace como respuesta al despotismo (“el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente”, frase de Lord Acton) y tuvo en Montesquieu a uno de sus más grandes expositores. Su finalidad: controlar al poder para posibilitar la libertad y garantizar los derechos de las personas. Subyacen en su concepción dos valores claves: seguridad y control.

Dos han sido los principales sistemas que han dado vida a esta teoría, el francés y el anglosajón, de los cuales nos ocuparemos a continuación.

V.3.1) Versión francesa.

Si bien Montesquieu era francés y concebía al principio de división de poderes bajo el esquema de que aquél que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni ejecutarlas; el que las ejecuta no pueda hacerlas ni juzgar su aplicación; ni el que juzgue las haga o ejecute, los revolucionarios franceses, bajo el paradigma “juzgar a la

⁶⁵ Como dice Fiorini “toda nuestra tradición jurídica es la negación de las razones determinantes que influyeron en Francia para la creación de la presunta jurisdicción en la administración. El art. 95 (hoy 109) que prohíbe que en ningún caso el Poder ejecutivo, es decir, el jefe que tiene a su cargo la administración general del país, realice actividades judiciales, implica también que no podrá cumplir funciones jurisdiccionales. Este art. 95 (109) proyectado por Alberdi –cuya posición contra la dictadura es la que le hace preparar la bases de nuestra ley fundamental- se relaciona con el enfático y típicamente argentino art. 29 de total repudio a la suma del poder público. El art. 95 (109) es una especie del género prohibitivo del art.29...tanto es ese temor –razón dominante- que en el art. 23 se reitera nuevamente en forma expresa la imposibilidad de que el Poder ejecutivo pueda realizar funciones judiciales. Estas tres prohibiciones no rigen solamente para el Poder Ejecutivo, como pretende una desviada interpretación que se queda con la letra y excluye el contenido funcional que estos artículos encierran. La labor judicial o jurisdiccional está prohibida al jerarca superior y por ende a los órganos inferiores, es decir a toda la administración pública sin excepción” Conf. FIORINI, Bartolomé “Inexistencia del acto jurisdiccional y judicial en la administración pública”, JUS, 6:31, p. 36, 1965, La Plata.

Administración es administrar”, elaboraron un sistema donde hay órganos que juzgan a la Administración y que no pertenecen al poder judicial.

Razones históricas propias de la época de la revolución convergieron para concebir de esa forma el principio de división de poderes: la burguesía ascendiente en el ejecutivo no quería permitir que sea el poder judicial, integrado por la vieja nobleza destituida, la que juzgara la legalidad de sus actos.⁶⁶

Con el propósito de excluir al poder judicial de toda injerencia en materias concernientes a la Administración, se estableció un sistema de compartimientos estancos, de modo tal que “cada poder es soberano en su esfera” (cada uno legisla, administra y juzga dentro de su ámbito de incumbencias). El efecto logrado: aislamiento de poderes.

Con Napoleón se profundizó la concepción revolucionaria, creándose un sistema jurisdiccional dentro de la propia Administración, y a cargo del Consejo de Estado Francés. Se configura así, el sistema de doble jurisdicción: una jurisdicción administrativa (para juzgar a la administración) y otra judicial (referida a los pleitos entre particulares). Existe un control de tipo administrativo: la Administración es juez y parte.

V.3.2) Versión anglosajona.

A diferencia del anterior, este sistema responde a la lógica de “frenos y contrapesos”: cada órgano cumple su propia función y a demás controla y limita la de los otros dos. Existe una división de funciones para facilitar el contralor mutuo entre los poderes del Estado. La finalidad perseguida: garantizar las libertades individuales.

Tocqueville, en su examen “in situ” de Norteamérica del siglo XIX, expresaba esta idea desde la óptica cotidiana: “el habitante de los Estados Unidos aprende desde su nacimiento que hay que apoyarse sobre sí mismo para luchar contra los males y las molestias de la vida; *no arroja sobre la autoridad social sino una mirada desconfiada e inquitá, y no hace un llamamiento a su poder más que cuando no puede evitarlo*”.⁶⁷

De allí que el control sea de tipo judicial, de unidad de jurisdicción como lo mencionáramos anteriormente, en el sentido de que es el Poder Judicial el único encargado de controlar la legalidad de los actos del poder administrador y la constitucionalidad de las leyes del Congreso (art. 116 C.N.).

V.3.3) Sistema argentino. Implementación.

Conforme lo ya dicho, nuestra Constitución se ha inspirado en la norteamericana, instituyendo un sistema de pesos y contrapesos. Ella fue concebida

⁶⁶ Por esta razón se dictó una ley que prohibía – bajo pena de prevaricato- la posibilidad de que los jueces se inmiscuyan en los asuntos de la administración. Tomás Hutchinson, “Colección...”, ob. op. cit. p. 21. No puede dejarse de apuntar también que esta circunstancia histórica haya influido en la construcción de las denominadas “cuestiones políticas no judiciales”.

⁶⁷ TOCQUEVILLE, Alexis, “La Democracia en América”, p. 206, Varias Ediciones: Selección.

como “garantía de la libertad”, para que “el poder detenga al poder” a través del mutuo control e interacción entre los poderes del Estado⁶⁸.

Lo característico del sistema patrio es la existencia de un determinado equilibrio entre los departamentos ejecutivo, legislativo y judicial, con la clara y manifiesta intención de evitar la concentración de potestades públicas en un solo órgano del poder e incentivar el control entre todos, para asegurar de esta forma que la libertad de los ciudadanos no quede a merced de gobiernos autoritarios⁶⁹.

Es este sentido, es dable advertir que este pensamiento se ha profundizado con la Reforma de 1994 mediante la incorporación de diversos órganos extrapoderes de control (Auditoría General de la Nación, art. 85 C.N.; Defensor del Pueblo art., 86, etc.), que tienden aún más a fragmentar el poder y aumentar el contralor sobre su ejercicio.

La muestra más cabal de la intención de evitar la concentración del poder en un solo órgano está representada por el art. 109 de la C.N. que expresamente prohíbe al Ejecutivo, como autoridad máxima de la Administración, y por tanto también a sus inferiores (ya que sería un contra sentido afirmar que los dependientes pueden ejercer funciones que la Constitución le prohíbe a su superior), en ningún caso, ejercer funciones judiciales.

La frase “en ningún caso”, equivale a decir “nunca” y a su vez traduce un mandato claro al Poder Legislativo y Judicial de que no pueden “en ningún caso” investir al Ejecutivo de tales funciones o convalidar su ejercicio, bajo pena de nulidad absoluta (art. 29 C.N.). Por ello decíamos que la denominada “jurisdicción administrativa” no puede dejar de ser más que una variante por medio de la cual se traduce el ejercicio de la función administrativa, con los atributos propios de este régimen.

V.3.3.1) *Reparos a la utilización de jurisprudencia francesa y americana como guía de interpretación en la materia en estudio.*

En este contexto es importante destacar que, al ser nuestro sistema constitucional de corte anglosajón, resulta inadecuado recurrir al régimen francés para interpretar nuestros preceptos constitucionales o incorporar institutos concebidos en un contexto histórico y político que no se corresponde con el nuestro. De allí entonces sea incorrecto acudir a la noción francesa de “jurisdicción administrativa” y “jurisdicción judicial”, para justificar la atribución de potestades jurisdiccionales a la administración, saltando de esta forma el vallado impuesto en los art. 109 y concordantes de la C.N.⁷⁰.

Nuestro sistema, como lo mencionara anteriormente, es de unidad de jurisdicción: lo judicial es una facultad propia y exclusiva de los jueces integrantes del poder judicial.

⁶⁸ GORDILLO, Agustín, “Tratado...”ob. Opp. cit. p.III-5

⁶⁹ La centralización se asocia generalmente con la idea de un Estado más absolutista, proclives a la concentración de facultades, mientras que los democráticos buscan en la descentralización la eficiencia que representa el manejo de los intereses y las garantías que significa el alejamiento del poder central con el peso de su influencia. SILVERIO GUZMÁN, Alfredo, “Autarquía y descentralización”, ED. 179/755

⁷⁰ Ver apartado V.2.

Por razones similares, tampoco considero apropiado recurrir a la jurisprudencia norteamericana para justificar la atribución de potestades judiciales a la administración.

Como refiriera anteriormente, los constituyentes nacionales no copiaron la constitución de E.E.U.U. sino que la adaptaron a la realidad y contexto patrio, dando vida a un texto propio nutrido de diversas fuentes, nacionales y extranjeras.

Tal es así que los art. 29 y 109 no han sido extraídos de la Constitución Americana (que no los tiene), sino que fueron incorporados al texto constitucional por razones ya explicitadas,⁷¹ dando lugar a un diseño diferenciado respecto de aquella.

Por ello, invocar jurisprudencia americana con el fin referido, en lugar de aclarar la situación, genera más confusiones de las ya existente, toda vez que en el país del norte no se halla una prohibición tan expresa como la prevista en nuestro ordenamiento constitucional respecto de la imposibilidad de que el Ejecutivo ejerza funciones inherentes al Judicial.

Consecuentemente, siendo nuestro sistema mas judicialista que el americano, mal puede recurrirse a una doctrina - elaborada en un marco donde los límites en orden a la delimitación de competencia jurisdiccional por la materia no están normativamente del todo fijados - que pueda afectar el alcance del control judicial sobre la administración, restringiéndose de esta forma derechos y garantías constitucionales expresamente tuteladas en la Carta Magna y en diversos Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.⁷²

V.3.3.2) Legalidad y eficacia.

A mayor abundamiento, es dable destacar que el principio de división de poderes no fue concebido como pauta científica que facilite la gobernabilidad de los Estados o como herramienta que otorgue mayor eficacia al ejercicio de las funciones encomendadas a las autoridades para dar plena satisfacción al interés público (es decir, garantizar efectivamente el goce de los derechos y garantías fundamentales por parte de

⁷¹ Ídem nota anterior. Por su parte el art. 29 es una norma propia del derecho constitucional argentino, conf. BIDART CAMPOS...ob. op. cit., t. 2, p. 336, mientras que el 109 fue extraído del art. 108 de la Constitución de Chile del 33 y tiene un antecedente en la Constitución de Cádiz de 1812, conf. CASSAGNE, Juan C. "Derecho...", ob. op. cit., p. 87 y ss.

⁷² "Máxime si ello es confrontado con el comportamiento frecuente de la Administración consistente en no tutelar debidamente garantía del debido proceso adjetivo en su propia sede" GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo A. y EGEA, Federico M., "Especialidad y tutela judicial efectiva en Neuquén. El fallo González.", La Ley Patagonia, año 3, n° 5 Octubre de 2006.

los individuos en el marco de un Estado Democrático),⁷³ sino lo fue como medio para asegurar posibilitar la libertad y asegurar los derechos de los argentinos.

Finalidad que indudablemente debe privilegiarse frente a las demás que son propias de la organización institucional, como aquella reconocida por la Corte en el sentido de que el principio aludido “en nuestras sociedades modernas halla su causa y finalidad en la especialización que pide el cumplido ejercicio de las diversas funciones que deben satisfacer los estados. La distribución de dichas funciones en órganos, cuya integración funcional está pensada con arreglo a la especificidad de aquellas, es prenda de un mejor acierto de sus proyectos y realizaciones”.⁷⁴

En palabras del Máximo Tribunal Federal: la regla de la separación de poderes quedó instituida como garantía de los derechos de la comunidad y no como prerrogativa del Estado frente a los particulares⁷⁵

Por ello, si el Estado debe adaptar su estructura funcional para, en este caso, dar plena satisfacción a los derechos de los consumidores y usuarios en la relación de consumo, lo debe hacer conforme las normas, principios y valores que dan sustento a la organización constitucional, es decir, dentro del marco de la legalidad.

O sea, si bien es cierto que las obligaciones de carácter constitucional asumidas por el Estado en orden a asegurar el respeto y la efectiva vigencia de los derechos humanos, reclaman una estructura ágil y efectiva, capaz dar respuestas rápidas y eficaces (principio de eficacia en el obrar estatal), no es menos cierto que dicha organización no puede pergeñarse al margen de las garantías que la propia Constitución reconoce a favor de los habitantes.

Así, en la causa “Verbitsky”⁷⁶ la CSJN expresó “a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicializable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y de evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir controversias. **Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación.** (Cons. 27).

⁷³ En lo personal considero que a partir de la reforma constitucional de 1994, el fundamento de la legitimidad del obrar de la Administración radica en garantizar el pleno y progresivo goce de los derechos y garantías de carácter fundamental. Por ello la configuración del interés público no puede desconocer los Tratados de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional. De allí sea procedente sostener que la noción de “bien común” ha adquirido un contenido objetivo, cuyo marco de referencia se encuentra representado el bloque de constitucionalidad conformado por los referidos instrumentos internacionales y la Constitución Nacional. En igual sentido SALOMONI, Jorge L. en “Interés Público y Emergencia”, Texto de la Conferencia presentada en el Congreso “La emergencia hoy”, fundación de Derecho Administrativo, agosto de 2003. Por su parte la CIDH ha dicho que “el fin principal del Estado democrático moderno es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de las circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad”. Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó en su Opinión Consultiva N° 6/89, cons. 28 y 29.

⁷⁴ GELLI, “Constitución...”, ob. op. cit. p 23. En igual sentido CS “Peralta”, Fallos: 313: 1513, 1990.

⁷⁵ Fallos: 310: 1079, 1987.

⁷⁶ CSJN, “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudio Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ Habeas corpus” (3/5/05).

En este mismo orden de ideas, en el fallo “Felicetti”⁷⁷, citando a la CIDH, señaló “garantizar implica el deber del Estado – entendiendo por tal todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público- de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención les reconoce... Conforme con los principios así reseñado, **la protección de los derechos humanos se puede concretar mediante la reforma de las normas constitucionales o legales que aseguren su respeto, pero nunca mediante actos que impliquen la violación del orden jurídico interno. El aseguramiento de la vigencia del derecho no puede concretarse mediante su aniquilación**” (Cons. 6 y 14).

En igual sentido ya se había expedido en la causa “Ekmekdjian c/ Sofovich”⁷⁸ al especificar que la obligación asumida por el Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de respuesta (que no estaba previsto en esa época en la legislación interna) se debe cumplir **mediantes las medidas que fueran necesarias según el ordenamiento jurídico interno del país** (Cons. 22).

De esta forma, no es admisible pretender justificar la atribución de facultades jurisdiccionales a la administración partiendo de una concepción dinámica del principio de división de poderes, es decir, como prerrogativa estatal de distribución de tareas, ya que ello no se condice con el espíritu ni letra de nuestra Constitución.

La plena vigencia de los derechos fundamentales se asegura intensificando y manteniendo el equilibrio propio del principio republicano de división de poderes ideado por los constituyentes, y no partiendo a la inversa, es decir, sosteniendo que el aseguramiento de las libertades ciudadanas requiere modificar o alterar el principio de separación de funciones, de forma tal de justificar que un poder se arrogue el ejercicio de facultades asignada constitucionalmente a otro para garantizar con ello la el efectivo goce de aquellos.

Si el problema reside en que supuestamente tenemos una justicia lenta, carente de una organización capaz de dar respuestas urgentes y adecuadas a las necesidades de la época, traducidas éstas en conflictos de derecho, la solución no consiste en consentir que otro poder del Estado – en el caso el ejecutivo- , asuma parte de las funciones de aquél, partiendo de la base de que éste cuenta con una estructura más ágil y eficaz que le permite cumplir óptimamente sus obligaciones, ya que tal premisa no tiene ninguna correspondencia con la realidad de la cotidiana de la Administración.

Si el Poder Judicial no funciona correctamente, lo que se debería hacer es tratar de identificar sus errores y corregirlos, pero dentro del marco constitucional, es decir, por ejemplo, creando fueros especializados, modificando los códigos procesales, simplificando trámites, etc., o, en el más extremos de los casos, reformando el texto constitucional, mas nunca vaciarlo de contenido, ya que de ser así, afectaríamos en su máxima expresión el equilibrio de poderes diseñado por la Constitución Nacional.

⁷⁷ Felicetti C.S. (2000) El Derecho 17 de abril de 2001.

⁷⁸ Fallos: 315:1492, 1992

Por las misma razón, los argumentos dados⁷⁹ para justifica la incorporación del art. 40 bis a la LDC no tienen la entidad suficiente para apartarnos de la consideraciones vertidas anteriormente. Es este sentido dedicaré un apartado especial al cuarto fundamento esgrimidos, referido al art. 42 de la C.N.

V.3.3.3) *El art. 42 de la CN no modifica el contenido de los Art. 18 y 109 de la Carta Magna.*

Se sostiene que el art. 42 de la C.N. al decir que “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios”, proporciona fundamento constitucional para el otorgamiento de potestades jurisdiccionales a la administración en el marco de la relación de consumo.⁸⁰

Particularmente considero que ello no es así, ya que si bien la norma citada no nos dice a que procedimientos de refiere, ella debe ser interpretada en armonía con el resto de los derechos y garantías constitucionales. En especial debe tenerse en cuenta el “núcleo duro” que hacíamos referencia anteriormente, consistente en la prohibición de que el ejecutivo se arrogue, por si o mediante delegación, funciones judiciales

La defensa de los consumidores y usuario requiere no solamente de acciones, recursos y órganos con medios y procedimientos ágiles, equilibrados, capaz de dar pronta y adecuada respuesta a las necesidades del colectivo, sino también necesita que éstos sean implementados conforme la constitución y la ley, es decir, respetando los límites constitucionales existentes, ya que de lo contrario, los derechos de aquellos pueden verse frustrados como consecuencia de los propios vicios del sistema ideado para atender sus reclamos.

El fin no justifica los medios⁸¹.

Por más complejo o difícil que sea el problema a combatir, la solución debe encarrilarse dentro de los cauces legales previstos, ya que esta, y no otra, es la esencia del Estado de Derecho Democrático.

En todo caso, los mentados “procedimientos eficaces” deberían idearse en el marco del Poder Judicial, órgano encargado de controlar la legitimidad de la legislación que se dicte al efecto⁸².

⁷⁹ Ver supra III.1

⁸⁰ Ídem nota anterior.

⁸¹ Razonamiento que se utiliza también, en forma similar, en la teoría del fruto del árbol venenoso. GELLI, “Constitución...”, ob. op. cit. p. 230 y ss.

⁸² Control que abarca la razonabilidad y legalidad del acto. COMADIRA, Julio R. “El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, Ed. La Ley, pág. 49, 2006, Buenos Aires. CSJN, fallos: 320:2509, 1997. Para un estudio profundo del contenido del test de “razonabilidad” en la jurisprudencia de la Corte, ver el comentario al art. 28 de la C.N., por GELLI, “Constitución...”, ob. Opp. cit.

V.3.3.4) La Dirección Provincial de Defensa del Consumidor carece de los atributos de independencia e imparcialidad.

¿Cuál es la razón por la que, aún en los sistemas de doble jurisdicción, las contiendas entre particulares generalmente se han de someter a conocimiento del Poder Judicial?

Una de los motivos lo podemos encontrar en las garantías de imparcialidad e independencia de los magistrados a quienes la Constitución y la Ley les han atribuido el ejercicio de la jurisdicción.

En efecto, al monopolizar el estado el ejercicio de la función judicial, debe asegurarse que los funcionarios encargados de solucionar y componer los conflictos de intereses, dicten sentencias justas (más allá de la concepción de justicia propia de cada época y tipo de relación), para dar cumplimiento al mandato de “afianzar la justicia”, previsto en el preámbulo.

En este marco, resulta indispensable que los jueces sean imparciales respecto de las partes en litigio, presentándose ante éstas como tercero desinteresado en la controversia (tal es así que las normas procesales prevén institutos específicos para efectivizar esta garantía en el marco del proceso, tales como la recusación y excusación) e independientes, es decir únicamente sujetos solamente a las leyes, y no a las órdenes o instrucciones de otros poderes (para asegurar ésta última, la Constitución asegura a los magistrados la intangibilidad de sus remuneraciones y la inamovilidad en el cargo, mientras dure su buena conducta, para evitar que estén sujetos a las presiones sociales, político y económicas de la época).

Por esta razón, los diversos órganos integrantes del Poder Judicial (jueces de todas las instancias) se desenvuelven mediante reglas de coordinación frente a la alzada o ante el mismo Tribunal.

Pues bien, este no es el caso de la Dirección de Defensa del Consumidor. Éste carece de las garantías aludidas por cuanto no es independiente, toda vez que: (i) se trata de un órgano administrativo desconcentrado, dependiente de la Secretaría de Producción y Turismo de la Provincia, quien a su vez depende jerárquicamente del Ministerio del ramo, que ejerce función administrativa y por tanto está sometido a una estructura jerárquica y piramidal, con reglas de subordinación ante el superior razón por la cual es indudable que carece de la independencia propia de los magistrados judiciales; (ii) a mayor abundamiento, los funcionarios a cargo no gozan de las garantías de intangibilidad de la remuneración e inamovilidad en el cargo, bastando con decir que la actividad administrativa de la Dirección se regula no solamente por la Ley 2268, sino también por la Ley 1284 de procedimientos administrativos local, conforme su art. 1⁸³, siendo de aplicación los arts. 19, 23 y 24 de la citada norma.⁸⁴

⁸³ “Esta ley regirá toda la actividad administrativa estatal provincial, centralizada y descentralizada...los procedimientos administrativos especiales que establezcan otras leyes se regirán supletoriamente por las disposiciones de esta ley”.

⁸⁴ ART. 23: Tiene lugar- la desconcentración- cuando la ley confiere en forma regular y permanente atribuciones a órganos inferiores, dentro de la misma organización de una entidad pública. El órgano desconcentrado *carece* de personalidad jurídica propia y *patrimonio*.

Art. 24: Los superiores jerárquicos... tiene todas las atribuciones inherentes al poder jerárquico establecidas en el art. 19, excepto: a) dar órdenes acerca de cómo resolver un asunto

Tampoco puede ser imparcial, ya que: (i) se trata de un órgano que es parte del procedimiento de verificación de infracciones al régimen de la LDC, que actúa con el objeto de propender a la “defensa” de los “consumidores y usuarios”, mediante la sanción y represión de las inconductas de los proveedores en la relación de consumo;⁸⁵(ii) es la misma autoridad la que imputa y resuelve.

V. 4) El principio de especialidad y la doctrina del caso “Ángel Estrada”.

Uno de los argumentos que la Corte usó desde sus inicios y profundizó en el caso “Ángel Estrada”, para justificar la atribución de potestades jurisdiccionales a la Administración, esta dado por el principio de especialidad.⁸⁶

En doctrina ha sido Bianchi, tal y como lo manifestáramos oportunamente, quien también desarrollara esta idea y propusiera su aplicación en el sistema argentino⁸⁷.

Sucintamente, bajo este principio se postula la ventaja de otorgar potestades jurisdiccionales a órganos que por su composición y conocimientos en determinadas materias estarán en mejores condiciones de resolver los problemas atinentes a su especialidad. Su aplicación tendría dos consecuencias: justificar la atribución de jurisdicción al ente y a su vez actuará como límite material al ejercicio de tal prerrogativa, ya que la misma habría en relación a la materia específicamente atribuida al ente. En palabras de la Corte, su jurisdicción se circunscribe “a las materias que configuran el corazón de las tareas que tuvo en miras el congreso cuando las emplazó”.⁸⁸

Respecto de la recepción de ésta teoría, considero oportuno efectuar una serie de reparos que, a mi entender y sin perjuicio de lo manifestado en el acápite V.3.3.1.), tornan de muy dudosa constitucionalidad su aplicación en el régimen argentino para justificar la denominada “jurisdicción administrativa” y más aún para sostener que resultan igualmente aplicables al régimen de defensa del consumidor.

En relación a la primera cuestión, el principio de especialidad topa con un límite infranqueable: el constituyente ya ha delimitado el sistema de reparto de funciones entre los tres poderes clásicos, por lo tanto aquel dogma debe insertarse dentro de ese esquema, estándole vedado al Legislativo modificar el reparto de competencia

concreto comprendido en las competencias desconcentradas; b) Transferir las competencias desconcentradas mediante avocación y sustitución. ART. 19: Atribuciones del poder jerárquico: a) *emitir órdenes generales* o particulares, instrucciones o circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del inferior;...c) *Vigilar* la acción del inferior empelando todos los medios necesarios para ese fin...d) ejercer competencia *disciplinaria*...etc.

⁸⁵ Nótese que, si se acredita una infracción al referido régimen, la Autoridad de Aplicación habrá de aplicar una sanción al proveedor que, en el caso de ser dineraria, irá a parar a las arcas de la provincia sin afectación específica en el presupuesto provincial...

⁸⁶ Ver supra IV.2)

⁸⁷ Ver supra IV.1)

⁸⁸ GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo A. y EGEA, Federico M., “Especialidad...”, ob. Opp. cit. CSJN, Fallos: 328:651, 2005, cons. 6.

constitucionalmente establecido en función de considerar que una materia es lo suficientemente técnica o compleja como para quedar bajo el conocimiento del poder al que originariamente le corresponde intervenir.

Si a criterio del Congreso, un conflicto de derecho requiere para su resolución de conocimientos técnicos o específicos, deberá entonces buscar la solución con las herramientas que le brinda el sistema, creando por ejemplo, un fuero especializado dentro del poder judicial, con reglas procesales especiales, etc.

En este sentido cabe efectuar la siguiente pregunta ¿Cuál es el criterio que utilizará el Congreso para atribuir que una determinada materia presenta aristas tan particulares cuyo entendimiento o estudio no se le puede pedir a un juez? Es muy difícil, establecer a priori tal pauta rectora.

Por ello, esta falta de precisión puede dar lugar a interpretaciones indebidas que redunden en perjuicio de la República (ya que habilitaría a alterar el reparto de funciones efectuado por los constituyentes), y también que afecten a los individuos a la hora de determinar a qué autoridad peticionar para obtener respuesta a su reclamo.

A demás, bien es sabido que en el proceso judicial, los peritos existen por una razón, asistir al juez en cuestiones técnicas. En palabras de Palacio: “la prueba pericial acontece, frecuentemente, cuando la comprobación o la explicación de ciertos hechos controvertidos en el proceso, requiere conocimientos técnicos ajenos al saber específicamente jurídico del juez. De allí la necesidad de que este último sea auxiliado, en la apreciación de esta clase de hechos, por personas que posean conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria, y a quienes se denominan peritos”⁸⁹

De esta forma, si el tema debatido requiere de saberes especiales, el juez habrá de recurrir a peritos para hacerse valer de uno de los elementos que tendrá en cuenta para resolver el conflicto.

Ahora bien, en doctrina se ha postulado la aplicación del principio de especialidad en materia de Defensa del Consumidor, por considerar que su tratamiento requiere de “la especialización de la autoridad de aplicación en los distintos aspectos de la relación de consumo”.⁹⁰

Es oportuno preguntarse ¿las relaciones de consumo presenta una complejidad tal que no pueda ser tratada directamente por los jueces? Mi respuesta es no. Tal es así que existe absoluta independencia entre los reclamos administrativos y las acciones judiciales. Es decir se puede instar la vía administrativa sin la judicial o al revés,⁹¹ con lo cual la mentada especialidad es de muy dudosa aceptación, ya que el propio legislador lo ha interpretado en sentido contrario.

⁸⁹ PALACIO, Lino E. “Manual de Derecho Procesal Civil”, ed. Abeledo-Perrot, p. 493/494, 1997, Buenos Aires.

⁹⁰ PICASSO, Sebastián, “Nuevas Categorías...”, ob. op. cit. En sentido similar ver ALVAREZ LARRONDO, Federico M., “El impacto procesal...”, ob. Opp. cit.

⁹¹ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. “Servicios públicos, defensa del consumidor, procedimientos”, Especial JA ya citado. Ver también art. 55 de la Ley 22.240.

Asimismo, en orden a la atribución concedida a la autoridad de aplicación de la LDC para fijar indemnizaciones en los términos del art. 40 bis⁹² considero oportuno efectuar dos aclaraciones que refuerzan la “tesis” de su inconstitucionalidad⁹³, a saber:

1. El objetivo de interés público que la Autoridad de Aplicación persigue consiste en corregir las inconductas de los proveedores en el marco de la relación de consumo, tratando en primera instancia de arribar, dentro del procedimiento administrativo, a una solución conciliatoria, y si ello no fuera posible sancionando al infractor, mas no en reparar los eventuales daños sufridos por el afectado. Por ello, aun aceptando que la Dirección referida sea “especialista” en la materia de consumo, la fijación de indemnizaciones estaría excluida, toda vez que el conocimiento necesario para determinar la existencia de daño resarcible no es otro que el que tiene los jueces.
2. En “Ángel Estrada”, la Corte ya estableció un límite material por el cual la fijación de indemnizaciones con arreglo al derecho común, no puede ser delegada a la administración, ya que no requiere de conocimientos específicos para su determinación⁹⁴ Por ello aun aceptando la posibilidad de que la Administración ejerza función jurisdiccional, el art. 40 bis referido resulta igualmente inconstitucional, por no adecuarse al estándar elaborado por la CSJN, en cuanto se infringen los límites materiales y formales (especialmente en lo atinente a las garantía de imparcialidad e imparcialidad, tal cual lo refiriéramos “ut supra”, y también respecto del recaudo referido al control judicial, según lo veremos infra).

V.5) **La Constitución de la Provincia del Neuquén.**

Concordantemente con lo expuesto hasta aquí, la Constitución de la Provincia del Neuquén, establece: art. 226 “*Corresponde al Poder Judicial el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre puntos regidos por esta constitución, por los tratados que celebre la Provincia por las leyes de la Legislatura... y de las regidas por el derecho común...*”; art. 227 “**La potestad del Poder Judicial es exclusiva y no podrá en ningún caso el Poder Legislativo o Ejecutivo ejercer funciones judiciales o arrogarse el conocimiento de causas pendientes ni revivir las fenecidas**”.

Es decir, se ratifica todo lo dicho hasta aquí.

Asimismo, y por si quedaran dudas del robustecimiento del principio republicano de división de poderes, el art. 12 sienta el principio de indelegabilidad de facultades: “**Los Poderes Públicos, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, no podrán delegar sus atribuciones, ni los magistrados y funcionarios sus funciones bajo pena**

⁹² Ver supra III.1)

⁹³ En contra ALVAREZ LARRONDO, Federico M., “El impacto procesal...”, ob. Opp. cit.

⁹⁴ Ver supra IV.2.d) y BOULLAUDE, Gustavo, “La competencia de los entes reguladores de los servicios públicos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sus Límites”, Especial JA ya citado, entre otros.

de nulidad. Ni uno ni otros podrán arrogarse, atribuirse ni ejercer más facultades que las expresamente acordadas por esta constitución y las leyes que reglamenten su ejercicio”.

La claridad meridiana de los términos en que se plasma el principio transcripto, me releva todo tipo de comentario al respecto.

V.6) La garantía de la tutela judicial efectiva.

En los párrafos anteriores se abordó el problema de las potestades jurisdiccionales de la administración desde la óptica del principio de división de poderes, tratando de demostrar la incompatibilidad existente entre ambos institutos.

Ahora bien, partiendo de la base de que nuestra Constitución se divide en dos segmentos, uno dogmático (libertad) y otro orgánico (poder), es dable sostener como estándar de hermenéutica constitucional que no es válido interpretar el alcance de las atribuciones otorgadas a los poderes constituidos en la parte orgánica de la Carta Magna, omitiendo en esa determinación la valoración de los límites que, para el ejercicio de tales poderes, se derivan de la parte dogmática de aquella⁹⁵.

Por ello, el alcance y contenido de las atribuciones conferidas en la parte orgánica a cada uno de los poderes constituidos deben ser interpretadas de forma tal de no lesionar los principios y garantías de la parte dogmática, toda vez que la organización del poder fue concebida como un instrumento al servicio de la libertad.

De conformidad con estos lineamientos, corresponde abordar el tema en estudio desde el prisma de la tutela judicial efectiva- concebida ésta como concepto genérico donde se engloban diversas garantías⁹⁶ que hacen posible la protección judicial de los derechos y libertades de las personas- intentando señalar de qué manera la implementación de la “jurisdicción administrativa” distorsiona el contenido mínimo de aquella.

Esta garantía no tiene formulación explícita en la Constitución Nacional, por lo que se la ha considerado comprendida en el art. 33 de la C.N., y como derivación directa de los art. 18 y 109 de la C.N.,⁹⁷ conforme el sistema de unidad de jurisdicción adoptado, de modo tal que sean los jueces los únicos encargados de resolver los conflictos de derecho entre los particulares y de éstos con el Estado.

Con la incorporación al bloque de constitucionalidad de diversos Tratados de Derechos Humanos en 1994 (art. 75 inc. 22 C.N.), adquirió rango constitucional,

⁹⁵ COMADIRA, Julio Rodolfo, “La Licitación Pública (Nociones, principios, cuestiones), ed. Depalma, p. 95, 2000, Buenos Aires.

⁹⁶ Las garantías constitucionales constituyen medios tendientes a asegurar la protección de los derechos y afianzar la seguridad jurídica, que actúan como instrumentos para contener el poder y lograr una buena administración y están establecidas en el plano de las normas y principios de la Constitución Nacional y las leyes. Conf. SARMIENTO GARCÍA y OTROS “La Reforma Constitucional Interpretada”, Ed. Depalma, p. 180, 1995, Buenos Aires.

⁹⁷ Fallos: 247:267, 1960.

estando prevista expresamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 10), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14), en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8 y 25), etc.

Es este mismo sentido, la Constitución de la Provincia del Neuquén establece en su art. 58 que “La provincia asegura la tutela judicial efectiva y el acceso irrestricto a la justicia”.

Esta garantía comporta en esencia asegurar: (i) que podamos presentar el conflicto ante un tribunal del poder judicial, imparcial e independiente, (ii) que en la sustanciación de la causa se respeten las reglas de la prueba y contradicción, (iii) que el proceso tenga un tratamiento regular y dure un plazo razonable y (iv) que – de tener una petición fundada y acogida- ésta se cumpla.

Según Cassagne⁹⁸ se caracteriza por su mayor amplitud no sólo en el plano garantístico sino también en cuanto a la protección del interés general en procurar una buena Administración, proyectándose también en el procedimiento administrativo.⁹⁹ En este sentido manifiesta que la tutela judicial efectiva apunta, básicamente, a la eliminación de las trabas al proceso, tanto como a impedir que, a consecuencia de formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial; por último, dice, tiende a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción.

Su implementación se visualiza, esencialmente, en tres momentos diferentes, a saber: (i) en el acceso a la jurisdicción; (ii) en el respeto del debido proceso; (iii) y en la eficacia de la sentencia, es decir, en su cumplimiento oportuno.

De estos tres aspectos, centremos el estudio en este estadio, en el primero señalado, especificando de qué manera se restringen indebidamente las condiciones de acceso a la justicia y se limita el control judicial de la administración, mediante la atribución de potestades judiciales a la administración.

V.6.1) Derecho a la jurisdicción.

El denominado “derecho a la jurisdicción” es la primera y básica garantía para la seguridad de los derechos.

En un Estado de Derecho, el Estado asume el ejercicio del monopolio de la fuerza, de forma tal que nadie pueda ejercer legítimamente justicia por mano propia- salvo contadas excepciones previstas normativamente- asumiendo el ejercicio de la jurisdicción. Consecuentemente, toda persona que considere infringidos sus derechos tiene la posibilidad de petitionar ante el órgano jurisdiccional del Estado, a los efectos de que repare el derecho conculcado o, llegado el caso, adopte las medidas pertinentes para evitar el daño.

⁹⁸ CASSAGNE, Juan C “Fragmentos de Derecho Administrativo”, Ed. Hammurabi, p. 133, 2003, Ciudad de Buenos Aires.

⁹⁹ Y en toda clase de proceso y procedimiento administrativos y judiciales, conf. “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER, dto, 31/10/98 s/ amparo ley 16.986, A. 937, XXXVI, CSJN, sentencia del 14 de octubre de 2004.

Su concepción, en un sistema judicialista como el nuestro, conlleva a la necesaria e indisponible intervención de un juez, con amplias facultades, para decidir sobre las pretensiones que cabe plantear en un proceso, sin cortapisas formales ni exigencias que terminen por desnaturalizar la propia función judicial, “encorsetada en la anulación o confirmación de un acto administrativo previo”.¹⁰⁰

El acceso a la jurisdicción debe ser entonces: (i) **directo**, es decir sin instancias administrativas o “cuasi judiciales” obligatorias y previas que condicionen o puedan llegar a condicionar el modo y el alcance de la intervención judicial en el conflicto; (ii) **pleno**, en el sentido de que los jueces deben poder conocer ampliamente sobre el contenido material de la pretensión deducida en el proceso, sin limitaciones de ninguna clase, ya sea en relación a los hechos, la prueba de los mismos, su valoración y el derecho invocado como sustento de la pretensión, de modo tal de que no queden actos o zonas fuera del control judicial, con amplias facultades decisorias.

De acuerdo con ello, si partimos de la base de que el poder judicial es el único y exclusivo órgano constitucionalmente investido del ejercicio de la función judicial, mal puede predicarse que los jueces acoten su jurisdicción a una suerte de revisión de una decisión administrativa previa, limitada por las propias reglas del procedimiento administrativo que dio origen al dictado del acto cuestionado.

De allí que no basta con decir que el derecho de acceder a la jurisdicción -cuando se trata de organismos administrativos dotados de “facultades jurisdiccionales”- se satisface mediante la implementación de “recursos directos”¹⁰¹ que aseguren la intervención de “al menos de una instancia judicial” con “control judicial suficiente” de la decisión administrativa cuestionada.

Ello toda vez que el aseguramiento de la tutela judicial efectiva exige que ese acceso sea directo y pleno, es decir sin cercenamiento alguno que limite o restrinja indebidamente la intervención judicial. No alcanza con asegurar la instancia judicial, la misma deber brindar todas las garantías propias que hacen al contenido mínimo de la tutela judicial efectiva.

La CIDH ha expresado en este sentido que “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que formalmente sea admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación de los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”¹⁰²

Estas consideraciones son trasladables al régimen de defensa del consumidor, toda vez que si bien el usuario puede optar entre la vía judicial y la administrativa, no así el proveedor quien queda condicionado a la elección que efectúe el afectado. Además, en el caso de que se transitara previamente el procedimiento administrativo,

¹⁰⁰ CASSAGNE, Juan C “Fragmentos...”, ob. Opp. cit. p. 143 y ss.

¹⁰¹ Ver infra VI. donde abordaremos con mayor profundidad esta idea.

¹⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03 cons 108. Para la importancia de la jurisprudencia de la CIDH ver infra VI.1.2.

ambos sujetos de la relación de consumo padecerán las limitaciones propias del régimen recursivo de revisión judicial de las decisiones de la autoridad de aplicación¹⁰³.

V. 7) Posible reinterpretación del estándar del “control judicial suficiente”.

Por los argumentos esbozados, considero que es posible reinterpretar el estándar del “control judicial suficiente” elaborado por la Corte, en el sentido de que su formulación implica, básicamente, negar la existencia de la “jurisdicción administrativa”.

En efecto, si decimos que una determinada decisión está sujeta a “control judicial”, significa tanto como reconocer que el acto controlado no es judicial. Por ende es dable sostener que no fue dictado en ejercicio de función jurisdiccional alguna, revistiendo entonces el carácter de administrativo (no tiene el valor de cosa juzgada) y, consecuentemente, sujeto a revisión judicial plena mediante el medio ordinario previsto en el ordenamiento procesal para instar la actividad de los jueces: es decir, mediante una verdadera acción judicial, con plenitud de debate y prueba, no siendo concebible a tal fin la vía recursiva, ya que ésta por su propia naturaleza conlleva una serie de limitaciones, (principio de congruencia, prueba, plazos de interposición, etc.), que no se conciben con el sistema garantista de nuestra constitución.

En los capítulos que siguen se tratará el régimen recursivo de la Ley provincial N° 2268, poniendo de manifiesto las severas deficiencias del mismo en orden al contenido mínimo de la tutela judicial efectiva.

VI.) EL SISTEMA RECURSIVO DE LA LEY 2268.

En los acápites que siguen se avanzará con el aspecto formal de la denominada “jurisdicción administrativa”, en el marco instrumentado por la Ley provincial N° 2268, para la revisión de las resoluciones de la Dirección de Defensa del Consumidor.

Para tratar de dar cumplimiento a la garantía de acceso a la jurisdicción, el art. 8 de la norma citada¹⁰⁴ prevé, contra los actos que la Autoridad de Aplicación de la LDC dicte en el procedimiento de verificación de infracciones al referido régimen, una vía recursiva ante el juez civil de primera instancia, que se caracteriza por su insuficiente regulación.

En efecto, la Ley únicamente se ocupa de especificar:

¹⁰³ Infra VI. se abordaran las limitaciones propias del régimen recursivo local en el ámbito de defensa del consumidor.

¹⁰⁴ Ver supra III.2.

- a) El plazo de interposición del recurso de apelación.
- b) Autoridad ante quien se interpone y fundamenta el mismo.
- c) Juez que habrá de resolverlo.
- d) Plazo para dictar sentencia.

En este marco, trataré de demostrar las serias deficiencias que el sistema legalmente concebido presenta y que sintetizáramos bajo forma de interrogantes supra III.2, como también de qué manera la jurisprudencia local, lejos de subsanarlas, se ha encargado sistemáticamente de convalidarlas.

VI.1) Cauces procesales de control judicial de la actividad administrativa. Naturaleza jurídica de los recursos directos.

Como corolario del principio de unidad de jurisdicción y separación de poderes adoptado por el constituyente nacional y local, el legislador estableció como cauce procesal principal para controlar judicialmente la actividad administrativa al proceso ordinario, que en la actualidad tramita temporalmente en forma originaria ante el Superior Tribunal Provincial.¹⁰⁵

“La acción ordinaria es la más adecuada para hacer operativo el derecho de las partes a probar los extremos fácticos y jurídicos que invocan en el marco del proceso, y de esta forma, demostrar en sede judicial la procedencia de sus pretensiones”.¹⁰⁶

Ahora bien, el ordenamiento jurídico, a la par que instrumentan vías ordinarias de acceso a la justicia, también otorga a tal fin diferentes medios que podríamos catalogar de especiales o excepcionales.

Dentro de estos últimos se encuentran los denominados “recursos directos”. Se los concibe como medios procesales de impugnación judicial de determinados actos administrativos y que se caracterizan porque, a diferencia del proceso ordinario, no tramitan por ante los jueces de primera instancia, sino que se interponen y sustancian directamente ante la Cámara de Apelaciones. Están previstos en casos donde a criterio del legislador existen razones ponderables de urgencia y celeridad que aconsejan una revisión judicial especialmente rápida, es decir, de acuerdo con un procedimiento especialmente breve y sencillo.¹⁰⁷

VI.1.1) ¿Recurso o acción?

¹⁰⁵ La cláusula V de las Disposiciones Transitorias Complementarias y finales de la Constitución Provincial establece que los tribunales contenciosos administrativos habrán de crearse con sujeción a los principios de....Hasta la creación de los mismos el STJ mantendrá su jurisdicción y competencia.

¹⁰⁶ MANTARAS, Pablo C. “Los recursos directos ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Parte I. Cuestiones Generales”; Lexis Nexis N° 0003/013244.

¹⁰⁷ MANTARAS, Pablo C. “Los recursos...”, ob. Opp. cit.

Una primera cuestión que debemos determinar es la siguiente: ¿cuál es la naturaleza jurídica del recurso directo previsto en la Ley 2268? La respuesta que se dará incidirá decisivamente en la contestación a los interrogantes planteados al inicio del presente trabajo.

En este sentido, la jurisprudencia local ha considerado que el recurso previsto en el art. 8 de la Ley 2268, es un verdadero “recurso judicial directo” que se caracteriza por (i) agotarse ante el juez de primera instancia, (ii) no es de interpretación extensiva, (iii) se rige por las normas y limitaciones propias del recurso de apelación, (iv) no resultando por ello inconstitucional.¹⁰⁸

Pues bien, a mi entender el criterio del Tribunal no es correcto.

En efecto, concordantemente con lo que venimos exponiendo, considero que la interpretación constitucional es otra: dado que la administración no ejerce jurisdicción, mal puede haber un recurso contra un acto suyo ante la justicia: es siempre una acción.¹⁰⁹

Admitir la solución de la Cámara, implica:

- a) *Reconocer la posibilidad de que la administración ejerza válidamente funciones judiciales, lo cual ya vimos es incorrecto.* ¿Por qué implica reconocer la validez de la jurisdicción administrativa? Las razones son las siguientes: (i) si el órgano administrativo no se encuentra en relación directa ni jerárquica con el poder judicial, mal puede decirse que contra las decisiones de aquél sea procedente interponer el recurso de apelación, porque éste solo funciona entre los diversos grados que componen el poder judicial;¹¹⁰ (ii) a su vez, sería tanto como reconocer la existencia de una continuidad procesal entre la instancia administrativa, donde se obtiene la resolución impugnada, y la judicial, que actúa como alzada, lo cual es inviable. Se trata de dos procedimientos distintos.
- b) *Limitar indebidamente la garantía de la tutela judicial efectiva,* ya que serían aplicables el régimen jurídico propio de los recursos de apelación, con todas sus limitaciones: (i) principio de congruencia, (ii) en materia de pruebas, únicamente se podría solicitar la producción de aquellas que hubieran sido denegadas en sede administrativa o aquellas tendientes a demostrar hechos nuevos; (iii) plazo de interposición mas acotado, (iv) medios de impugnación limitados contra la sentencia que resuelve el recurso, ya que técnicamente al ser una “apelación”, posteriormente cabría únicamente el recurso de casación, etc.

A su vez, a estas ilegítimas limitaciones debe agregar los criterios restrictivos con los que la Cámara ha abordado dos cuestiones no previstas expresamente en el texto

¹⁰⁸ CA NQN, Sala II, “Movistar Telef. Mov. Arg. S.A. s/ Recurso Ley 2268/98 P/ Telefónica Móviles Argentina S.A. s/ Queja”, Expte N° 47-QUE-7, del 25/09/2007; “Huarte Dante Alberto s/ Recurso ley 2268/98”, Expte. N° 338918/6, del 07/12/2007: “...en reiteradas oportunidades esta sala ha dicho que...más allá de la deficiente técnica legislativa o que no se comparta la solución judicial que establece la norma, debe estarse a lo allí dispuesto, máxime si no se advierte que dicha decisión sea inconstitucional...la resolución administrativa es apelable con todas las limitaciones propias de los recursos...”.

¹⁰⁹ En idéntico sentido, GORDILLO, Agustín, “Tratado...” ob. op. cit., t.2, p. XIII-40 y ss. y sus citas.

¹¹⁰ Ídem nota anterior.

de la norma en cuestión: (i) ¿es apelable la sentencia del juez de primera instancia que resuelve el recurso instituido en la Ley n° 2268 ante la Cámara de Apelaciones competente?; (ii) ¿Son susceptibles de ser recurridas en los términos del art. 8 de la Ley n° 2268 aquellas resoluciones de la DDC que desestima el reclamo?

Mediante el análisis de estas situaciones, abordaremos en especial la garantía de la doble instancia judicial y la amplitud del control judicial.

VI.1.2) *El doble conforme es una garantía aplicable a todo tipo de proceso judicial.*

El art. 8 de la Ley 2268, prevé que el recurso directo será resuelto por el Juez de primera instancia, omitiendo especificar si la sentencia de éste es susceptible de ser apelada por ante la Alzada competente.

Ante esta situación, la Cámara ha dicho que contra las resoluciones judiciales del a quo solo cabe la posibilidad de interponer recurso de casación, mas no de apelación.

En los casos “Huarte” y “Movistar” citados, el tribunal sentó la siguiente doctrina: la vía recursiva prevista en el art. 8 de la ley citada, se agota ante el juez de primera instancia, careciendo la Alzada de competencia para entender en lo decidido por el citado juez. Para decidir de esta forma, se considera que el art. 18 de la C.N. no exige multiplicidad de instancias, sino al menos una, que se estima cumplimentada con la intervención del a quo (con cita de “Fernández Arias”).

El tribunal tuvo en cuenta la tradicional jurisprudencia de la CSJN por la cual el máximo tribunal federal ha señalado que la doble instancia sólo rige en materia penal¹¹¹y, en consecuencia, ha mantenido vigente su jurisprudencia anterior a la reforma constitucional que establecía que en los demás casos el acceso a una duplicidad de instancias no es, en principio, un requisito constitucional de la garantía de defensa en juicio.¹¹²

La garantía de que las resoluciones judiciales sean revisadas por otro tribunal, luego de dictada la sentencia, disminuye los riesgos de error judicial y ofrece, sin dudas, una mayor garantía a las partes que se someten a la potestad judicial del Estado. Este argumento por si solo sería suficiente- a mi entender-para exigir la aplicación de el doble conforme en todo tipo de proceso judicial, de modo tal que el superior pueda revisar tanto los hechos como el derecho aplicable.

Ahora bien, la garantía de la doble instancia judicial se encuentra expresamente prevista en el art. 8 inc h del Pacto de San José de Costa Rica,¹¹³al prever el “derecho de recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior”. Su inclusión en el punto 2, para los que se hallaren inculpados de delitos, pareciera indicar que únicamente sería exigible la multiplicidad de instancias, precisamente, en las causas penales y no en las restantes, tal cual lo ha sostenido la CSJN conforme lo indicara anteriormente.

¹¹¹ Fallos: 318:514, 1995; Fallos: 323:2357,1999, entre otros.

¹¹² Fallos: 310:1162, 1987; 311:274, 1988; 312:195, entre otros.

¹¹³ De jerarquía constitucional, conforme art. 75 inc. 22 C.N.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de expedirse en relación a la mencionada cláusula en el caso "Baena",¹¹⁴ en los siguientes términos:

"Si bien el art. 8 de la Convención Americana se titula 'Garantías judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales' a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, **cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal**" (cons. 124)

"La Corte observa que "el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del art. 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados y obligaciones de orden 'civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter'. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos de los arts. 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes" (cons. 125).

Vemos resumidos en estos dos párrafos del fallo, el principio contrario al sentado por nuestra CSJN y la Cámara local: las garantías establecidas en el art. 8.2, incluida el doble conforme, se aplican en cualquier tipo de proceso judicial, cualquiera sea su naturaleza (penal, civil, laboral, tributaria, administrativa, etc.).

El fundamento lo da la propia Corte:

"Es importante que la actuación de la Administración se encuentre reglada, y ésta no pueda invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados." (cons. 126).

Especificando que "Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la Administración excluida de cumplir con este deber. Las **garantías mínimas deben respetarse** en el procedimiento administrativo y en **cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas**" (cons. 127).

Posteriormente agrega "La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y **los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías el art. 8 Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirles a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso**" (cons. 129).

A su vez, la Corte Interamericana ha dicho, en relación al art. 25 del referido Pacto, en cuanto establece que los Estados partes se comprometen a "...desarrollar las

¹¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores v. Panamá)", sent. del 2/2/2001, Serie C.72.

posibilidades de recurso judicial...”, que ello significa que debe existir la posibilidad de que un tribunal superior pueda revisar las actuaciones del inferior.¹¹⁵

Debe recordarse que nuestra CSJN ha señalado que “la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia del la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del PSJCR”,¹¹⁶ de modo tal que la mencionada jurisprudencia “constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones emanados de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos”.¹¹⁷ Para Salomoni, como el art. 75 inc 22 establece que los tratados de derechos humanos deberán aplicarse conforme las condiciones de su vigencia, lo que la Corte argentina entiende por las “condiciones de su vigencias” es lo que el sistema internacional de derechos humanos establece como derechos en el sistema, a través de su órgano jurisdiccional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹¹⁸

Así las cosas, es dable concluir que las consideraciones efectuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en orden al alcance de las garantías del Art. 8 del PSJCR, en especial el doble conforme, son plenamente aplicables en nuestro país, debiéndose en consecuencia readecuar el criterio restricto de nuestros tribunales a “la pauta de interpretación” del mencionado tribunal, bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional.

De esta forma, en materia de defensa del consumidor también debe garantizarse el cumplimiento de este recaudo, de manera tal que sea procedente instar la instancia recursiva ante la Cámara de Apelaciones de los hechos y el derecho invocado en primera instancia. Tal y como lo ha expresado la Corte Interamericana: “El recurso contemplado en el art. 8.2.h de la citada convención, sea cual fuere su denominación, debe garantizar un examen integral de la decisión recurrida, de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior”.¹¹⁹

Por lo tanto si el “recurso directo” se promueve por ante el juez de primera instancia, contra cuya sentencia procederá luego el recurso de apelación ante la Cámara, es lógico sostener que no ha sido intención del legislador instituir un “recurso directo”, sino una verdadera acción.

Lo único que la ley quiere es establecer un modo expeditivo de solución de conflictos (ya que si la acción no se promueve en 5 días de notificada la resolución administrativa, caduca la posibilidad de revisión judicial), mas no asimilar a la Dirección de Defensa del Consumidor a un órgano judicial.

¹¹⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, OC 17/02 del 28/8/2002, Serie A N° 17.

¹¹⁶ Fallos: 315:1492, 1992

¹¹⁷ CSJN, “Simón Julio H y otros”, sent. Del 17/06/2005, JA 2006-III-350, cons. 17. Ampliar en GELLI, “Constitución...”, ob. Opp. cit. p. 715 y ss.

¹¹⁸ SALOMONI, Jorge Luis, “El impacto de los tratados de derechos humanos sobre el derecho administrativo argentino”, en Ciclo de Conferencias de la UNCo, 23/03/2006 “Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales. Jerárquica, Impacto y Derechos Humanos”, ed. Ad-Hoc, p. 16/17, 2006, Buenos Aires.

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sent. del 2/7/2004, cons. 165 y 167.

“Si de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema admitimos que el interesado tiene derecho a tener una instancia judicial al menos – ya vimos que no están así-, es obvio que no podemos reconocerle carácter de primera instancia a la actuación administrativa y el limitado carácter de la apelación procesal a la discusión que se realice en la instancia judicial; pues como también lo ha dicho la Corte, la instancia judicial en cuestión debe ser adecuada y suficiente, requisito que a nuestro juicio no satisface una mera apelación en sentido procesal. Por ello debe acordársele a tales supuestas apelaciones el carácter amplio antes mencionado”¹²⁰

Por ello, es incorrecto sostener que la Cámara carece de competencia para intervenir en las apelaciones que eventualmente se interpusieran contra las sentencias del juez inferior en esta materia.

VI.1.3) La amplitud del control judicial.

Otro de las situaciones no contempladas por la Ley 2268 es la originada cuando la Dirección de Defensa del Consumidor desestima el reclamo del usuario, toda vez que el art. 8 únicamente se limita a decir que serán apelables “las resoluciones administrativas que dispongan sanciones”.

La Cámara ha considerado en el precedente “Huarte” antes citado que la decisión que desestima la denuncia es no es susceptible de ser revisada judicialmente, ya que (i) la Ley no prevé la apelabilidad de dicha resolución, y (ii) la misma no causa estado para el usuario, salvo que se le impusiera una sanción a él. Excepcionalmente, en el caso de rechazo “in limine” del reclamo, el tribunal si ha reconocido la viabilidad del recurso del art. 8 por considerar que en estos supuestos, al no haberse instruido el procedimiento previsto por la ley, existe agravio suficiente, ya que se privó al consumidor de la posibilidad de haber celebrar la audiencia conciliatoria prevista en la ley.

En mi opinión, el criterio de la Cámara es criticable, porque al negar la posibilidad de revisión judicial en los casos donde habiéndose instruido el procedimiento de verificación de infracciones se resuelve desestimar el reclamo, quedan actos o zonas de la actividad administrativa fuera del control jurisdiccional, con lo cual se está reconociendo que el juzgamiento de esos conflictos quedan en manos exclusivas del poder administrador, violentándose de esta forma el principio de división de poderes, y la garantía de la tutela judicial efectiva, al otorgársle el valor de cosa juzgada a la resolución desestimatoria del reclamo.

“Si el poder judicial se abstiene de juzgar una controversia cualquiera y permite que subsista el poder unilateral de la Administración de cara al ciudadano, resulta obvio que no llega a configurarse jurisdicción alguna. En cambio, lo que prevalece en tales casos es la función administrativa frente a la judicial, atribuyendo a la actividad del Ejecutivo o gobierno de turno prácticamente los mismos efectos a la cosa juzgada judicial”.¹²¹

¹²⁰ GORDILLO, Agustín, ob. op. cit., t.2, p. XIII-40 y ss.

¹²¹ CASSAGNE, Juan C “Fragmentos...”, ob. Opp. cit. p 143

Por ello, en todos los casos en que la Autoridad administrativa se desestimare el reclamo, cabría la revisión judicial plena de tal decisión (control de razonabilidad y legalidad).

VI.1.4) Efectos de considerar al recurso del art. 8 de la Ley 2268 como acción.

Si consideramos al recurso directo como una verdadera acción, deben aplicarse entonces, por vía analógica, las normas procesales pertinentes, tratando de conjugar éstas con la intención del legislador de dar a este tipo de procesos la celeridad necesaria para una pronta y eficaz solución del conflicto.

A este fin, soy partidario de que se debería aplicar el art. 12 de la Ley 2268 en cuanto dispone “las acciones judiciales originadas en las relaciones de consumo se sustanciarán por el procedimiento sumarísimo”.

En efecto, el proceso sumarísimo está previsto en los art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia. Se caracteriza por ser una variedad de los procesos de conocimiento, denominado también “plenarios rápidos o abreviados; o plenarios rapidísimos; ello por cuanto si bien son trámites más breves no dejan de ser procesos de conocimiento, instrumentados para cuestiones relativamente simples o de bajo monto”.¹²²

Como todo proceso de conocimiento, tiene una estructura básicamente dividida en tres etapas: (i) Introductiva, que abarcaría la traba de la litis con la administración¹²³; (ii) Probatoria, desde la apertura a prueba del proceso hasta los alegatos; (iii) Decisoria, desde el llamamiento de autos para sentencia hasta el dictado de la sentencia.

En relación al plazo de promoción de la acción, considero que el mismo se debería regir por el previsto por la ley nacional, es decir, de 10 días y no de 5, tal y como prevé el art. 8 de la Ley 2268.

Es que frente a la obligación estatal de ampliar las garantías de acceso a la justicia cuando se cuestionan actos administrativos, no se advierte razón alguna que justifique una reducción sensible del plazo para petitionar ante el juez la revisión de la actividad administrativa. Máxime cuando la propia legislación federal tendiente a proteger también los derechos de los consumidores estipula un plazo para accionar considerablemente mayor al local. En todo caso, se debería haber ampliado el término para accionar, más nunca acortarlo, ya que ello violenta el principio de igualdad, toda vez que la distinción efectuada “carece de justificación objetiva y razonable”.¹²⁴

En efecto, los art. 24 y 28.2 del PASJCR se establecen el principio de igualdad, esto es, la misma protección de la ley para toda persona de la República Argentina. De allí que sea pertinente dilucidar el siguiente interrogante “¿es posible que una provincia tenga una norma de derechos más protectora de los derechos de los particulares, aún

¹²² PERUZZI, Héctor Cesar y GALLEGO, Richard Fernando, “Curso de Derecho...”, ob. op. cit. p. 106 y ss.

¹²³ Quien debería estar representada por la Fiscalía de Estado, art. 252 de la Constitución de la Provincia del Neuquén.

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03 cons. 89.

siendo de la materia de derecho administrativo, que otra provincia que tiene una menor? No: esto vulnera el principio de igualdad”.¹²⁵

Esta doctrina ya fue receptada por la Corte en el ya citado caso “Vertbitsky”: “Que si bien la Constitución Nacional adopta el principio federal, lo hace según lo establece la presente Constitución, es decir, conforme las modificaciones que la misma introduce respecto de su modelo, que era el norteamericano... cualquiera que sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho de igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía... [por ello] las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional...” (cons. 56 a 60).

Es decir, si bien las provincias tienen potestad para reglamentar el acceso a la jurisdicción, dicha reglamentación tiene un piso inderogable: habrá de dictarse solamente en igualdad de condiciones con la ley que, razonablemente, más protege la misma situación. Digo “razonablemente”, porque no se exige “simetría legislativa”, sino “paridad legislativa”.

La CIDH en relación al principio de igualdad ha expresado que “los Estados Partes deben velar porque se garanticen los derechos reconocidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción”¹²⁶

Por lo demás, la situación se agrava aún mas, por cuanto siendo la ley 2268 de adhesión al régimen federal, mal puede la Provincia del Neuquén imponer mayores restricciones al derecho de acceder a la justicia a las existentes en la normativa federal a la cual adhiere.

Considero entonces que, dada la notoria e injustificada reducción del plazo para accionar (5 días contra 10), como así también la consecuencia gravosa de su acaecimiento: caducidad del derecho de accionar; debe estarse a la norma que otorga una protección “razonablemente mayor”, que en el caso, es la nacional.

Asimismo, en orden a la prueba, la misma debería regirse por las reglas generales aplicables cuando se litiga contra la Administración, es decir, pudiéndose ofrecer medios probatorios cuya producción no hubiera sido requerida en sede administrativa.

De esta forma, se instaría un proceso de plena jurisdicción, con amplitud de debate y prueba, pudiendo el juez anular total o parcialmente el acto administrativo impugnado, disponer otra cosa, otorgar indemnizaciones, etc., conjugándose así los principios y valores comprometidos: eficacia y celeridad por un lado y legalidad por otro.

¹²⁵ SALOMONI, Jorge Luis, “El impacto de los tratados...”, ob. Opp. cit., p. 21.

¹²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03 cons. 94.

VII.) CONCLUSIÓN.

VII.1) Recapitulación.

A lo largo del trabajo se intentó, desde el régimen específico de defensa del consumidor, dar respuesta a dos interrogantes que motivaron la realización del presente: (i) si es posible desde el punto de vista constitucional admitir la validez de la atribución de facultades jurisdiccionales a la administración; (ii) si el sistema recursivo instituido por la ley provincial 2268 para la revisión de las resoluciones de la Dirección Provincial de Defensa del Consumidor resulta acorde al estándar vigente en materia de tutela judicial efectiva en nuestro país.

En ambos casos las respuestas dadas fueron negativas.

Si bien los motivos fueron explicitados oportunamente, a modo de síntesis, puede decirse que la atribución de potestades judiciales a la administración no es compatible ni con la parte orgánica de la Constitución Nacional, por afectar nuestro sistema republicano de división de poderes y unidad de jurisdicción, ni con la parte dogmática de la Carta Magna, por alterar el contenido mínimo inderogable de la garantía de la tutela judicial efectiva.

Se propuso de esta forma que la mal llamada “jurisdicción administrativa” no es otra cosa que función administrativa sujeta a control judicial directo y pleno, tal y como sucede con el resto de las actividades abarcadas por la mentada función ejecutiva, resultando por tanto inconstitucional todo tipo de limitación que tienda a restringir el acceso a la jurisdicción y su ejercicio.

Bajo este marco, se postuló que el art. 40 bis de la Ley de Defensa del Consumidor otorgó, indebidamente conforme lo dicho “ut supra”, potestades jurisdiccionales a autoridad administrativa de aplicación del referido régimen, en la medida que se le concedió la facultad de fijar indemnizaciones con arreglo al derecho común en favor de los reclamantes. Se dijo también que tal facultad, aun aceptando la validez de la denominada “jurisdicción administrativa”, era inconstitucional porque transgredía los límites materiales, formales y teleológicos fijados por la Corte “Ángel Estada”.

De allí que, por aplicación del art. 29 de la C.N., sean susceptibles de ser declarados nulos de nulidad absoluta los actos administrativos mediante los cuales la Dirección de Defensa del Consumidor fije indemnizaciones con arreglo al derecho común.

En este mismo orden de ideas se alegó también la ilegitimidad del sistema recursivo de la Ley 2268, por limitar indebidamente la garantía de la tutela judicial efectiva, al restringir el acceso a la jurisdicción y el alcance del control judicial sobre la actividad administrativa de la Dirección de Defensa del Consumidor provincial.

Hasta aquí entonces, una apretada síntesis de los aspectos más salientes del trabajo, según mi opinión.

VII.2) Visión prospectiva.

Como punto de partida, creo necesario resaltar que en el proceso constitucional argentino confluyeron ideas y valores propios de generaciones que lucharon intensamente con el propósito de lograr la unión nacional de una vez y para siempre.

Los constituyentes, guiados por esa finalidad, establecieron un modelo institucional que tuvo -y tiene- como pilar fundamental el propósito de evitar la concentración del poder, mediante el establecimiento de un régimen político basado en la limitación del poder y el reconocimiento de las libertades de los ciudadanos, ideando así un Estado de Derecho Democrático y Republicano.

Este diagrama constitucional se mantuvo en el tiempo, y con más fuerza aún luego de la reforma constitucional de 1994 (el sostenimiento del principio de división de poderes, conjuntamente con la constitucionalización de los tratados de derechos humanos, da cuenta de ello).

Dentro de este esquema los poderes constituidos deben ejercer las funciones encomendadas por los constituyentes para lograr el “bienestar” de todos los habitantes del suelo argentino.

Los medios que cada poder escoja a ese fin habrán, necesariamente, adecuarse al texto constitucional, respetar sus mandas, porque la libertad no se protege eliminando las condiciones que hacen posible su existencia. Condiciones que, precisamente, hacen al mantenimiento de las reglas mínimas y esenciales del Estado de Derecho adoptado por nuestra Carta Magna.

“Nuestro sistema jurídico parte de la premisa fundamental conforme la cual no es posible lograr la protección de los derechos constitucionalizados si no se asegura la supremacía de la Carta que los reconoce. Esa supremacía configura un límite tanto negativo (exceso en ejercicio de las atribuciones) como positivo (defecto en el ejercicio de las atribuciones), al obrar de los poderes constituidos y desde ella el principio republicano que se entronca en la juridicidad estatal adquiere su dimensión propia”¹²⁷

Por eso, si queremos asegurar con celeridad y eficacia los derechos de los consumidores y usuarios en la relación de consumo, debemos situarnos en el marco de legalidad que nos brinda nuestro texto fundacional.

“Resulta claro que el conflicto de valores e intereses no puede resolverse afectando principios constitucionales – la división de poderes- ni derechos personales a la defensa en juicio”¹²⁸

Si advertimos que, ante la problemática cotidiana en que se encuentran los usuarios y consumidores, la Justicia no es capaz de dar respuestas adecuadas en plazos razonables, la solución no consiste en vaciar de contenido su función y pasársela a otro poder del Estado. Como dice Gordillo si deseamos tener salud, educación, seguridad y

¹²⁷ GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo A, JUSTO, Juan B. y EGEA, Federico M. “Principios para un justicia administrativa en el actual Estado de Derecho”, ed. PubliFadecs, p.61, 2007, General Roca.

¹²⁸ GELLI, María A. “Constitución...”, ob., Opp., cit., p. 901.

el presupuesto no alcanza ¿podríamos quizás suprimir el Poder Ejecutivo o el Congreso? La respuesta obvia es que no.¹²⁹

Lo mismo sucede con el Poder Judicial. Si se considera que éste carece de los recursos o de la organización necesaria para poder intervenir eficazmente en aquellos conflictos originados en la relación de consumo que por su escasa cuantía no encuentran debida respuesta en los estrados judiciales, la solución debe buscarse en el seno de la propia justicia. Si queremos que haya poder judicial, debemos también sostenerlo.

La eficacia debe buscarse dentro del ámbito de la legalidad y no fuera de ella.

Por su parte, la atribución de facultades jurisdiccionales a la administración conlleva necesariamente, en nuestro sistema constitucional, tanto nacional como provincial, a restringir indebidamente la garantía de la tutela judicial efectiva, ya que su implementación va asociada ineludiblemente a restricciones tanto en “lo que se controla” como en “el medio por el cual se controla”.

En efecto, vimos que el reconocimiento de la “jurisdicción administrativa” puede generar, y de hecho genera, zonas o actos que escapan al control judicial, ya sea: (i) por vencimiento del plazo –exiguo en la mayoría de los casos- para impugnar el acto judicialmente, con la consecuencia fatal de la caducidad de la acción, lo cual significa otorgar el valor de cosa juzgada al acto administrativo en cuestión; (ii) por el principio de congruencia, que limita la materia a debatir ante los estrados judiciales; (iii) por las facultades de las partes en orden a la prueba a producir; o (iv) ya sea por el alcance de las potestades del juez a la hora de resolver el litigio, es decir si solamente puede anular el acto, modificarlo, dejarlo sin efecto, disponer otra cosa, etc.

Asimismo, en orden al medio para instar el control judicial, vimos que generalmente se prevé un recurso directo, que como tal, comporta una serie de limitaciones que no se condicen con las garantías vigentes en Argentina en materia de acceso a la jurisdicción (plazos cortos de interposición, limitaciones en materia de prueba, etc.).

Estas limitaciones resultan inconcebibles en un sistema garantístico como el nuestro donde el principio republicano de gobierno y la garantía de tutela judicial efectiva se han erigido como pilares fundamentales de nuestra organización institucional basada en el respeto de los derechos humanos.

Por ello deben buscarse alternativas de solución dentro de este marco constitucional, es decir, sin alterar el esquema de repartición de competencias efectuado por el constituyente.

En esta línea, una de las variantes puede consistir en la creación de tribunales judiciales de consumo, generando de esta forma un fuero específico que abarque integralmente esta problemática, con jueces capacitados para entender la lógica del mercado y poder resolver en consecuencia.

¹²⁹ GORDILLO, Agustín, “Tratado...”, ob. op. cit., t.2, p. XIII-7 y ss.

Estos tribunales deberían tener competencia para intervenir no solamente en los reclamos por daños y perjuicios que interpusieran los usuarios, sino también como órganos judiciales encargados de revisar los actos administrativos que, en ejercicio del poder de policía del consumo, dicten las respectivas reparticiones administrativas encargadas de su ejecución. Es decir, los tribunales de consumo deberían tener competencia para entender en todo reclamo judicial fundado en la Ley N° 24. 240 o legislación vinculada a la misma.¹³⁰

A su vez, correspondería que el acceso al fuero sea directo, es decir, sin exigir la previa denuncia administrativa, ya que de ser así se afectaría la garantía de la tutela judicial efectiva, toda vez que se condicionaría el acceso a la jurisdicción. En todo caso, a los jueces, una vez promovido el reclamo, les incumbiría solicitar al órgano administrativo en cuestión los informes pertinentes para coordinar la actuación de ambos poderes, cada uno en su ámbito de competencia.

La justicia del consumo habría de estar regida por ciertos principios que se relacionan con las características apuntadas, y que a título ejemplificativo paso a enumerar, a saber:

1. Conciliación y/o arbitraje con participación activa del juez.
2. Reducción de formalidades.
3. Limitación de la legitimación a personas físicas.
4. Bajo costo del procedimiento.
5. Horarios de funcionamiento accesibles y compatibles con los horarios de trabajo.
6. Asegurar en forma gratuita un cuerpo de abogados oficiales que patrocinen a los denunciantes y/o denunciados que carezcan, comprobablemente, de recursos para contratar un letrado particular.
7. Oralidad e inmediatez.

De esta forma se lograría una efectiva tutela de los derechos de los consumidores y usuarios, respetándose a su vez el esquema constitucionalmente establecido por nuestros constituyentes, con sustento en el principio de división de poderes y la garantía de la tutela judicial efectiva.

Podrá objetarse que la solución aludida es muy costosa. “Pero es cientos de veces más cara la administración y a nadie se le ocurre suprimir al Poder Ejecutivo. También es caro el Congreso, pero hace a la vigencia del Estado de Derecho. A su vez, una administración sin control eficaz deviene corrupta y es mucho más cara que una administración controlada”¹³¹.

La Corte en este sentido expresó: “las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y lo convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla”¹³²

¹³⁰ En igual sentido, ALVAREZ LARRONDO, Federico M., “El impacto procesal...”, ob. Opp. cit.

¹³¹ GORDILLO, Agustín, “Tratado...”ob. op. cit., t.2, p. XIII-8 y ss.

¹³² Caso “Vertbitsky” citado.

De allí entonces la necesidad de canalizar institucionalmente los reclamos de una sociedad cada vez más compleja y necesitada de garantías que efectivamente le permitan gozar a sus integrantes de los derechos fundamentales reconocidos por los Tratados de Derechos Humanos, Constitución Nacional y las Leyes.

VIII) BIBLIOGRAFÍA.

ALTERINI, Atilio A. “Las Reformas de la Ley de Defensa del Consumidor”, en “Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor”, Especial La Ley, abril de 2008.

ALVARADO BELLOSO, Adolfo “Teoría General de Proceso-Lección 9” en Academia Virtual Iberoamericana de Derecho y de altos Estudios Judiciales.

ALVAREZ LARRONDO, Federico M., “El impacto procesal y de fondo de la nueva Ley 26.362 en el derecho del consumo”, en “Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor”, Especial La Ley, abril de 2008.

BARRA, Rodolfo C., “La competencia de los entes reguladores de los servicios públicos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sus límites” Especial JA “El Caso Ángel Estrada” 31/08/2005.

BIANCHI, Alberto B. “Algunas precisiones sobre el alcance de las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores”, ED, 2000/2001.

BIDART CAMPOS, Germán J. “Manual de la Constitución Reformada”, Ed. Ediar, tres tomos, 1997, Buenos Aires.

BOSCH, Jorge Tristán, “Revisión judicial de sentencias interlocutorias dictadas por órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales”, LL, 84 y “Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?”, 1952, Buenos Aires.

BOULLAUDE, Gustavo, “La competencia de los entes reguladores de los servicios públicos en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sus Límites”, Especial JA “El Caso Ángel Estrada” 31/08/2005.

CANOSA, Armando N. “El caso Ángel Estrada y las deficiencias en el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos administrativos”, especial JA “El Caso Ángel Estrada” 31/08/2005.

CASSAGNE, Juan C. “Acerca de la conexión y diferencias entre al procedimiento administrativo y el proceso civil”, LL, 1990”; “Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, Buenos Aires; “Fragmentos de Derecho Administrativo”, Ed. Hammurabi, p. 133, 2003, Ciudad de Buenos Aires.

COMADIRA, Julio Rodolfo, “La Licitación Pública (Nociones, principios, cuestiones), ed. Depalma, 2000, Buenos Aires; “El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, Ed. La Ley, 2006, Buenos Aires.; “El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”, en AAVV; “Servicios Públicos, “Policía y Fomento”, Ed. Ciencias de la Administración, 2004, Buenos Aires.

DROMI, Roberto “Derecho Administrativo”, Ed. Ciudad Argentina, 1998, Buenos Aires

FARRANDO, Ismael MARTINEZ, Patricia, Directores, “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. Depalma, 1999, Buenos Aires.

FIORINI, Bartolomé “Inexistencia del acto jurisdiccional y judicial en la administración pública”, JUS, 6:31, 1965, La Plata.

GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, Ed. La Ley, 2006, Buenos Aires.

GIL DOMINGUEZ, Andrés, “A cincuenta años de la sanción de la Constitución Argentina: ¿Fue un modelo autóctono o una copia de la Constitución de los Estados Unidos?, Revista Universitaria La Ley, abril de 2003, Año V, N° 2.

GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Fund. De Derecho Administrativo, cuatro tomos, 2003, Buenos Aires; “Introducción al Derecho”, Ed. La Ley, 2007, Buenos Aires.

GOMEZ, Astrid y BRUERA, Olga, “Análisis del Lenguaje Jurídico”, Ed. Belgrano, p. 36/38, 1982, Buenos Aires.

GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo A, JUSTO, Juan B. y EGEEA, Federico M. “Principios para un justicia administrativa en el actual Estado de Derecho”, ed. PubliFadecs, 2007, General Roca.

GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo A. y EGEEA, Federico M., “Especialidad y tutela judicial efectiva en Neuquén. El fallo González.”, La Ley Patagonia, año 3, n° 5 Octubre de 2006.

HUTCHINSON, Tomás, “Colección de Análisis Jurisprudencial”, Ed. La Ley, 2003, Buenos Aires.

MAIRAL, Héctor, “Control Judicial de la Administración Pública”, ed. Depalma, t.1, 1984.

MANTARAS, Pablo C. “Los recursos directos ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Parte I. Cuestiones Generales”; Lexis Nexis N° 0003/013244.

MONTI, Laura, “El ejercicio de facultades jurisdiccionales por organismos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema (Sistematización de

jurisprudencia vinculada con el caso “Ángel Estrada”), Especial JA “El Caso Ángel Estrada” 31/08/2005.

PALACIO, Lino E. “Manual de Derecho Procesal Civil”, ed. Abeledo-Perrot, 1997, Buenos Aires.

PALACIO, Lino E. y ALVARADO BELLOSO, Adolfo “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”; Ed. Rubinzal – Culzoni; t. 1, 1988; Santa Fe-

PERUZZI, Héctor Cesar y GALLEGO, Richard Fernando, “Curso de Derecho Procesal Civil”, Ed. FADECS-UNC, p. 1999, Río Negro

PICASSO, Sebastián, “Nuevas Categorías de Daños en la Ley de Defensa del Consumidor” en “Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor”, Especial La Ley, abril de 2008.

RABINOVICH-BERKMAN, “Derecho Civil. Parte General”, Ed. Astrea, 2000, Buenos Aires.

SALOMONI, Jorge L. en “Interés Público y Emergencia”, Texto de la Conferencia presentada en el Congreso “La emergencia hoy”, fundación de Derecho Administrativo, agosto de 2003; “El impacto de los tratados de derechos humanos sobre el derecho administrativo argentino”, en Ciclo de Conferencias de la UNCo, 23/03/2006 “Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales. Jerárquica, Impacto y Derechos Humanos”, ed. Ad-Hoc, 2006, Buenos Aires.

SARMIENTO GARCÍA y OTROS “La Reforma Constitucional Interpretada”, Ed. Depalma, 1995, Buenos Aires.

SILVERIO GUZMÁN, Alfredo, “Autarquía y descentralización”, ED. 179/755.

TOCQUEVILLE, Alexis, “La Democracia en América”, p. 206, Varias Ediciones: Selección.

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. “Servicios públicos, defensa del consumidor, procedimientos”, Especial JA “El Caso Ángel Estrada” 31/08/2005.