

Expte n° 30974/ 2000. “DISTRIBUIDORA DE GAS CUYANA SA c/
RESOLUCION 293/00 -ENARGAS (Expte 5619/00”

C. NAC. CONT. ADM. FED. SALA 1ª, 31/10/02

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – RECURSO DIRECTO – INTERVENCION DEL
ENTE REGULADOR EN EL PROCESO – MATERIA JURISDICCIONAL**

1. Toda vez que el recurso directo previsto en el art. 66 de la ley 24.076 constituye una acción judicial impugnativa, corresponde correr traslado de ella al ENARGAS que dictó el acto administrativo atacado, aun cuando por su intermedio se haya resuelto una cuestión de naturaleza jurisdiccional.
2. Los actos administrativos que dicta el ENARGAS en ejercicio de funciones jurisdiccionales deben ser impugnados por medio del recurso directo que contempla el artículo 66 de la ley n° 24076.
3. Toda vez que el ENARGAS no actúa como un tribunal administrativo independiente cuando resuelve controversias, debe ser citado como parte en el pleito en el que se impugna una de sus decisiones materialmente jurisdiccionales (del voto del Dr. Coviello)
4. Para que un órgano administrativo puede ser considerado un tribunal no alcanza que la ley rotule su actividad como jurisdiccional, sino que son necesarias su independencia y neutralidad frente a la Administración (del voto del Dr. Coviello).
5. La falta de independencia del ENARGAS no se configura exclusivamente por la dependencia de sus directores del Poder Ejecutivo Nacional sino también porque ejercen al mismo tiempo la típica función regulatoria y una actividad de naturaleza jurisdiccional (del voto del Dr. Coviello).

En Buenos Aires, a los 31 días del mes de octubre del año dos mil dos, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal para conocer en estos autos: **“DISTRIBUIDORA DE GAS CUYANA SA c/ RESOLUCION 293/00 -ENARGAS (Expte 5619/00”**, y

El señor juez de cámara Dr. Bernardo Licht dijo:

1. Arriban estos autos a conocimiento de esta Cámara, con motivo del recurso interpuesto por Distribuidora de Gas Cuyana S.A., en los términos del art. 66 de la ley 24.076 contra la resolución ENARGAS MJ n° 293 *“a fin de que se rechace lo resuelto por esa Autoridad y se haga lugar a lo solicitado por medio del presente escrito”*.

2. A su turno, a raíz de lo dispuesto por esta Sala, ordenando se corra traslado a la demandada por el término de 15 días del recurso de apelación obrante a fs. 64/70, (videm fs. 73), a fs. 81 el apoderado de la parte actora manifestó que diligenció la cédula librada en autos en los términos de la ley 22.172, dirigida a José Marcelo Del Monte, solicitando que sea agregada a estos autos.

A la postre a fs. 82 la Secretaria de la Sala proveyó: *“encontrándose vencido el plazo para que la demandada conteste el traslado conferido a fs. 73 y vta., notificado mediante cédula de fs. 80, córrase vista al Señor Fiscal General”*; por lo que, habiendo dictaminado el representante del Ministerio Público, se dispuso pasar los autos al Acuerdo (fs. 84).

3. En tales condiciones cuadra advertir que toda vez que el recurso previsto en el art. 66 de la ley 24.076 constituye una acción judicial impugnativa, correspondía que se encontrara dirigida contra el organismo que dictó el acto administrativo; conclusión que se consolida a poco que se repare en los términos en que se encuentra concebido aquél precepto normativo, del que se desprende

Expte n° 30974/ 2000. “DISTRIBUIDORA DE GAS CUYANA SA c/
RESOLUCION 293/00 -ENARGAS (Expte 5619/00”

C. NAC. CONT. ADM. FED. SALA 1ª, 31/10/02

que la controversia suscitada entre los sujetos de la ley citada, así como con todo tipo de terceros interesados ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, distribución y comercialización de gas, deberán ser sometidas en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente”, y se advierta asimismo que los actos administrativos que éste dicte, denominado por el legislador como “decisiones de naturaleza jurisdiccional”, se encuentran sujetos al remedio impugnativo previsto en el párrafo segundo del citado artículo 66 de la ley de la materia.

4. Siendo ello así, toda vez que la actora omitió correr traslado de la demanda al Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), no obstante la indicación que se le formulara a fs. 73 vta., corresponde, integrar la litis (art. 89 párrafo segundo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) para lo cual la actora le deberá correr traslado por el término de 15 días -conf. Art. 66 de la ley 24.076-.
ASÍ LO VOTO.

El señor juez de cámara Pedro José Jorge Coviello dijo:

La relectura de la cuestión liminarmente procesal debatida en autos y un nuevo estudio del espinoso tema que se debate, me ha llevado a la necesidad de formular algunas precisiones concurrentes con el voto de mi compañero el señor juez Licht para fundar debidamente mi opinión.

I. La cuestión se puede formular así: si el ENARGAS actúa como un verdadero tribunal (con las características que señalaré), es lógico que no corresponderá que sea citado como *parte*. En caso contrario, la respuesta será afirmativa, en el sentido propuesto en el voto precedente.

II. En tal inteligencia, si se considera que al decidir determinadas materias el ente asume decisiones que ostentan “naturaleza jurisdiccional”, como

lo preceptúa el segundo párrafo del art. 66 de la ley 24.076 (MRG), correspondería, ajustándose meramente al texto legal, dar una respuesta negativa al rol de parte del ente en esta vía del “recurso directo”.

Consecuentemente, si dicha labor tiene esa naturaleza, el ente actuará de igual manera que un órgano imparcial que resuelve un conflicto de partes, que según el MRG son, en sentido procesal, los “sujetos de esta ley” o con los terceros interesados en relación a los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de gas (cfr. arts. 9 y 66, primer párrafo, del MRG).

Fuera de dichos supuestos, el ente (ENARGAS) dicta actos puramente administrativos (arts. 70 y 71 y sigs. del MRG), en cuyo caso aquél asumiría el carácter de “parte” ante el Poder Judicial.

Así, en una primera aproximación se concluye que dicha actividad es jurisdiccional.

III. Desde otro punto de vista, a partir del pronunciamiento recaído *in re* “Litoral Gas”, Fallos: 321:776, del 16/4/98, el Alto Tribunal ha introducido una cuestión que no había sido suficientemente puesta de relevancia en otros pronunciamientos (cfr. Fallos: 244:548, “López de Reyes”, 1959, y 247:646, “Fernández Árias”, 1960). En efecto, en el consid. 6.º de ese precedente la Corte sostuvo concretamente en lo que aquí interesa: “En cuanto al ENARGAS, las garantías formales de *independencia* y *neutralidad* previstas para su actuación en la ley 24.076 —conf. Arts. 53, 54 y 55 de ese cuerpo legal sobre designación y remoción de directores del ente— *no alcanzan para categorizarlo como tribunal administrativo ...*” (el énfasis me pertenece).

De dicho párrafo puede extraerse que más allá de que se rotule una actividad como *jurisdiccional*, lo que a juicio de la Corte importaría para conformar como *tribunal* al órgano que la ejerce es su *independencia* y

Expte n° 30974/ 2000. “DISTRIBUIDORA DE GAS CUYANA SA c/
RESOLUCION 293/00 -ENARGAS (Expte 5619/00”

C. NAC. CONT. ADM. FED. SALA 1ª, 31/10/02

neutralidad frente a la Administración. En otros términos: al contenido material de la actividad se aúna el componente orgánico de su *independencia*.

IV. Evidentemente, con dicho precedente se configura una nueva situación en el panorama jurisprudencial en relación a los tribunales administrativos, que si bien no es nueva en sus planteamientos doctrinarios, cobra particular relieve ahora en relación al rol del ENARGAS como parte en el juicio.

Al respecto, la independencia fue la nota relevante que desde hace décadas se puso como uno de los puntos salientes para considerar que un órgano administrativo —se lo rotule o no *tribunal*— ejerce realmente una actividad jurisdiccional: su independencia. Así, Villegas Basavilbaso sostuvo que “[s]in tercero imparcial no hay jurisdicción” y que los caracteres esenciales de la función jurisdiccional son la contienda (elemento material) y la “independencia” del órgano (elemento estructural)” (Villegas Basavilbaso, Benjamín: *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1950, p. 245). También Fiorini señaló que sería aceptable “la afirmación de que dentro de los cuadros de la administración el legislador pueda establecer órganos completamente independientes y excluidos de la línea de grados jerárquicos y que actúen ante controversias especiales. Si esto puede aceptarse siempre deberá destacarse la independencia, de lo contrario no existiría jurisdicción. Siempre será necesario el recaudo que la historia requiere para salvar a la división de poderes, la independencia del órgano”; y “mientras este dato no exista habrá siempre actividad administrativa y la decisión respectiva no mutará la esencia del proceso por más que se hable de recursos, etc.” (Fiorini, Bartolomé A.: “Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional”, LL t. 101-1027, esp. p. 1034. También la respuesta al profesor Bielsa en su crítica a dicho trabajo: “Inexistencia del acto jurisdiccional y judicial en la

administración pública”, revista *Jus*, N.º 6, La Plata, 1965, pp. 31-41, donde sostuvo que “[l]a independencia del órgano que dirime en el litigio es el dato genérico para toda clase de justicia, sea civil, comercial, penal, administrativa, etc.”; p. 34).

Más recientemente, Cassagne apuntó la necesidad de que cuando se atribuyen a determinados órganos funciones jurisdiccionales en forma exclusiva, sus integrantes deben gozar de ciertas garantías para asegurar la independencia de su juicio frente a la Administración activa, como la relativa inamovilidad de sus cargos (Cassagne, Juan Carlos: *Derecho Administrativo*, t. I, 7.ª ed., Buenos Aires, 2002, p. 96).

De tal forma, la nota de la independencia es una de las que especifica una actividad administrativa como jurisdiccional, puesto que “la independencia no es un atributo accidental o secundario del órgano jurisdiccional, sino *consustancial* al mismo” (González Pérez, Jesús: *Derecho Procesal Administrativo*, t. 2, Madrid, 1957, p. 36. Cfr. también: García-Trevijano Fos, José Antonio: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 3.ª ed., Madrid, 1974, p. 68. Sosa Wagner, Francisco: *Jurisdicciones administrativas especiales*, Sevilla, 1977, pp. 35-35).

IV. Por lo tanto, la independencia aparece configurada como un componente fundamental para la caracterización del órgano respectivo como un tribunal, esto es, un órgano específico que asume un rol jurisdiccional para la resolución de un conflicto entre partes. Sobre este punto, ya antes del pronunciamiento *in re* “Litoral Gas” se había observado que el control judicial de la actividad “jurisdiccional” de los entes reguladores (específicamente el ENRE y el ENARGAS) debía ser pleno por, precisamente la insuficiencia de las “garantías formales de independencia y neutralidad”, que no alcanzaban para categorizarlos como tribunales administrativos (Comadira, Julio Rodolfo:

Expte n° 30974/ 2000. “DISTRIBUIDORA DE GAS CUYANA SA c/
RESOLUCION 293/00 -ENARGAS (Expte 5619/00”

C. NAC. CONT. ADM. FED. SALA 1ª, 31/10/02

Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996, p. 248).

La carencia de la señalada nota de la independencia del ENARGAS no se configura exclusivamente por el contexto y dependencia que tienen los miembros del Directorio del Poder Ejecutivo Nacional (cfr. arts. 53 y sigs. del MRG), sino también por la confusión de funciones que ellos asumen. Por un lado ellos ejercen la típica función regulatoria, configurada en el ejercicio del poder de policía del servicio, pero por otro ellos mismos también ejercen una actividad de naturaleza jurisdiccional.

Con lo cual se configura otro tipo de falta de independencia funcional en la medida que sobre un mismo objeto ejerce dos funciones distintas: administrativa, al regular y jurisdiccional, al decidir controversias entre los sujetos del régimen, controversias que pueden estar sustentadas en la interpretación o alcance de las normas o decisiones que el mismo ente dictó. Bajo esta nueva forma puede interpretarse la *neutralidad* que requiere la Corte en el *obiter* citado. No cabe duda que un órgano específico y desprendido del ejercicio de la potestad regulatoria del servicio podría considerárselo —siempre que existieran las garantías necesarias— un tribunal administrativo. Pero no en este caso, donde hay confusión de funciones y una cuestionada independencia a la luz de las pautas sentadas por la Corte. De esta forma, entonces se puede entender la neutralidad como *exclusividad* o, si se quiere también, independencia del ejercicio de otra actividad que afecte la función jurisdiccional.

VI. Conviene recordar sobre este aspecto las razones que se han dado para que en estos supuestos los entes reguladores sean llamados como parte en el proceso impugnatorio de sus actos (cfr.: Aguilar Valdez, Oscar: “Reflexiones sobre las «funciones jurisdiccionales» de los entes reguladores de servicios

públicos a la luz del control judicial de la administración”, en *Anuario de Derecho de la Universidad Austral*, volumen 1, Buenos Aires, 1994, pp. 181-254, esp. p. 231. Id.: “Cuestiones que suscita el control judicial de los entes reguladores de servicios (A propósito de dos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal”, ED del 15/5/98, pp. 13-21, esp. pp. 16-17. Id.: “Funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos. Algunas precisiones sobre la resolución administrativa de conflictos en materia de regulación”, en *AAVV: II Jornadas Internacionales sobre Servicios Públicos*, Mendoza, 2001, pp.17-82, esp. pp. 61-63), a lo cual debo agregar que la realidad subyacente en materia regulatoria puede llevar a que —como en dichos trabajos se expuso— el ente tenga quizás más en cuenta el resultado de la decisión sobre el ejercicio de la actividad regulatoria que la decisión puramente “jurisdiccional” del caso (de donde se extrae que la nota de “neutralidad”, como destacó la Corte Suprema *in re* “Litoral Gas”, no concurriría en relación al ENARGAS; lo cual, insisto, sería distinto si la actividad fuera asignada exclusivamente a un órgano específico e imparcial dentro del ente y con estabilidad de sus miembros, como, por ejemplo, los del Tribunal Fiscal de la Nación).

VII. En este aspecto, donde resulta clara la intención del legislador de instituir funciones “jurisdiccionales” en cabeza del ente, corresponde recordar que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 302:973) y la primera fuente para determinar dicha voluntad es la letra de la ley (Fallos: 299:167), de donde se sigue que los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos: 300:700), más allá de la posible imperfección técnica de su instrumentación legal (Fallos: 257:99; 259:63) o de evitar deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación (Fallos: 211:1063; 213:413). Por

Expte n° 30974/ 2000. “DISTRIBUIDORA DE GAS CUYANA SA c/
RESOLUCION 293/00 -ENARGAS (Expte 5619/00”

C. NAC. CONT. ADM. FED. SALA 1ª, 31/10/02

donde se sigue que caracterizada dicha actividad como jurisdiccional (sin perjuicio de las distintas posiciones doctrinarias que se han opuesto al ejercicio de actividades materialmente jurisdiccionales por la Administración, pero que nuestra Corte les ha dado validez constitucional en los precedentes citados, con lo cual “*Roma locuta causa finita*”), la ponderación del alcance del control de la actividad, como igualmente la intervención del órgano o ente respectivo en la causa, no afecta en principio la naturaleza de la actividad desarrollada en sede administrativa.

VIII. En conclusión, pues, considero que debe el ENARGAS ser citado a fin de intervenir como parte en la causa.

En virtud del resultado que informa el Acuerdo que antecede el Tribunal RESUELVE: con sustento en lo dispuesto por el art. 89 de la ley ritual, integrar la litis con el ENARGAS al que se cita a estar a derecho, fijándose un plazo de 15 días, bajo apercibimiento de ley, debiendo la parte actora notificarla del recurso interpuesto con la documentación acompañada, quedando a su cargo la confección y firma de la cédula.

El señor juez de cámara doctor Néstor H. Buján no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art.109 R.J.N.).

Regístrese y notifíquese.