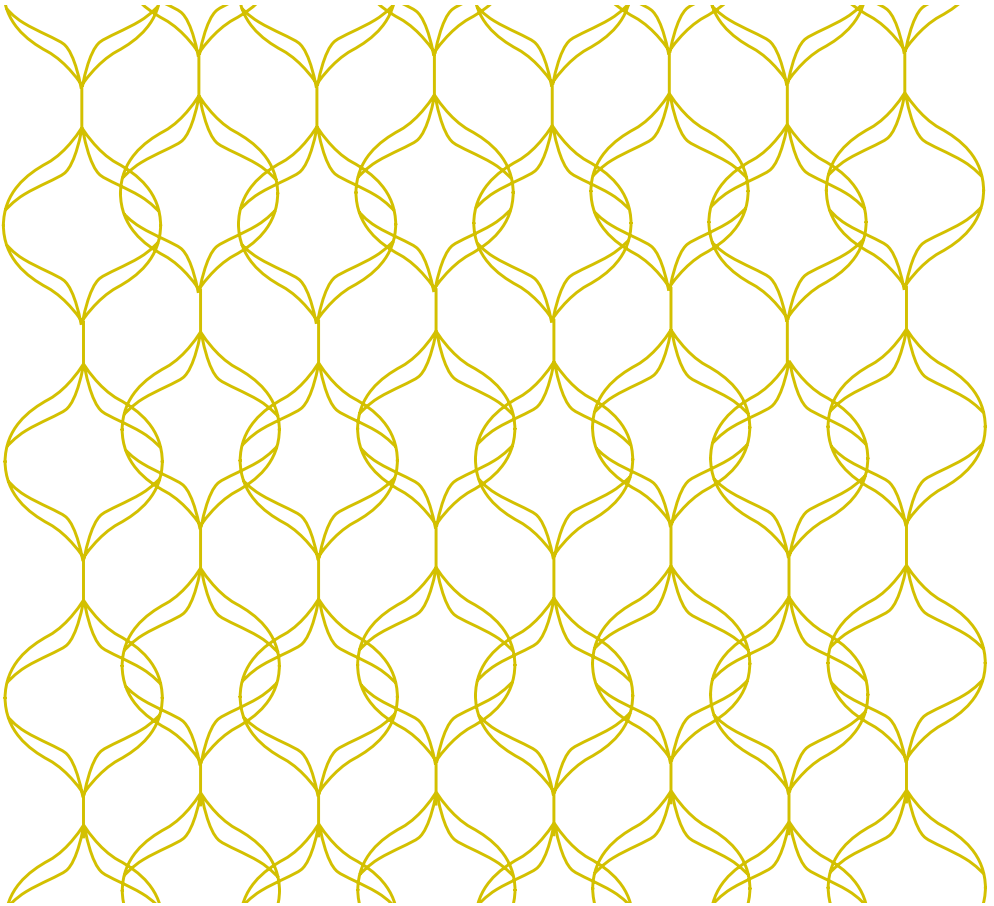
COLECCIÓN DOCTRINA

PROCESOS COLECTIVOS

Coordinadora: **Lidia E. Lago**



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

JUS BAI RES EDITORIAL

Procesos colectivos

www.editorial.jusbaires.gob.ar
editorial@jusbaires.gob.ar
fb: /editorialjusbaires
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320

Sello Buen Diseño argentino

Procesos colectivos / Javier Indalecio Barraza... [et al.] ; coordinación general de Lidia Ester Lago. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaires, 2020.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-768-133-8

1. Derecho Administrativo . I. Barraza, Javier Indalecio. II. Lago, Lidia Ester, coord.
CDD 342

© Editorial Jusbaires, 2020
Hecho el depósito previsto según Ley Nº 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial
Presidenta:
Ana Salvatelli

Miembros:
Alberto Maques
Francisco Quintana
Fabiana Haydeé Schafrik
Mariana Díaz
Sergio Delgado
Alejandra García

Editorial Jusbaires
Coordinación General: Alejandra García
Dirección: Gerardo Filippelli
Coordinación de Contenidos: Julia Sleiman

Edición: Analía V. Córdoba
Corrección: Daniela Donni, Leticia Muñoa, Mariana Palomino y Julieta Richiello

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga
Maquetación: Esteban J. González

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Saira* del tipógrafo argentino Héctor Gatti para la fundidora *Omnibus-Type* y *Alegreya* de la fundidora argentina *Huerta Tipográfica*.

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades

Presidente

Alberto Maques

Vicepresidente 1°

Francisco Quintana

Vicepresidenta 2ª

Fabiana Haydeé Schafrik

Consejeros

Alberto Biglieri
María Julia Correa
Anabella Hers Cabral
Gonzalo Rúa
Ana Salvatelli
Juan Pablo Zanetta

Secretaria de Administración General y Presupuesto

Genoveva Ferrero

ÍNDICE

Prólogo
Lidia Ester Lago..... 6

Las acciones de clase. Estudio histórico, jurisprudencial y cuantitativo
Javier Indalecio Barraza..... 9

Los derechos colectivos buscan su proceso. Algunas cuestiones sobre legitimación
Graciela E. Christe..... 31

Las sentencias estructurales. Diversas problemáticas en la ejecución de sentencias
María Rosa Cilurzo..... 60

Los procesos colectivos y el fuero Contencioso Administrativo y Tributario
Carlos Martín Debrabandere..... 80

Audiencias públicas: legitimación, representación adecuada y caso
Pedro Galmarini..... 97

Los procesos colectivos: algunas vivencias en la justicia de la CABA
Osvaldo Oscar Otheguy..... 134

Cuestiones de competencia en los procesos colectivos
Juan Antonio Stupenengo..... 170

La precisa identificación de la clase afectada como requisito de admisibilidad de los procesos planteados en clave colectiva
Claudia Irene Villar..... 199

Prólogo

Es para mí una gran satisfacción poder presentar esta obra titulada *Procesos colectivos*, la cual surgió tras advertir el gran interés latente sobre la materia y ante la importancia de profundizar su estudio. Este trabajo es el paso siguiente en esa línea luego de llevarse a cabo, durante el año 2018, la jornada "Práctica de Procesos colectivos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", además de un curso en el Centro de Formación Judicial.

Como ya es sabido, en el año 1994 fueron incorporados a la Constitución Nacional nuevos derechos que modificaron la concepción tradicional del proceso. En este sentido, con la incorporación de derechos sociales, económicos y culturales, el artículo 43 amplió la legitimación procesal en los procesos de amparo, lo que importa un nuevo paradigma en la teoría general del proceso por cuanto, con la implementación de las acciones colectivas, resulta necesario reelaborar los institutos de la acción, la legitimación, el valor de la cosa juzgada y la ejecución de sentencia, entre otros.

Posteriormente, en el año 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. –ley 25.873– dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", reconoció la categoría de derechos individuales homogéneos como parte integrante del concepto de "derechos de incidencia colectiva" contemplado en el artículo 43 de la Constitución Nacional. Además, determinó sus características definitorias y estableció los requisitos de procedencia de las pretensiones orientadas a tutelar este tipo de derechos.

Asimismo, no puede dejar de recordarse que no existe a nivel nacional ni local ninguna norma que regule los procesos colectivos en forma sistemática y adecuada. Así, si bien en el ámbito de la CABA es competencia de la Legislatura la regulación del instituto de los procesos colectivos, lo cierto es que, no obstante que a la fecha se han presentado diferentes proyectos de ley en tal sentido, ese órgano legislativo aún no se ha expedido sobre el tema.

En este contexto, el Poder Judicial local ha ido contribuyendo al crecimiento de esta herramienta del Derecho Procesal, sentando

jurisprudencia en aquellos casos donde el modelo de proceso tradicional ha resultado insuficente para dar respuesta a las controversias planteadas. Ello se ha evidenciado en los procesos en que, en virtud de los cambios sociales producidos en los últimos años, los conflictos no surgen únicamente entre particulares con relación a sus derechos individuales sino que el objeto de los pleitos resulta ser la reivindicación de derechos constitucionales amparados en la Consitución Nacional y la Consitución de la Ciudad de Buenos Aires. Entre ellos, el Poder Judicial local ha dado respuesta a la tutela vulnerada de los derechos a la salud integral, la educación, la protección del ambiente, el patrimonio cultural, de la competencia, el usuario y del consumidor.

En esas condiciones, la jurisprudencia y la doctrina han ido delineando el instituto, con el objetivo de dar respuesta a los diferentes interrogantes y controversias que se plantean en los procesos colectivos, con múltiples y diversas pretensiones, brindando una respuesta que ha estado a la altura de la evolución de las instituciones y las exigencias actuales de la sociedad.

La obra que aquí presento abarca los antecedentes de los procesos colectivos, cuestiones procesales y de procedimiento, normativa aplicable y análisis de los modos en que los magistrados delinean el trámite de este tipo de procesos, todo ello con apoyo en doctrina y jurisprudencia nacional y local.

De esta forma, la actualidad y complejidad de los procesos colectivos amerita un estudio y un análisis profundo, que si bien este trabajo no pretende agotar, considero que resulta un valioso aporte para comprender más acabadamente el tema.

Quiero agradecer especialmente a los coautores que participaron en este libro, quienes han analizado el instituto de los procesos colectivos desde diversos aspectos y con distintos enfoques y miradas gracias a su vasta experiencia profesional y académica, lo que ha resultado muy enriquecedor. Ellos son los Dres. Javier Barraza, Graciela Christe, María Rosa Cilurzo, Carlos Martín Debrabandere, Pedro Galmarini, Osvaldo Otheguy, Juan Antonio Stupenengo y Claudia Villar.

Finalmente, un reconocimiento especial a mis colaboradores Ana Inés Larrea y Martín Villegas, quienes han trabajado arduamente

para que esta obra que hoy presento salga a la luz, con la esperanza de que sea una herramienta de trabajo y estudio útil para los distintos operadores judiciales.

Lidia Ester Lago
Jueza en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA

Las acciones de clase. Estudio histórico, jurisprudencial y cuantitativo

Javier Indalecio Barraza*

Introducción

Un adecuado estudio histórico de las acciones de clase permitirá advertir que este tipo de acciones han surgido como consecuencia de necesidades prácticas o por objetivos políticos. En efecto, en el sistema estadounidense las *class actions* alcanzaron su desarrollo y sistematización durante la década de 1950 para poner fin a la discriminación racial y asegurar los derechos civiles de la comunidad afroamericana.[1] Posteriormente, en las décadas de 1970 y 1980 –con el avance de la sociedad de consumo– estas acciones fueron utilizadas para proteger a los consumidores frente a los riesgos generados por la producción industrial masiva y la salud de la población ante la contaminación del medio ambiente.

Por otro lado, en el sistema argentino parecería que este tipo de acciones han sido utilizadas por objetivos eminentemente políticos, antes que permitir a un grupo de personas llevar adelante una gestión jurídica y la adecuada defensa de sus derechos. ¿Las asociaciones civiles o grupos que dicen defender derechos de los usuarios y consumidores son organizaciones que persiguen intereses político-partidarios? ¿Es posible medir y cuantificar esta cuestión? En otras culturas jurídicas, como es el caso de los Estados Unidos, las acciones de clases han sido objeto de múltiples críticas.[2]

* Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Master en Abogacía del Estado por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (1999) y Master en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos, título otorgado por la Universidad de París y Carlos III de Madrid (2004). Defensor Oficial del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

1. Cueto Rúa, Julio César "La acción por clase de personas", *LL* 1988-C-952 y ss.

2. Miller, Arthur, "Of Frankenstein monsters and shining knights: Myth, reality and the class actions problem", *Harvard Law Review*, vol. 92, Nº 3, enero de 1979; Handler,

En el presente trabajo nos proponemos analizar los antecedentes históricos y los fallos que originaron este tipo de acción. Asimismo, intentaremos hacer un análisis cuantitativo de la cuestión.

Origen y requisitos

Inglaterra

El origen de las *class actions* puede encontrarse en el siglo XVII en la Court of Chancery[3] de Inglaterra a través del llamado Bill of Peace, remedio procesal que permitía a las Courts of Equity entender en una acción promovida por representantes de un grupo o contra representantes de un grupo, si la parte actora podía acreditar que:

a. la cantidad de personas involucradas era tan grande que hacía imposible o *impracticable* la acumulación de todas las acciones o la acumulación de todas las defensas;
b. que todos los integrantes del grupo poseían un interés común en la materia sometida a decisión judicial;
c. que las partes mencionadas como actores o demandados, según el caso representaban adecuadamente a los ausentes.

La ventaja de las *class actions* consistía en que era más económico y conveniente articular un solo proceso de equidad que decidir una controversia a través de múltiples acciones.[4]

Milton, "The shift from substantive to procedural innovations in antitrust suits", *Colorado Law Review*, vol. 71, N° 1, enero de 1971.

3. Bianchi, Alberto, *Las acciones de clase. Una solución a los problemas de la legitimación colectiva a gran escala*, Buenos Aires, Ábaco, p. 43 y ss. Señala que la Court of Chancery (Tribunal del Canciller o Corte de Cancillería) nace aproximadamente en el siglo XVI, aun cuando una ley de 1304 ya la menciona como un Tribunal. Surgió de la facultad inherente del rey de Inglaterra para impartir justicia directamente en todos aquellos casos en que los primeros tribunales ingleses de derecho estricto o *common law* no podían conceder a las partes recursos procedentes o eficaces, prerrogativa que el monarca ejercía a través de su Canciller, quien asistido de otro funcionario llamado "Master *of the Rolls*" (especie de secretario encargado de los archivos) actuaba en calidad de juez de Equidad. Fue abolida por la ley de reorganización de los Tribunales de 1873, pasando a constituir la Chancery Division de la High Court (División de Cancillería de la Corte Suprema de Justicia).

4. En el caso "How *vs.* Tenants of Bromosgrove" unos arrendatarios demandaron al principal dueño de esas tierras, porque consideraban que aquel se había apropiado indebidamente de terrenos comunes pertenecientes a la ciudad. La Corte de Equidad

Estados Unidos

Por su parte, Story en Estados Unidos desarrolló la doctrina de las *class actions*. Su análisis fue perfeccionado en el caso "Smith *vs.* Swormstedt".[5]

En 1912, la Regla de Equidad 38 reemplazó a la vieja Regla 48 pero omitió tratar el tema del efecto de la sentencia respecto de quienes no habían integrado la *litis*. Pese a que la omisión removió la limitación sobre el efecto respecto de la clase no quedó claro si su vinculación con relación a los miembros ausentes era consistente con los requisitos del debido proceso y el derecho de tener un día en la Corte.

Posteriormente, en 1921, la Suprema Corte resolvió "Supreme Tribe of Ben-Hur *vs.* Cauble", donde dispuso que

> Si los tribunales federales han de tener la competencia en las acciones de clase a la cual obviamente tienen derecho, el fallo al emitirse obligará a toda la clase adecuadamente representada. Es imposible designar a todos sus integrantes como parte cuando los miembros son tan numerosos que resulta imposible traerlos a todos a juicio. La materia en discusión incluye el control y disposición de los fondos de una entidad de beneficencia que fue reconocida por la corte de equidad. Las partes han representado adecuadamente los intereses de la clase. La sentencia debe obligar a toda la clase.

Más tarde, las *class action* fueron incorporadas en los códigos procesales de varios Estados y se aplicó en acciones de derecho como resultado de la fusión entre derecho y equidad, típicas de la época en que se adoptaron estos códigos. Muchos de ellos establecieron que cuando

---

mantuvo la acción como una sola y eliminó la necesidad de tratar las cuestiones comunes repetidas en acciones separadas antes de que cada miembro tuviera su día en la corte. Wright, Charles Alan; Miller, Arthur Raphael y Kane, Mary Key, *Federal Practice & Procedure*, vol. 7A, pp. 7-15.

5. Un grupo de parroquianos de la Iglesia Metodista Episcopal entablaron una acción de clase por la cual se buscaba una declaración sobre los derechos de cada grupo de parroquianos, referente a la disposición de los fondos que originalmente pertenecían a dicha iglesia. La Suprema Corte consideró que la decisión obligaba a todos de la misma manera, hayan sido parte o no en el pleito. Sin embargo, en otros casos, la Corte estimó que si los ausentes no habían sido adecuadamente representados o no fueron oídos sobre las cuestiones comunes, la Regla de Equidad 48 evitaba el efecto extensivo del fallo sobre estos. (1853, 16. How, 288, 303, 14 L.Ed 942, 948), "Wabash R.R Co v. Adelbert College of the Western Reserve Univ", 1908, 28 S.Ct 425, 208 US609, 52 L. Ed.379. Ídem.

la disputa involucrara intereses comunes o generales de varias personas o cuando el grupo era tan numeroso que resultaba imposible traer a todas las partes al juicio, los representantes de la clase debían defender los intereses en beneficio del conjunto. Pese al lenguaje utilizado en los distintos códigos, la mayor preocupación de los tribunales residió en la protección de los intereses de sus miembros ausentes.[6]

Así, durante el siglo XX, las acciones de clase estuvieron limitadas a los procedimientos de equidad. Existen dos fechas clave en la historia de aquellas. La primera data de 1938 cuando fueron incorporadas a la Regla 23 de Procedimiento Judicial Federal, lo que permitió extender el uso de estas acciones de los tribunales de equidad a los tribunales de derecho. Esta Regla fue posteriormente modificada en 1966.

En el transcurso de 2005 se aprobó una tercera modificación a la Regla 23 por la cual se crea la Class Action Fairness Act que expande la jurisdicción de las cortes federales sobre las acciones de clase que se planteen en otros estados. Los puntos más sobresalientes de esta última reforma son: 1) Sección 3 "Carta de derechos para las acciones de clase de consumidores y mejora en los procedimientos de acciones de clase de un estado a otro".

Requisitos de la Regla 23

La Regla 23 perteneciente a las Reglas Federales de Proceso Civil de los Estados Unidos de América dispone los requisitos para iniciar una acción de clase, a saber:

a. Requisitos implícitos:
   i. que exista una clase que pueda ser definida con precisión;
   ii. que los representantes propuestos pertenezcan a la clase representada; y
   iii. que exista una controversia actual (*a live controversy*), es decir, que la cuestión no haya quedado abstracta.
b. Prerrequisitos:
   Están previstos en el inciso a) de la Regla 23
   i. Que la clase sea tan numerosa que un litisconsorcio activo sea impracticable.

6. Ídem.

Este requisito se denomina *numerosity*. Es preciso que la multitud de eventuales reclamantes individuales sea tal que no permita la reclamación en juicio de manera conjunta. Este requisito no atiende solo al dato numérico (número aproximado de miembros de la clase); obliga a considerar cuestiones tales como la mayor o menor dispersión geográfica de los miembros o, incluso, los recursos económicos que, en principio, cabe atribuir al miembro típico de la clase;

ii. Que existan elementos de hecho o de derecho comunes a toda la clase.
Es lo que se denomina *commonality* o identidad fáctica. Deben existir cuestiones fácticas o jurídicas comunes a los distintos miembros del grupo que sean claramente más relevantes que las circunstancias particulares de cada uno de estos. En tal sentido, se entiende que no existe suficiente *commonality* si las circunstancias individuales, aun no siendo tan relevantes como los elementos comunes, resultan suficientes para que la *acción de clase* pierda la eficiencia deseada. En particular, si la necesidad de proponer y practicar prueba sobre ciertas circunstancias personales de cada uno de los miembros del grupo representado obligara en la práctica a descomponer el procedimiento declarativo inicial en innumerables subprocedimientos, la eficiencia de la *acción de clase* se perdería de forma irremediable;

iii. Que los argumentos y defensas de los representantes de la clase sean típicos del resto de la clase.
Este requisito se denomina *tipically*; y

iv. Que los representantes de la clase protejan los intereses de la clase en forma adecuada y justa.
Adequacy of representation: se trata de asegurar que quien inicia una acción irrogándose la representación de los miembros de la clase los representará adecuadamente

c. Requisitos establecidos por el inciso (b) de la Regla 23:

i. Las cuestiones de derecho y los hechos comunes a los miembros de la clase deben predominar sobre aquellos individuales;

ii. La acción de clase debe ser superior a cualquier otro medio procesal disponible para el tratamiento justo y eficiente de la controversia. La norma también incluye los temas que, como mínimo, deberán analizarse al estudiar las exigencias de los puntos (i), (ii) y (iii).

La interpretación de cada uno de estos requisitos ha dado lugar a numerosos pronunciamientos que exceden el marco del presente trabajo pero que podrán servir como antecedentes para una adecuada regulación de las acciones de clase en nuestro país.

Una vez comprobado el cumplimiento de todas las exigencias, el juez debería definir la clase con la mayor precisión posible.

En los Estados Unidos de América, esto significa que una acción de clase debe ser previamente "certificada" como tal por el juez interviniente.

De acuerdo con la Regla 23 ya citada, los jueces debían certificar la clase lo antes posible (*as soon as practicable*). Esto dio origen a una gran discrecionalidad con respecto al momento en que la clase era certificada. Cuando la Regla 23 fue modificada en el año 2003, se estableció que la certificación debía ser realizada en el momento en el cual resulte factible, pero temprano (*at an early practicable time*). Klonoff y Bilich explican que la certificación temprana es crucial ya que define temas fundamentales de la acción de clase como por ejemplo, quiénes son las partes.[7]

Argentina

Casos anteriores a "Halabi"

En los casos "Mujeres por la Vida"[8] y "Defensor del Pueblo"[9] la CSJN llamó la atención sobre la mora de los legisladores y la ausencia de una ley que regulara las "acciones de clase". Asimismo, se refirió a los casos en los cuales se encuentran involucrados derechos de incidencia colectiva relativos a derechos individuales homogéneos.

7. Klonoff, Robert; Billich, Edward, *Class actiones and other multiparty litigation*, Minesotta, West Academic, 2011.

8. CSJN, Fallos: 329:4593, "Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro -filial Córdoba- c/EN - PEN Mº de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo", 31/10/2006.

9. CSJN, Fallos: 329:4542, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Secretaría de Comunicaciones - resolución 2926/99 s/ amparo", 31/10/2006..

También, corresponde mencionar el caso "Mendoza"[10] donde se trató lo relativo a la contaminación de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo y el impacto sobre la población. En este caso, se decidió convocar a audiencias públicas. Tal vez lo novedoso del fallo es que nos da una clara pauta del modo en que se deben llevar adelante las discusiones en acciones de este tipo.

El caso "Halabi"

A partir de este caso, nuestro Máximo Tribunal reitera algunos conceptos respecto de la importancia de las audiencias públicas y estableció los requisitos mínimos de los procesos colectivos.

Circunstancias fácticas

El 17 de diciembre de 2003 fue sancionada la Ley N° 25873 que modificó la Ley N° 19798 que regula las telecomunicaciones.

El artículo 2 incorporó el artículo 45 ter a la norma reformada, que establece:

> Los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán registrar y sistematizar los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones cursadas por los mismos para su consulta sin cargo por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente. La información requerida en el presente deberá ser conservada por los prestadores de servicios de telecomunicaciones por el plazo de diez años.

Por su parte, el artículo 1, incorporado como artículo 45 bis de la Ley Nacional de Telecomunicaciones, impuso a los prestadores de tales servicios la obligación de instrumentar los recursos y medios humanos y técnicos que permitieran captar y derivar las comunicaciones transmitidas para su observación a pedido de los jueces o fiscales. Asimismo, el Poder Ejecutivo debía reglamentar los aspectos operativos, tecnológicos y de seguridad que les correspondía implementar a los prestadores para dar cumplimiento a la ley.

10. CSJN, Fallos: 332:111,"Mendoza, Beatriz Silvia c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)", 20/6/2006..

El 8 de noviembre de 2004 fue emitido el Decreto N° 1563/2004 reglamentario de la Ley N° 25873. Su texto, destinado esencialmente a contemplar las articulaciones técnicas referentes al cumplimiento de la ley por los prestadores de servicios de telecomunicaciones, impone la obligación de instrumentar los medios que permitan conocer a los usuarios y sus condiciones personales, la hora de inicio de una comunicación y su lapso, y la individualización con iguales alcances de su destinatario. Asimismo, las comunicaciones debían ser codificadas, y en caso de ser interceptadas, se procedería a su decodificación mediante procedimientos fijados por la autoridad (art. 2, inc. J-8). El órgano estatal encargado de ejecutar las intercepciones dispuestas por el juez o fiscal, era la Dirección de Observaciones Judiciales dependiente de la Secretaría de Inteligencia de la Nación (SIDE).

Con motivo de su sanción, la norma fue objeto de críticas severas, pues quedaba desprotegido el derecho a la intimidad en las comunicaciones telefónicas y por vía de Internet. Tales circunstancias, y las dificultades para su implementación, determinaron que la aplicación de la ley fuera suspendida por el Decreto N° 357/2005, aunque ella no fue derogada. En cualquier momento, el Poder Ejecutivo podía tornar operativa a la ley y su decreto reglamentario.

Considerando que se operaba una lesión al derecho a la intimidad; una vía que colisionaba con el principio de autoincriminación; y el secreto profesional (arts. 18 y 19 CN), el accionante –Ernesto Halabi– a título personal e invocando su condición de ciudadano y abogado, planteó la inconstitucionalidad de la Ley y su Decreto reglamentario.

Su demanda fue acogida en primera instancia el 14 de junio de 2005 y confirmada el 28 de noviembre de ese año, por la Sala II de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo con el voto de los jueces María Garzón de Conte Grand, Marta Herrera y Jorge Damarco.

Fallo de Cámara

La particularidad de la sentencia de Cámara residió en que la declaración de inconstitucionalidad fue dictada no solamente para el caso concreto, sino con efecto *erga omnes* en beneficio de todos los usuarios que no habían participado en el juicio. La Cámara entendió que, dadas las particularidades del caso, y si bien la acción había sido ejercida por el afectado en salvaguarda de sus derechos individuales, la legitimación

en la acción de amparo planteada abarcaba el ejercicio de un derecho de incidencia colectiva que encuadraba en el 2° párrafo, del artículo 43 de la Constitución. Como consecuencia, la sentencia se debía proyectar sobre todos los usuarios que no habían participado en el proceso.

En orden a las libertades invocadas, el tribunal sostuvo que se vulneraba el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia. Por otra parte, la cuestión no era abstracta porque, si bien la aplicación de la ley y su decreto reglamentario estaba suspendida, ella proseguía en vigencia. Su efectividad podía ser restablecida en cualquier momento, a través de un nuevo decreto del Poder Ejecutivo.

Debido a la vaguedad de las previsiones legales y reglamentarias, existía el riesgo cierto de que los datos personales registrados fueran utilizados para fines diferentes a los contemplados en la fundamentación de estas. Además, existía una notoria indeterminación sobre las circunstancias precisas que podían avalar el requerimiento del juez o fiscal.

En rigor, bajo el pretexto de ser un instrumento necesario para investigar la comisión de ciertos delitos como el lavado de dinero, el tránsito y comercialización de estupefacientes y los secuestros de personas, la norma colocaba, elípticamente, a disposición de los organismos dependientes del Poder Ejecutivo el conocimiento de los contenidos de las comunicaciones telefónicas, o Internet, efectuadas por todos los usuarios, aunque no llegaran a estar involucrados en aquellos hechos.

Una cosa es registrar a los emisores y destinatarios de las comunicaciones, que de por sí configura una lesión al derecho a la vida privada, pero otra mucho más grave es permitir el funcionamiento de un sistema mediante el cual se pueden registrar los contenidos de tales comunicaciones y reservarlas durante diez años.

La sanción de este tipo de normas –por más loables que en apariencia sean sus fines– revela el peligro que acarrea –para la intimidad, la vida privada y otras potestades individuales y sociales– el desarrollo tecnológico cuando su instrumentación se realiza prescindiendo de un análisis previo destinado a prevenir los riesgos que puede generar para la subsistencia de los derechos humanos, y por añadidura, para la dignidad de las personas.

El recurso extraordinario que interpuso el Estado contra la sentencia no cuestionó la conclusión judicial sobre la lesión a los derechos individuales invocados por el accionante. Su agravio se basó,

exclusivamente, sobre los efectos *erga omnes* atribuidos por la Cámara a su pronunciamiento. El recurrente, conforme al enfoque clásico, consideró que los efectos de la sentencia se debían limitar a tutelar los derechos del peticionario. Por el contrario, el tribunal había resuelto que se enfrentaba a un caso donde, si bien el afectado había ejercido un derecho individual, esa potestad quedaba subsumida en un derecho de incidencia colectiva de tipo general.

Fallo de la Corte

Al tomar intervención en el caso, la Corte Suprema destacó que el tema planteado revestía gravedad institucional. Su consideración, superaba el legítimo interés de las partes, para proyectarse sobre los intereses –también legítimos– de un amplio e importante sector de la sociedad como consecuencia del carácter general que revestían las normas cuestionadas. Ellas afectaban los derechos del accionante y de un sector social que no había intervenido en el juicio. En tal caso, y estando involucrado el bien común, la Corte reiteró que su labor hermenéutica, respecto de la Constitución y las normas federales –incluyendo a los tratados internacionales–, no estaba limitada por el contenido de la sentencia apelada ni por las peticiones de las partes, porque a ella le incumbe decidir sobre la recta interpretación de las normas jurídicas.

Distinción

Posteriormente, se realiza una distinción de tres categorías de derechos cuyo reconocimiento se podía intentar mediante el amparo:

- Individuales: este es el supuesto más simple, pues se trata de bienes jurídicos individuales donde el actor es titular. El derecho puede ser personal o patrimonial, y los efectos de la sentencia no son *erga omnes*.
- De incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos: estos pueden ser el Defensor del pueblo o las asociaciones cuyo fin es tutelar tales derechos y el afectado. Se trata de proteger un bien colectivo indivisible, de toda la sociedad (*v. gr.* medio ambiente). Cuando se ejerce en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio cau-

sado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causa petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación

- De incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos: sería el caso de derechos "personales o patrimoniales" que provienen de lesiones al ambiente, la competencia, a los derechos de usuarios y consumidores, y de los sujetos discriminados. A diferencia del caso anterior, no existe un bien colectivo pues se afectan derechos individuales "divisibles". La lesión a tales derechos individuales es provocada por un factor único, acarreando una "causa homogénea" para todos los individuos o un grupo importante de ellos. Habiendo "homogeneidad fáctica y normativa", resulta razonable que la sentencia que tutela el derecho individual de una persona, se extienda a la tutela de los derechos individuales de las restantes personas afectadas por ese factor común. En tales casos, cabe "la realización de un solo juicio con efectos extensivos de la cosa juzgada que se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño" cuando apunta a aspectos resarcitorios (consid. 12).

Otras pautas

También de este fallo surgen seis pautas. Tres para resguardar el derecho de defensa de aquellos que no pudieron participar del proceso, y tres que serían recomendaciones procesales.

En cuanto al resguardo de aquellos que no pudieron participar del proceso, se exige:

- precisa identificación del grupo afectado;
- que el planteo involucre cuestiones comunes u homogéneas;
- que la demanda se promueva por quien posea la idoneidad suficiente para representar al grupo.

En lo atinente a las recomendaciones procesales:

- adecuada notificación de los posibles interesados en el pleito;
- que se les garantice el derecho de optar por intervenir o autoexcluirse del pleito;
- que se implemente medidas de publicidad adecuadas para evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos.

Casos posteriores a "Halabi"

Posteriormente, en "Cavalieri"[11] donde sí se discutían derechos de los consumidores, nuestro Máximo Tribunal estimó que la acción de clase iniciada por una PROCONSUMER como parte coactora no era viable por cuanto no se cumplía uno de los requisitos exigidos en "Halabi".

Finalmente en "PADEC", el Alto Tribunal admitió la posibilidad de una acción de clase en cuestiones atinentes a los derechos de los consumidores, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en los fallos anteriores.

En suma, la CSJN reafirma la posibilidad del inicio de acciones de clase, pero es necesario cumplir con tres requisitos:

- que exista una *homogeneidad fáctica y normativa* entre los individuos que integran la clase y que surja razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada;
- que lo que se pretenda concretamente se relacione con aspectos colectivos y no con lo que cada sujeto pueda reclamar individualmente; y
- que el interés individual de cada potencial reclamante no sea de una entidad tal que justifique el inicio de juicios individuales (aunque este requisito puede ser dejado de lado ante casos especiales donde se discutan temas tradicionalmente postergados como el ambiente, el consumo o la salud, entre otros posibles).

Además, en lo que es tal vez la parte más novedosa del fallo, la CSJN luego de reconocer que esos requisitos se cumplen en el caso concreto, ordena remitir el expediente al juzgado de origen para que allí se encuadre el trámite en las pautas del artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor y se cumplan con estas pautas:

a. Que se identifique de manera precisa el grupo o clase involucrado en el caso;
b. Que se supervise la idoneidad de la parte actora para representar a ese grupo o clase;
c. Que se arbitre un procedimiento para notificar a las persona que pudieran tener interés en el resultado del juicio; y

11. CSJN, Fallos: 335:1080, "Cavalieri, Jorge c/Swiss Medical", 26/06/2012.

d. Que se implementen medidas de publicidad para evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con idéntico objeto.

Análisis cuantitativo

Cantidad de fallos

La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal pronunciaron muy pocos fallos respecto de esta cuestión. Probablemente esta escasez de fallos obedezca a que se trata de una cuestión relativamente moderna, cuyo desarrollo en el sistema estadounidense surge hacia la década de 1950. En nuestro país, el primer fallo se registra hacia la década de 1980, con el caso "Kattan".

Tal como se consigna en el cuadro siguiente, se puede advertir la cantidad de fallos sobre esta temática, y el resultado de las acciones.

Fallos	Cantidad	Porcentaje
Admitidos	27	60%
Admitidos parcialmente	1	2.2%
Rechazados	17	37.78%
Total	45	100%

Por otra parte, si no hacemos discriminación alguna y solamente tenemos en cuenta los fallos que han sido admitidos (tanto de manera total como parcial) el porcentaje asciende. Al punto que podríamos decir que el criterio de la CSJN ha sido amplio. Veamos en el cuadro siguiente esta circunstancia en términos porcentuales.

Fallos	Cantidad	Porcentaje
Admitidos	28	62.22%
Rechazados	17	37.78%
Total	45	100%

Tribunal

Del cuadro que se presentará se pueden observar cuántos fallos ha pronunciado la CSJN y el fuero Contencioso Administrativo Federal.

Se incluye un fallo de primera instancia, dado que la sentencia quedó firme.

Tribunal	Cantidad	Porcentaje
CSJN	34	75.56%
CN Cont. Adm. Fed.	10	22.22%
Juzgado de 1ª Inst. Cont. Adm. Fed.	1	2.22%
Total	45	100%

Calidad del actor

Otro punto que merece una particular reflexión es la calidad del actor. Este dato es importante, pues se puede conocer cuál es el grupo que resulta más perjudicado o beneficiado sobre la cuestión, o bien cuál es el grupo que más utiliza este tipo de acción.

Urge entonces que en las sentencias surja la calidad del actor para poder realizar mediciones cuantitativas sobre este ítem.

Tribunal	Cantidad	Porcentaje
Abogado	5	11.11%
Arquitecto	1	2.22%
Asoc. Civil	15	33.33%
Chofer	1	2.22%
Cooperativa	4	8.88%
Defensor del Pueblo	3	6.66%
Desconocido	3	6.66%
Diputado	1	2.2%
Estudiante	3	6.66%

Médico	1	2.22%
Ministerio Público	1	2.22%
Municipalidad	1	2.22%
ONG	1	2.22%
Periodista	1	2.22%
Político	1	2.22%
Universidad	3	6.66%
Total	45	≈ 99.94%

Como se puede advertir las Asociaciones Civiles son las que más acciones de clase interponen, juntamente con los abogados.

Paradójicamente el Defensor del Pueblo, quien representa los intereses del pueblo, o definido también como el "abogado de la sociedad", ha interpuesto tan solo tres acciones, lo cual representa un bajo nivel porcentual. A esto corresponde agregar, que desde 2009, el cargo está vacante. Así, el 9 de abril de 2009, el –por entonces– titular de la Institución resignó su cargo para postularse como candidato a senador por Córdoba. Posteriormente, en 2013, vencieron los mandatos de los adjuntos. Luego de ello, ejerció las funciones interinamente el Secretario General, Carlos Haquim, quien fue electo vicegobernador de Jujuy en 2015. Finalmente, el Subsecretario General está a cargo de la Institución, pero carece de las facultades esenciales que otorgan la Constitución Nacional y la Ley orgánica.[12]

Por otra parte, el Ministerio Público, quien representa los intereses de la sociedad, muestra un escaso interés en la interposición de este tipo de acciones.

De los datos consignados se podría afirmar que la defensa de los intereses colectivos está en cabeza del sector privado, dado que

el Ministerio Público y Defensor del Pueblo representan bajos niveles porcentuales.

Actor	Cantidad	Porcentaje
Sector público	10	22.22%
Sector privado	32	71.11%
Desconocido	3	6.66%
Total	45	≈ 99.99%

Hay tres casos donde no es posible conocer la calidad del actor, a saber: "Mendoza"; "García, José c/PEN s/Amparo" y "Cavalieri, Jorge c/ Swiss Medical".

Demandada

Demandada	Cantidad	Porcentaje
Banco	2	4.44%
Empresario	1	2.22%
Ente Público no estatal	1	2.22%
Estado Nacional	20	44.44%
Poder Judicial	1	2.22%
Provincia	5	11.11%
Sociedad Comercial	13	28.88%
Universidad	2	4.44%
Total	45	≈ 99.97%

De los datos consignados se puede advertir que la mayor demandabilidad en este tipo de acciones recae sobre el Gobierno federal y las provincias.

Por lo demás, si hacemos una división entre sector público y privado, los datos porcentuales indican que la mayor demandabilidad es hacia el primero.

Demandada	Cantidad	Porcentaje
Sector público	29	64.44%
Sector privado	16	35.55%
Total	45	≈ 99.99%

Temas

Los temas sobre los que se debate en las acciones de clase han sido diversos. Conviene hacer un examen cuantitativo para determinar dónde está mayoritariamente la problemática.

Tema	Cantidad	Porcentaje
Consumidores	7	15.56%
Educación	2	4.44%
Medioambiente	9	20%
Salud	5	11.11%
Tarifa	15	33.33%
Otros	7	15.56%
Total	45	100%

Como se puede advertir, la mayor problemática está en las tarifas, seguido por medioambiente y consumidores. Estos ítems representan el grueso de la cuestión.

Algunas conclusiones

El estudio de las acciones de clase requiere un profundo análisis e investigación. Hasta el momento no se han realizado mediciones de eficiencia sobre la cuestión. No obstante, se alega –sin ningún fundamento certero, sin cifras fiables– que esto contribuye a mejorar la vida de los ciudadanos, que este tipo de acción es eficiente y en consecuencia ordena el litigio. Frente a estas afirmaciones cabe preguntarnos: ¿Es eso cierto? ¿De dónde surgen estas afirmaciones?

En otro orden, las organizaciones privadas que dicen defender intereses de los usuarios y consumidores, ¿no son en realidad organizaciones político-partidarias? Si así fuera, ¿conviene que estas organizaciones con esos fines utilicen este instrumento jurídico?, ¿si una organización persigue fines político-partidarios no debería llevar adelante su accionar en la arena política antes que en el terreno judicial?

Por otra parte, si admitimos este tipo de acción, ¿quién debería representarlos?, ¿puede una asociación con un solo teléfono y con cinco miembros representar a un millón de personas? En Estados Unidos, el juez antes de conceder la certificación para quien va a representar a la clase, le pregunta sobre su poderío económico, técnico y financiero, ¿es eso correcto?, ¿estamos preparados para asumir que no cualquiera puede representar a la clase?, ¿estamos preparados para admitir que el representante de la clase debe tener pericia técnica, dinero y personal para hacerlo? Tan solo pensemos en el modo de comunicar a una clase de un millón de personas, ¿cuánta gente y dinero se requiere para tal fin?

Por lo demás, las acciones de clase parten de una idea que todos perseguimos un mismo objetivo ¿es eso cierto? Yo mismo en mi actividad profesional he visto que una cuestión a todas luces era igual, representaba para todos el mismo objetivo. Se trataba de un caso de un grupo de cincuenta profesionales que fueron sancionados por un organismo estatal. Todos fueron sancionados por la misma causa, la ausencia en su lugar de tareas, se trató de una sanción para todos. Como podemos advertir, aquí la cuestión es muy simple, todos fueron sancionados por lo mismo, lo que deberían perseguir es la no aplicación de la sanción. No obstante, de ese grupo, todos perseguían intereses disímiles, A saber:

- la presentación en sede administrativa de una nota;
- la presentación de un recurso administrativo sin intención de accionar judicialmente;
- otros simplemente querían acompañar en un escrito general a sus compañeros, pero la sanción les era indiferente;
- otros querían formular una denuncia penal;
- otros darle difusión en los medios masivos;
- otros pretendían que se instruya un sumario administrativo al que había aplicado la sanción en clara violación a los deberes del funcionario público;
- otros pretendían el cobro de dinero.

En conclusión, ¿cuántos querían accionar judicialmente? Tan solo uno. Esto demuestra que las acciones de clase deben ser objeto de un cuidado especial, pues en ella están en juego los modos en que se organiza la sociedad. El centro de cualquier sistema debe respetar al ser humano, con sus objetivos y proyectos personales.

Listado de Fallos

CSJN, "Abarca, Walter J. y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Energía y Minería s/ amparo", sentencia del 6 de septiembre de 2016.

CSJN, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental", sentencia del 21 de diciembre de 2016.

CSJN, "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social c/ E.N. s/ amparo ley 16,896", sentencia del 1° de junio de 2000.

CSJN, "Asociación Civil para la defensa en el ámbito federal e internacional de derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo", sentencia del 10 de febrero de 2015.

CSJN, "Asociación Civil Protecc. Ambiental del Río Paraná Ctrol. De Contam. y Restauración del Hábitat y otro c/ Carboquímica del Paraná S.A. y otro s/ amparo", sentencia del 29 de marzo de 2016.

CSJN, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros", sentencia del 10 de febrero de 2015.

CNCAFed., Sala I, "Blas, Humberto A. c/ Universidad de Buenos Aires", sentencia del 27 de noviembre de 1997.

CSJN, "Cavalieri, Jorge y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo", sentencia del 26 de junio de 2012.

CSJN, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", sentencia del 18 de agosto de 2016.

CSJN, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ La Meridional Compañía de Seguros S.A. s/ ordinario", sentencia del 30 de diciembre de 2014.

CSJN, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros Grales. S.A. s/ ordinario", sentencia del 27 de noviembre de 2014.

CNContAdmFed, Sala V, "Consumidores Libres c/ Telefónica de Argentina y otro", sentencia del 17 de octubre de 1997.

CNContAdmFed.Consumidores, Sala I, "Libres Coop. Ltda. y otro c/ Presidencia de la Nación y otro", sentencia del 9 de mayo de 1997.

CNContAdmFed., Sala V, "Consumidores Libres Coop. Ltda. y otro c/ Presidencia de la Nación y otro", sentencia del 20 de octubre de 1995.

CSJN, "Consumidores Libres Cooperativa Ltda. Prov. Serv. Acc. Com. c/ AMX Argentina (Claro) s/ proceso de conocimiento", sentencia del 9 de diciembre de 2015.

CSJN, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. s/ amparo", sentencia del 26 de junio de 2007.

CNContAdmFed., Sala III, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional", sentencia del 23 de septiembre de 1997.

CNContAdmFed., Sala III, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo", sentencia del 14 de febrero de 1997.

"Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones s/ amparo", sentencia del 31 de octubre de 2006.

CSJN, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Gerardo Sofovich y otros", sentencia del 7 de julio de 1992.

CSJN, "García, José c/ PEN s/ amparo", sentencia del 15 de octubre de 2015.

CSJN, "Halabi, Ernesto c/ PEN s/ amparo", sentencia del 24 de febrero de 2009.

C. Adm. Federal., Juzgado N° 2, "Kattan, Alberto E. y otro c/ Gobierno Nacional", sentencia del 10 de mayo de 1983.

CSJN, "Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo", sentencia del 2 de diciembre de 2014.

CNContAdmFed, Sala V, "Labatón, Ester A. c/ Poder Judicial de la Nación", sentencia del 25 de septiembre de 1996.

CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del 7 de junio de 2018.

CSJN, "Monges Analía M. c/ Universidad de Buenos Aires", sentencia del 26 de diciembre de 1996.

CSJN, "Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro –filial Córdoba– c/ E.N. y Acción Social de la Nación s/ amparo", sentencia del 31 de octubre de 2006.

CSJN, "Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo", sentencia del 23 de septiembre de 2014.

CSJN, "PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales", sentencia del 21 de agosto de 2013.

CSJN, "Prevención Asesoramiento y Defensa del consumidor c/ Bank Boston s/ sumarísimo", sentencia del 14 de marzo de 2017.

CSJN, "Prevención Asesoramiento y Defensa del consumidor c/ BBVA s/ sumarísimo", sentencia del 16 de junio de 2015.

CSJN, "Prodelco c/ P.E.N. s/ amparo", sentencia del 7 de mayo de 1998.

CNContAdmFed., Sala III, "Schroeder, Juan c/ Estado Nacional - Secretaría de Recursos Naturales", sentencia del 08 de septiembre de 1994.

CSJN, "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva S.R.L. y otros s/ amparo", sentencia del 20 de mayo de 2014.

CSJN, "Unión de Consumidores de Argentina c/ CTI PCS S.A. s/ sumarísimo", sentencia del 15 de julio de 2014.

CSJN, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN s/ proceso de conocimiento", sentencia del 6 de marzo de 2014.

CSJN, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. y otro s/ amparo proceso sumarísimo", sentencia del 6 de marzo de 2014.

CSJN, "Universidad Nacional de Río Cuarto c/ Provincia de Córdoba y otro s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 20 de mayo de 2014.

CSJN, "Universidad Nacional de Rosario c/ Provincia de Entre Ríos", sentencia del 11 de diciembre de 2014.

CSJN, "Universidad Nacional de Salta c/ Provincia de Salta s/ amparo", sentencia del 6 de agosto de 2013.

CSJN, "Verbitsky, Horacio s/ Hábeas Corpus", sentencia del 3 de mayo de 2005.

CNContAdmFed., Sala IV, "Viceconte, M. c/ Estado Nacional", sentencia del 2 de junio de 1998.

CNContAdmFed., Sala IV, "Youssefian, Martín C. Secretaría de Comunicaciones", sentencia del 23 de junio de 1998.

CSJN," Zatloukal, Jorge c/ Estado Nacional s/ amparo", sentencia del 28 de mayo de 2005.

Los derechos colectivos buscan su proceso. Algunas cuestiones sobre legitimación

Graciela E. Christe*

Nociones introductorias

Procedimiento y proceso administrativo

Para poder abordar adecuadamente el tema y sus implicancias, resulta atinente recordar los conceptos básicos que constituyen los cauces formales a través de los cuales los sujetos habilitados habrán de plantear sus pretensiones, atendiendo al requisito de contar con la legitimación suficiente.

El profesor Comadira caracteriza el "procedimiento administrativo" como "la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o del interés público, constituye el elemento regulador, ordenador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado".[1] Se exhibe así, como un conjunto de formas jurídicamente reguladas, cumplidas por y ante los órganos que tienen atribuida la función administrativa con el fin de preparar la emisión de actos administrativos de alcance individual o reglamentarios, u otras formas de la actividad administrativa como la celebración de contratos, con el propósito de llevar a cabo de manera inmediata la gestión del bien público.

* Defensora General Adjunta en el Poder Judicial de la CABA desde el 1° de octubre de 2000; abogada egresada con Diploma de Honor y Doctora en la especialidad de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Regular Adjunta de Derecho Administrativo, y de la Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública (Facultad de Derecho, UBA).

1. Comadira, Julio Rodolfo y Monti, Laura (colab.), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2002, T. I, p. 3.

No escapa tampoco a dicha caracterización la actividad jurisdiccional cumplida en sede administrativa, ceñida siempre al control judicial suficiente.

El régimen jurídico de cada una de las funciones del Estado es inherente a ellas, diferenciándose entre otros aspectos, por las finalidades que persiguen.[2] El procedimiento administrativo integra la función administrativa y el proceso administrativo se adscribe a la función judicial; el primero, en sentido amplio forma parte del proceso administrativo, en la medida en que las actuaciones cumplidas en esa sede son en la mayoría de los casos el prolegómeno indispensable para la habilitación de la instancia judicial.

En cuanto a los procesos judiciales, y en particular los que se suscitan con la administración pública, habrá que incluir a aquellos denominados procesos contencioso administrativos, mediante los cuales se dirimen los litigios de naturaleza administrativa atendiendo a diversas circunstancias: ya sea la circunstancia de que la materia a tratar sea calificada de administrativa, o se pose la mira en que la administración sea parte o que lo sean los entes privados en ejercicio de la función administrativa, por lo que se habrá de excitar la competencia de los tribunales del fuero Contencioso Administrativo y Tributario sujetándolos a sus normas de rito. A efectos de abordar ese amplio espectro, se impone examinar el régimen federal vigente en la República Argentina en la medida en que coexisten tres niveles de gobierno, los cuales determinan la competencia de los órganos judiciales con fundamento en la materia en cuestión o en criterios subjetivos. En consecuencia, existen también procesos colectivos regidos por normas provenientes de las autoridades federales que, a su vez, coexisten con los regulados en normas provinciales y al menos ante las autoridades administrativas, también tramitan los procedimientos que se llevan a cabo en el ámbito municipal.

Además es preciso atender a los procesos de amparo –rápidos y expeditos– con el realce otorgado por su inclusión en el artículo 43 de la Constitución Nacional (CN), que constituirán el cauce para exigir el cumplimiento de los derechos individuales o colectivos frente a ciertos actos u omisiones de autoridades públicas o de particulares, aunque respecto de los colectivos tampoco tendrá el monopolio procedimen-

2. Ibídem, T. I, p. 5.

tal, según señala una parte de la doctrina.[3] El empleo del amparo como instrumento procesal constitucional para ejercer el control de la legalidad administrativa, ha generado una mayor autonomía respecto de los procedimientos administrativos.

Los procesos colectivos

Comprenden a aquellos derechos que corresponden a un grupo o a un colectivo y actualmente encuentran su anclaje principal en el artículo 43 de la Constitución Nacional. Aunque se ha dicho que el amparo no constituye una vía regia para articular cualquier pretensión o reclamo –es decir no puede ser habilitada para todos los casos– lo cierto es que la notable apertura que impone la enunciación de quienes se encuentran legitimados para deducirlo –el afectado, las asociaciones sin fines de lucro que contemplen en su objeto la protección de los derechos colectivos y se encuentren registradas según la ley, y el defensor del pueblo–, ha concitado desde el mundo académico y la jurisprudencia, la coincidencia respecto de una amplia legitimación para demandar esa categoría de derechos. Es así que la circunstancia de volcar la garantía del amparo en el artículo en el que se tutelan tanto los derechos individuales como los colectivos o de incidencia colectiva, resulta ser suficientemente expresiva de la postulación llevada a cabo por el constituyente a ese respecto.

La doctrina ha señalado acertadamente que la reforma constitucional otorgó protección a los intereses difusos o colectivos, o de pertenencia difusa a partir de las disposiciones contenidas en los artículos 41, 42 y 43 del texto sancionado en 1994. Los *derechos colectivos* o bien los *derechos de incidencia colectiva* sobre bienes indivisibles, a partir de la exégesis llevada a cabo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en la causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)", del 26 de junio de2006 y 8 de julio de 2008,[4] serían los que en dicho proceso reservó para conocer en la instancia

3. Falcón, Enrique Manuel (dir.), *Tratado de derecho procesal constitucional*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Ediciones, 2010, T. I, p. 36, destaca que no es de la esencia de los intereses difusos o colectivos que tramiten por vía de amparo como aparentemente surgiría de la Constitución Argentina en el artículo 43.

4. CSJN, Fallos 329:2316 y 331:1622 respectivamente.

originaria. Se trata de derechos que recaen sobre un bien que pertenece a todos y al grupo, pero que es indivisible, por lo que la satisfacción del interés respecto de uno de ellos importa la de todos; no es susceptible de apropiación exclusiva. La protección tiene alcances *erga omnes*.[5]

Nadie es titular del derecho y lo son todos.[6] O bien se habla de un agravio expansivo en tanto se hace referencia a derechos cuya conculcación incide sobre lo colectivo, aunque haya un solo perjudicado directo (derechos al medioambiente, a la libertad, a la dignidad humana, a la moralidad, etc.).[7]

Una subclasificación reconocería, a más de los "difusos", dentro del género de colectivos o de incidencia colectiva a los "corporativos" o "sectoriales", porque las personas del grupo se encuentran vinculadas por una relación jurídica de base o por una situación organizacional común que los acoge.[8]

Luego la Corte Suprema de Justicia de la Nación enunció su doctrina acerca de los derechos individuales homogéneos también comprendidos en el marco de los derechos colectivos o de incidencia colectiva, a los que me referiré más abajo.

El concepto de "legitimación" y sus categorías

La legitimación se define como la aptitud para ser parte de un procedimiento o proceso concreto.[9] Hutchinson considera que no es estrictamente un recaudo de la admisibilidad procesal, es un recaudo o presupuesto habilitante exigible al sujeto, ya se trate de una persona

5. Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 6ª ed., 1997, pp. 598-599.

6. Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala II, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ Amparo y sumarísimos", voto del Dr. E. Fernández, 10/09/2002.

7. Barra, Rodolfo Carlos, "Los derechos de incidencia colectiva en la primera interpretación de la Corte", comentario al fallo "Frías Molina, Nieves", *ED*, T. 169, pp. 437-8.

8. Verdaguer, Alejandro, en Falcón, Enrique Manuel (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, *op. cit.*, T. II, p. 43: "Cuando el derecho afectado no es meramente individual sino compartido por un grupo de personas entre las cuales existe un vínculo jurídico (colectivo) o bien un derecho (difuso) que corresponde a un grupo de personas que están indeterminadas, sin vínculo alguno pero afectadas por un hecho particular, son los "derechos de incidencia colectiva".

9. Hutchinson, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, T. II, p. 213.

física o jurídica o de varios individuos, que conforman un colectivo o grupo y que deberán ser adecuadamente representados para admitir su integración en el trámite que debe cumplirse en sede administrativa o judicial. Los rasgos propios de esta figura se han desarrollado principalmente en relación al proceso administrativo, habiéndose entendido que la habilitación para intervenir en el procedimiento o en el proceso administrativo, debe afirmarse con respecto a una pretensión específica. De allí que la aptitud es la que revisten los sujetos en cuanto forman parte de la relación jurídica sustancial.

Admitir la legitimación no se identifica con la emisión de una decisión que hace lugar a la reclamación o al reclamo administrativo o a la pretensión revocatoria o anulatoria, no consiste en la satisfacción de la pretensión de una manera exitosa, aunque el o los sujetos deben ostentar una cualidad jurídica específica, hallarse en una particular situación subjetiva en relación con la pretensión que persiguen ya sea en el procedimiento administrativo, o en su caso, en el proceso judicial, por cuanto la legitimación se predica de manera análoga en uno u otro proceso.

En el ordenamiento jurídico nacional el reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (RLPA) establece en el artículo 3 que "El trámite administrativo podrá iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo; estas serán consideradas parte interesada en el procedimiento administrativo".[10]

Las situaciones subjetivas, es decir aquellas posiciones que pueden revestir los sujetos (públicos o privados) frente a otros sujetos o frente a la administración pública no se agotan en la clasificación mencionada en el Reglamento: la doctrina y la jurisprudencia tradicionalmente han relevado además, los intereses difusos o de pertenencia difusa, los derechos colectivos o de incidencia colectiva, el interés legítimo o directo frente al reflejo y el interés simple.

La distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo se ha radicado en la presencia o no, de la nota de "exclusividad", de modo que la portación de un derecho subjetivo inviste a su titular de un interés protegido con carácter exclusivo y excluyente, mientras que quienes son titulares

10. Decreto Reglamentario N° 1759/72, T.O. 2017 que reglamenta la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19549.

de un interés legítimo concurren con uno o varios más, quienes se hallan protegidos de un modo indirecto o reflejo, por efecto o como consecuencia de la norma legal o reglamentaria destinada de inmediato a la tutela del interés público, e indirectamente de los sujetos individuales.

Los intereses difusos o de pertenencia difusa, suelen admitirse como representativos de un interés plural o grupal al igual que los derechos colectivos; alguna parte de la doctrina encuentra un rasgo diferencial en que la pertenencia difusa implica la inexistencia de otros rasgos comunes a los integrantes del grupo más allá de que los bienes a los que acceden son indivisibles, mientras que si se trata de derechos colectivos los integrantes del grupo o colectivo cuentan o con alguna organización de base (por ejemplo la pertenencia a una asociación o a una corporación), u otros rasgos que los identifican como integrantes de una clase, tal podría ser los docentes contratados, o los profesores que dictan clases en horarios nocturnos, etcétera.

Gil Domínguez a partir de una visión del neoconstitucionalismo, que a su vez hace mérito de las transformaciones históricas que acompañan a las sociedades, considera que los derechos colectivos pueden pensarse como anteriores a los derechos individuales o subjetivos.[11] Los califica de derechos fundamentales y exhorta a llevar a cabo una precisa y exhaustiva sistematización de los mismos. Siguiendo a Lorenzo Bujosa Vadell distingue un criterio objetivo, según el cual:

> … los derechos colectivos se refieren a la fruición de bienes de uso general no susceptibles de apropiación exclusiva y respecto de los cuales el goce de los individuos o de los grupos no es limitado por el goce concurrente de otros miembros de la colectividad.[12]

11. Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 110-116. Si bien comparto con el autor la intención de llevar a cabo una lectura destinada a observar las transformaciones que ocurren en los discursos sociales y jurídicos, estimo que su apreciación tiene en vista primordialmente a la categoría de *lex* como presupuesto objetivo de un comportamiento que homogeneiza las obligaciones del soberano respecto de los súbditos y los deberes de estos últimos, en contraposición de la noción de *ius* que tan bien ha destacado Hobbes. Hobbes, Thomas, *Leviatán*, España, Losada, 2007.

12. Bujosa Vadell, Lorenzo M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Madrid, Bosch Editor, 1995, p. 69, citado por Gil Domínguez, Andrés, en *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, *op. cit.*, pp. 141-142.

Es decir, son bienes indivisibles. Un criterio subjetivo destaca el carácter plural y colectivo del elemento subjetivo, en donde nadie es su titular a la vez que todos los miembros del grupo lo son.

La construcción de las categorías subjetivas clásicas

Con respecto a las fuentes de las relaciones jurídicas en cuestión, desde una perspectiva histórica, una breve reseña nos permite recordar ciertos acontecimientos que conviene tener presentes. A partir del derrumbe de los privilegios medievales avanza una concepción acerca de los individuos que los hace merecedores de un ámbito de libertad que abarca al menos la seguridad y en alguna medida la propiedad. En tal sentido titularizan un interés simple para aquellas cuestiones comunes a los habitantes de la villa, del burgo o de la ciudad.

Luego de la revolución industrial irrumpe con mayor fuerza la noción de contrato que trasvasa al derecho público y también las formas modernas del derecho de propiedad y sus limitaciones, que juntamente con la actividad creadora de actos por parte de la administración pública, y la aplicación de las viejas figuras concesionales y autorizativas, emplazan actualmente a las personas físicas o jurídicas, como titulares de derechos públicos subjetivos.

La variedad de cometidos públicos se traduce en una frondosa actividad administrativa de carácter general, que puede alcanzar rango reglamentario en tanto se incorpora con carácter permanente al ordenamiento jurídico y se halla destinada a regular los ámbitos materiales más diversos: económicos, financieros, transportes, producción, seguridad, sanidad, artísticos, culturales, educativos, etcétera. El ámbito de la norma administrativa es pasible de alcanzar a un número indeterminado de individuos cuando no a la comunidad toda, de allí habrán de gestarse las nociones de "interés legítimo" y de "interés simple".

Una descripción sucinta de las categorías que surgen como parte del desarrollo que ha tenido lugar al tomar en consideración al sujeto emplazado en una posición activa, abarca el esquema clásico de las situaciones jurídicas subjetivas: interés simple, derecho subjetivo e interés legítimo, al que luego se sumarán las provenientes de la consideración de los derechos colectivos, sus sujetos y los procesos que los

encauzan. Frente a las afectaciones, agravios o perjuicios provenientes de los actos o hechos de la administración se proyectan en el ordenamiento jurídico procesal a través del instituto de la legitimación.

Las situaciones subjetivas. Concepto

Seguidamente llevaré a cabo un repaso de la opinión de la doctrina al respecto. Marienhoff,[13] quien provee una formidable ilustración sobre el derecho y la doctrina comparada y que agrega la nota de intérprete calificado, por su directa vinculación con la Ley N° 19549, examina distintas fuentes del derecho comparado.

Con relación al concepto de "derecho subjetivo", se ajusta básicamente a la definición de Jellinek,[14] quien en términos generales lo define como "el poder atribuido por el ordenamiento jurídico a una voluntad, para la satisfacción de intereses humanos". Solamente si la voluntad individual es reconocida como decisiva para la existencia y para la extensión del interés, este se transforma en un derecho público subjetivo. Esa fórmula destacaba el dato de la "voluntad", tan cara a las construcciones germánicas de la época según la fórmula de Savigny para definir el derecho subjetivo: poder otorgado a una voluntad para obtener la satisfacción de intereses, frente a la de Ihering, que la condensaba en la fórmula: "un interés jurídicamente protegido".

Al resaltarse el dato de la "voluntad", como elemento subjetivo, queda en segundo plano el que desde mi punto de vista es el más importante, el "poder" que no es otro que el dispositivo que el ordenamiento jurídico provee a través de las acciones judiciales para cuyo ejercicio se halla legitimado su titular. El derecho subjetivo en sentido técnico tiene lugar cuando el ordenamiento jurídico provee medios jurídicos (acciones) para requerir judicialmente la atención y satisfacción del reclamo.

A la luz del marco constitucional y legal contemporáneo –normas constitucionales de los arts. 41, 42 y 43 y la Ley N° 24240 sobre derechos del consumidor y del usuario, entre otras– el derecho subjetivo debe

13. Marienhoff, Miguel Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4ª ed. actualizada, 1998, T. V, pp. 557-558.

14. Jellinek, Giorgio, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milan, Societá editrice libraría, 1912, p. 49, citado por Marienhoff, Miguel Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, T. V, p. 557.

entenderse como el que porta el titular de un interés jurídicamente protegido tanto en la esfera administrativa como judicial.

Por otra parte, a propósito del interés legítimo, Marienhoff apunta a discrepancias terminológicas de los juristas italianos que turban, a su entender, la clara delimitación de esa clase de intereses y de sus análogos los intereses simples, con los que comparten el mismo género.[15] Sobre esta cuestión de los intereses legítimos importa recordar que adviene como consecuencia del sistema de doble jurisdicción adoptado por Italia. Los tribunales administrativos del Consejo de Estado juzgan las cuestiones vinculadas a los intereses legítimos, aquellos que corresponden al universo de sujetos comprendidos en un reglamento o acto administrativo de alcance general y los judiciales atienden a aquellas que procuran la satisfacción de quien impugna directamente como portador de derechos subjetivos.

Siguiendo a Guicciardi,[16] Marienhoff sostiene que el "interés legítimo" es la proyección procesal del interés calificado por la norma, por cuanto es ese interés que autoriza únicamente a su titular, con exclusión de todos los otros sujetos que no se hallen en su particular posición (por ejemplo, el frentista afectado por el cierre de una calle que llega a su propiedad), a provocar un control administrativo o jurisdiccional sobre la validez de los actos administrativos, dependiendo del ordenamiento jurídico vigente. Podemos ver que en esta última categoría –cara al derecho administrativo, por ser representativa de conflictos que se suscitan en el ámbito de esa disciplina, en la medida en que la actividad reglamentaria resulta ser predominante en ese ámbito– comienza a perfilarse con mayor nitidez una nota de naturaleza grupal o colectiva (vecinos, participantes en una licitación pública, postulantes en un concurso para optar a un empleo público, etc.).[17]

15. Ibídem, T. V, p. 559.

16. Guicciardi, Enrico, *La giustizia amministrativa*, p. 3738, citado por Marienhoff, Miguel Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo, op. cit.*, T. V, p. 563. La distinción propuesta por Guicciardi se sustenta en la clasificación de las normas administrativas en normas de relación y normas de acción. Estas últimas se refieren a la organización y contenido de la actividad de la Administración; cuando ciertos administrados se encuentran en una particular posición frente al resto de los ciudadanos, es posible hablar a su respecto de un "interés legítimo" en la observancia de las normas.

17. Aunque esta categoría conserva relevancia en el procedimiento administrativo, a tal punto que la Ley N° 19549 otorga el carácter de partes a quienes ostentan un

El profesor García de Enterría remarca que quienes se hallan calificados como portadores de intereses legítimos, cuando exigen y reclaman su satisfacción administrativa o judicialmente, habiendo sido afectados o perjudicados de una manera propia o directa, no se diferencian sustancialmente de los portadores de derechos subjetivos. Se trataría a su entender de una clase de derechos subjetivos específicos a los que denomina "derechos subjetivos reaccionales".[18] En torno al problema suscitado en ese país, corresponde destacar que a partir de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956 –que sucedió a la Ley Santamaría de Paredes de 1881– los intereses legítimos obtuvieron legitimación procesal y la misma solución previó la Ley Reguladora de la Jurisdiccón Contencioso Administrativa del 13 de julio de 1998. En Francia se condicen con quienes esgrimen un recurso por exceso de poder, en el sistema también de doble jurisdicción; tiende a la protección de un interés legítimo, y debe ser un interés directo y personal.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional –al igual que ocurre con los derechos subjetivos– los intereses legítimos otorgan el carácter de parte a quienes pretenden serlo en un expediente administrativo, desde una posición activa (Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos, art. 3).[19]

El obstáculo que tradicionalmente se ha levantado frente a la pretensión de hacerlos valer en sede judicial a través de una acción ordinaria o sumaria, de naturaleza contencioso administrativa, ha sido que sus titulares carecerían de un interés lo suficientemente concreto como para que se sustancie una "causa" o "caso" en los términos de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional: aquellas en las que se debaten en concreto intereses adversos, frente a un órgano independiente.

Por otra parte, estaría vedada la posibilidad de impugnar judicialmente la validez de un reglamento, atento el expreso requerimiento del

derecho subjetivo o un interés legítimo , la distinción tiende a esfumarse en cuanto se intenta poner de resalto entre ambas, una nota vinculada a la mayor especificidad o diferenciación del interés que se protege, que obstaría al reconocimiento de legitimación procesal a quienes solo cuenten con un interés legítimo.

18. García de Enterría, Eduardo y Fernandez, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas Ediciones, 7ª ed., 2001, T. II, pp. 31 y ss.

19. Decreto Reglamentario N° 1759/72, T.O. 2017 que reglamenta la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19549.

artículo 24 inciso a) de la Ley N° 19549, que requiere que luego del agotamiento de la instancia a través de un reclamo (reclamo impropio) ante la autoridad que dictó el acto, solo podría impugnarse judicialmente si se contara con derechos subjetivos frente a la afectación cierta o inminente.

Por consiguiente, ¿cómo superar el óbice de la limitación impuesta por la ley de procedimientos administrativo, que requiere que quien impugna judicialmente un acto administrativo de alcance general o un reglamento, ostente la titularidad de un derecho subjetivo implicando por consiguiente una situación de exclusividad o al menos de afectación directa y personal de derechos?

Una de las formas en que comenzó a abrirse paso el reconocimiento de la legitimación en materia de derechos o intereses difusos, en definitiva de derechos de incidencia colectiva antes de la reforma constitucional del año 1994, fue a través del amparo reglado en la Ley N° 16986 y en las legislaciones locales.

Es así que previamente a la reforma constitucional, en la causa "Kattan, Alberto E. y otro, c/ Poder Ejecutivo Nacional", se reconoció la legitimación similar a la de un derecho subjetivo a dos integrantes de una asociación ambientalista, que plantearon una acción de amparo a efectos de que se ordenara la prohibición de la caza o de la pesca de toninas overas y en consecuencia, se revocara la respectiva autorización administrativa otorgada.[20] Asimismo, el 20 de febrero de 1986 la CSJN dictó sentencia en la causa "Christou, Hugo y otros c/ Municipalidad de Tres de Febrero s/ amparo",[21] en la que un grupo de vecinos de Lomas del Palomar solicitaba que se decretase la nulidad y se dejase sin efecto una ordenanza y un decreto local que asignó uso y destino industrial a parte de tierras comprendidas en una urbanización –lo que les provocaba perjuicio–, ordenando que se dictase un nuevo fallo con ajuste a dicho pronunciamiento, que les reconoció interés legítimo y la facultad de controlar el cumplimiento.

Entrada en vigencia la reforma constitucional de 1994, una de las primeras decisiones judiciales emitidas que reconoció legitimación a

20. Juzg. Nac. de 1a Inst. en lo Conten. Adm. Fed. Nº 2 "A.E. Kattan c/ Poder Ejecutivo Nacional (Secretaría de Intereses Marítimos, Subsecretaría de Pesca) s/ amparo", 10/05/1983, *ED* 105-245.

21. CSJN, Fallos: 308:155.

quien alegó esa clase de derechos recayó en la causa "Schroder",[22] respecto de una pretensión exclusivamente anulatoria de un vecino de la provincia de Buenos Aires, que demandó la nulidad de un concurso público nacional e internacional para la selección de proyectos de inversión, instalación y operación de plantas de tratamiento de residuos peligrosos. Posteriormente, en la causa "Monjes, Analía",[23] también se reconoció la legitimación de una alumna que pretendía ingresar el año siguiente en la carrera de medicina, impugnando y solicitando que se dejara sin efecto la modificación del sistema de ingreso a la Facultad. Así también, en el caso "Youssefian" se consideró "afectado" a un usuario que a través de un amparo solicitó la anulación de un acto del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) por el que se prorrogaba el período de exclusividad de las licenciatarias telefónicas, por no haberse celebrado una audiencia pública.[24]

Por otra parte, frente al interés legítimo, el "interés simple" ha sido descripto por la CSJNcomo un "interés vago e impreciso, no individualizado, perteneciente a cualquiera –no reconocido ni tutelado en modo directo por el ordenamiento jurídico– relativo al buen funcionamiento de la Administración".[25] Se correspondería con el interés de quienes no se hallan calificados: interés de hecho o interés simple.

No obstante, a partir del reconocimiento constitucional de los derechos de incidencia colectiva, el llamado "interés simple" adquiere nuevo relieve pues es –en numerosos supuestos– el interés de todos aquellos que disfrutan en conjunto de un bien indivisible, que por lo tanto carecen de exclusividad, pero a través de una adecuada representación o representatividad podrá hacércelo valer ante la propia Administración y en su defecto habilitará el planteo de una pretensión judicial cuando se desconozca o violente.

El Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) establece en el artículo 6 del Capítulo Único denominado "Legitimación". Principio de congruencia,

22. Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Adm. Fed., Sala III, "Schroder, J. c/ Estado nacional, Secretaria de Recursos Naturales y Ambiente Humano", 08/09/1994, *LL* 1994-E-449/451.

23. CSJN, Fallos: 319:3148, "Monjes, Analía M. c/ UBA-Resol.2314/95", 12/09/95, *ED* 165-541.

24. Cám. Nac. de Apel. en lo Conten. Adm. Fed., Sala IV, "Youssefian, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones", 23/06/1998.

25. Marienhoff, Miguel Santiago, *op. cit.*, T. V, p. 563.

que: "Pueden interponer la demanda quienes invoquen una afectación, lesión o desconocimiento de derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico".

Se trata de una fórmula afín a la descripción del recaudo que otorga la legitimación para demandar a la administración pública en algunos nuevos códigos procesales, que se advierte superadora de la vieja discusión anclada en el interés legítimo y su ineptitud para alcanzar el reconocimiento en sede judicial por carecer el pretensor de un derecho subjetivo.

Impacto de la reforma constitucional en materia de derechos de incidencia colectiva

Derechos colectivos indivisibles. Legitimación y representatividad adecuada

A partir del significativo desarrollo alcanzado por el derecho ambiental y la consideración otorgada a los derechos de los usuarios y consumidores, la cuestión comenzó a evolucionar notablemente a partir de la reforma constitucional de 1994.

He destacado que los nuevos cauces procesales del amparo y la apreciación de los derechos colectivos en los términos que ha enunciado la CSJN en los fallos dictados en las causas "Mendoza"[26] –en sus pronunciamientos del 26/06/2006 y 08/07/2008– y en la causa "Halabi" en el año 2009[27] ofrecen un panorama más auspicioso en este aspecto.

En el primer pronunciamiento que tuvo lugar en la causa "Mendoza", la CSJN destacó que el ambiente es un bien colectivo que pertenece a la esfera social y es transindividual. La demanda había sido articulada por diecisiete personas que residían en las riberas de la cuenca Matanza-Riachuelo, quienes plantearon múltiples pretensiones: la indemnización de los daños particulares sufridos en la salud; la reparación del daño ocasionado al medio ambiente y su recomposición; la indemnización del daño moral colectivo; la pretensión diri-

26. CSJN, Fallos: 329:2316 y 331:1622, "Mendoza", *op. cit.*

27. CSJN, Fallos: 332:111, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. –Ley 25873– Dto. 1563/04 s/ Amparo Ley 16.986", 24/02/2004

gida a la continuación del Plan de Gestión Ambiental de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo; medidas para atender de inmediato la salud de la población ribereña afectada.

El tribunal consideró que los actores en su carácter de legitimados extraordinarios en los términos de los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional y 30 de la Ley N° 25675, se hallaban facultados para deducir las pretensiones relativas a la prevención y recomposición del medioambiente, exigir la gestión del Plan Ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo y eventualmente requerir la reparación de los daños irreversibles. Se trataba de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes indivisibles y correspondían a la competencia originaria de la Corte por hallarse aforada la Provincia de Buenos Aires y tratarse de una cuestión federal en tanto el bien afectado es un curso de agua de carácter interjurisdiccional.

La Ley N° 25675 de Política Ambiental Nacional dispone en el artículo 1: "... los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable". La participación de los actores en el litigio sustanciado ante la Corte se fundaba en el carácter de "afectados", mientras que no fue habilitada la intervención en los términos de la última parte del primer párrafo del artículo 30 de la Ley N° 25675: "... asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción".

Las acciones dirigidas a percibir la indemnización por los daños particulares sufridos por los individuos y sus familias en la salud, debían deducirse ante las jurisdicciones locales, conforme a la doctrina del precedente "Barreto".[28]

No parece sencillo esclarecer cuándo una persona individual o ideal se halla facultada para actuar como sujeto legitimado, en el carácter de "afectado", con aptitud para articular su pretensión en representación de la comunidad y no como damnificado. La CSJN no lo explicitó pero es posible conjeturar que al tratarse de bienes indivisibles y de común disfrute cualquier vecino ribereño se hallaba "afec-

28. CSJN, Fallos: 329:759, "Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", 21/03/2006.

tado" ante la lesión del bien protegido, y por lo tanto se configuraba como un legitimado extraordinario; aunque no cualquiera en esa condición merecía ser acreedor de una indemnización como damnificado directo por el hecho dañoso a menos que lo probara en un juicio que tramitaría ante la jurisdicción en la que se ocasionó el evento.

Derechos individuales homogéneos

A partir del fallo dictado en la causa "Halabi"[29] del año 2009, la CSJN enunció el estatuto de los derechos individuales homogéneos, que es una especie dentro del género más general de derechos de incidencia colectiva, descriptos en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, en el que se enuncian los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores y de los derechos de sujetos discriminados y se mencionan los legitimados: afectados, asociaciones creadas para la defensa de los derechos protegidos y el defensor del pueblo.

Esta segunda categoría o clase no corresponde a derechos sobre bienes indivisibles y de común disfrute sino a perjuicios individualizables y divisibles sufridos por sus respectivos titulares,[30] por ejemplo una ley inconstitucional y su decreto reglamentario, no protegidos por normas de relación en la terminología guicciardiana ni portadores de un interés particularmente calificado. Serían también beneficiarios de la acción entablada por cualquiera de los titulares (afectados), respecto de esta nueva clase de derechos colectivos que parece acoger a los "intereses simples" de la vieja nomenclatura. El proceso fue calificado como una acción de clase, según los términos de la misma CSJN, quien agrega que no son colectivos los derechos sino el modo de protección.

En tanto se trataba de la protección que correspondía dispensar a los derechos del usuario y del consumidor, en la causa "Halabi" el Alto Tribunal entendió que era la misma Constitución (así como el art. 52 de la Ley N° 24240) la que "autorizaba para litigar los derechos de otros mediante la deducción de pretensiones colectivas", cuando se reunían de modo simultáneo estas condiciones: a) Alguna relación de consumo definible, con carácter no individual sino abierta, masiva o plural

29. CSJN, Fallos: 332:111, "Halabi", *op. cit.*

30. Quiroga Lavié, Humberto, *El amparo colectivo*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, p. 132.

cuyo impacto respecto de los integrantes del grupo es homogéneo o uniforme, b) Algún acontecimiento normativo que incida en los intereses tipificados y protegidos de los usuarios en cuestión y que también se proyecte sobre el grupo en forma uniforme; c) No hay bien colectivo, a diferencia de la otra; se trata de bienes divisibles aunque su anclaje en la referida norma constitucional proviene de la homogeneidad de la causa de la lesión; d) Que exista un hecho único o complejo que cause lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. La homogeneidad puede derivar de circunstancias fácticas o normativas; e) La pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar; f) Que el interés individual no justifique la promoción de una demanda, por cuyo motivo podría verse afectado el acceso a la justicia; se trataría de pequeños reclamos; g) Pueden existir otras circunstancias en las que se puedan articular acciones de este tipo, cuando existan grupos tradicionalmente postergados o bien débilmente protegidos; h) La Corte parece restringir la articulación de esta acción colectiva (de clase) en cuanto al monto.

A ello se agrega: 1) No hay que probar el daño diferenciado sino que hay que enfocar los elementos comunes u homogéneos; 2) Se beneficiarían del efecto expansivo hacia otros cauces procesales distintos a la vía amparista que reconoce la jurisprudencia; 3) La pretensión no sería exclusivamente anulatoria; 4) Los efectos de la sentencia no serían relativos sino absolutos, en cuanto abarcan a toda la clase.

Estatuto de los procesos colectivos. Diferencias entre los derechos sobre bienes indivisibles y los derechos individuales homogéneos

Cauces procesales

En la causa "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbisky, Horacio s/ hábeas corpus" del 3 de mayo de 2005,[31] la Corte había adelantado la posible expansión de los procesos colectivos a través de otros cauces procesales distintos al

31. CSJN, Fallos: 328:1146.

amparo. En el caso que se examina, estimó favorablemente la procedencia de un hábeas corpus con carácter colectivo, para la defensa de los derechos de las personas privadas de su libertad en establecimientos policiales de la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires, que había sido rechazado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y con anterioridad por la Cámara de Casación Penal de la Provincia, interpuesto por el Centro de Estudios Legales y Sociales, persona colectiva distinta de los afectados.

Ponderó que la previsión del artículo 43 de la CN contempla expresamente la figura del amparo colectivo, y si bien no lo hace en forma expresa con el hábeas corpus colectivo, ello no puede conducir a negar la posibilidad de su ejercicio. Expuso que los hechos denunciados en autos constituidos por la existencia de situaciones plurales demuestran la necesidad de admitir una acción igualmente plural, en beneficio de intereses colectivos de todos los sujetos privados de libertad en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, cuya satisfacción no podría lograrse mediante peticiones individuales. No se pretende cuestionar el sistema carcelario en forma genérica sino obtener soluciones concretas a las lesiones en los derechos más esenciales de cada uno de los amparados.

Cabe recordar que a la fecha del dictado de la sentencia de la CSJN no se había expedido todavía acerca de la categoría de los derechos individuales homogéneos, los que en mi opinión eran los que se reclamaron en este juicio.

Respecto del efecto expansivo y la consiguiente admisión de otros cauces procesales, conforme a la reseña efectuada por Leandro Giannini en "Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos", diario *La Ley* del 12/12/2007, la Corte ha extendido sus alcances autorizando la denominada legitimación extraordinaria para encauzar una acción declarativa de certeza.[32]

Un fallo reciente, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General

32. CSJN, "Aguera", Fallos: 320:690 y una originaria de inconstitucionalidad (SC Buenos Aires, causa I. 2312, del 01/10/2003, "Asociación de Empleados de la Dirección de Rentas e Inmobiliaria c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad ley 12.727 y decreto 2023/01", *LL* 2004-A-1084. Respecto del hábeas data, Cám. Nac. de Apel. en lo Comercial, Sala E, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Citybank NA", 12/05/2006, *LL* 2006-D-226. Otros procesos de conocimiento, CSJN, Fallos: 327:2967, "Asociación de superficiarios de la Patagonia", 13/07/2004, *LL* 2004-F-386.

Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental", sentencia del 11 de julio de 2019,[33] en el que se debatían derechos de incidencia colectiva de naturaleza indivisible, fue la oportunidad para que el Máximo Tribunal nacional se expidiera sobre varios puntos atinentes a esta clase de procesos tramitados a través del cauce del amparo. El actor con domicilio en la ciudad de Gualeguaychú, provincia de Entre Ríos, interpuso acción de amparo ambiental colectivo en carácter de "afectado", a la que posteriormente adhirieron otros vecinos (legajo de adhesiones agregado a la queja) contra la Municipalidad de Pueblo General Belgrano, la empresa "Altos de Unzué" y la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Entre Ríos con el objeto de prevenir un daño inminente derivado de las obras que se estaban realizando en la ribera del río Gualeguaychú, consistente en un proyecto inmobiliario para desarrollar un barrio náutico y un hotel, respecto del cual se había emitido una autorización administrativa ilegal por ser contraria a las normas constitucionales de esa provincia que protegen los humedales. Luego de varias alternativas procesales el Tribunal Superior de la provincia revocó la sentencia de primera instancia favorable, por entender que existía un procedimiento administrativo en el cual poseía competencia específica la autoridad administrativa y en el que se estaban evaluando los temas técnicos que incumben en materia ambiental, por lo que descartó algún peligro inminente.

Llegado el expediente a la CSJN, el tribunal admitió el recurso extraordinario federal interpuesto por la parte actora y sostuvo que la acción de amparo era la vía adecuada para la tutela de los derechos invocados de incidencia colectiva, por cuanto se había solicitado la recomposición del ambiente y por lo tanto no constituía un "reclamo reflejo" del procedimiento administrativo, como sostuvo el tribunal local, existiendo diferencia entre el planteo de la comuna de Gualeguaychú en sede administrativa y la pretensión de la actora, disponiendo en consecuencia estimar favorablemente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que por quien correspondiera se dicte un nuevo pronunciamiento.

33. CSJN, Fallos: 342:1203

Concurrencia de los recaudos exigibles según la categoría de derechos

En esta línea de pensamiento en la causa "Cavalieri, Jorge y otro c/ Swiss Medical S.A s/ Amparo", se rechazó la acción intentada por una asociación de consumidores, por cuanto no se encontraban configurados los dos requisitos exigidos en el precedente "Halabi": 1) la existencia de un hecho único y complejo que causara una lesión a una pluralidad relevante de sujetos, y 2) que la pretensión se encontrara focalizada en los efectos comunes del obrar de la demandada que pudiera extenderse a un colectivo determinado o determinable.[34]

En igual sentido en autos "Consumidores Libres Cooperativa Ltda. Prov. Serv. Acc. Com. c/ AMX Argentina (Claro) s/ Proceso de conocimiento",[35] la Corte sostuvo que para la admisión formal de toda acción colectiva se requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado,[36] pues resulta razonable exigir a quienes pretenden iniciar procesos colectivos una definición objetiva y fácilmente comprobable de la clase, lo cual requiere caracterizar suficientemente a sus integrantes de forma tal que resulte posible a los tribunales corroborar, en la etapa inicial del proceso, tanto la existencia de un colectivo relevante como determinar quienes son sus miembros.[37] Es así que rechazó la legitimación de la actora por cuanto:

> … no ha sido consecuente en la definición del colectivo que pretende representar, pues que mientras en su demanda y en oportunidad de producir la prueba pericial hizo referencia solo a los clientes responsables inscriptos […], posteriormente señaló que su planteo alcanzaba a "todos los usuarios y consumidores" que fueron afectados por la conducta reprochada a la empresa […]. Sin embargo, la sentencia de primera instancia, que no fue

34. CSJN, Fallos: 335:1080, "Cavalieri, Jorge y otro c/ Swiss Medical S.A s/ amparo", 26/06/2012.

35. CSJN, Fallos: 338:1492, "Consumidores Libres Cooperativa Ltda. Prov. Serv. Acc. Com. c/ AMX Argentina (Claro) s/ proceso de conocimiento, 09/12/2015.

36. CSJN, Fallos: 332:111, "Halabi", *op. cit.*, consid. 20.

37. CSJN, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cia. Industrial Argentina S.A y otros", 10/02/2015, consid. 11.

apelada por la actora, despejo cualquier duda respecto de los alcances subjetivos del proceso al limitarlo solo a los clientes responsables inscriptos.[38]

Sin embargo en autos "PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ Nulidad de cláusula contractual", publicado en La Ley, 23/09/2013, la legitimación de la asociación actora que se presentó en defensa de los consumidores, fue admitida por la CSJN, tratándose de una demanda interpuesta en los términos de los artículos 52, 53 y 54 de la Ley N° 24240 contra una prestadora de medicina prepaga, por tratarse de derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, ya que se cuestionaba el contrato tipo que suscribieron quienes se hallaban afiliados a la prepaga, por tanto contemplaba el derecho de esta última a modificar unilateralmente el monto de las cuotas mensuales. De ese modo se patentizaba la existencia de un hecho único que sería susceptible de ocasionar una lesión al derecho de una pluralidad de sujetos. Además era posible constatar que el ejercicio individual de la acción no aparecía claramente justificada.[39]

Sustancialmente análogas a las circunstancias examinadas en la causa "PADEC" fueron las planteadas en "Unión Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. –ley 24.240– y otro s/ amparo, proceso sumarísimo (art. 321 inc. 2, CPCC)".[40] La CSJN entendió que el derecho cuya protección procuraba la actora, dirigido a que la demandada cesara su conducta de imponer a los usuarios de sus servicios el pago de la Tasa de Control, Fiscalización y Verificación y del Aporte al Fondo Fiduciario del Servicio Universal y la restitución de las sumas ilegítimamente percibidas por tales conceptos, correspondía a la categoría de los de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos.

Representatividad adecuada

A través de varios pronunciamientos, la CSJN ha ido delimitando el concepto de representatividad adecuada, como requisito para la

38. CSJN, Fallos: 338:1492, "Consumidores Libres Cooperativa Ltda…", *op. cit.*

39. CSJN, Fallos: 336:1236, "PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ Nulidad de cláusula contractual"…, *op. cit.*

40. CSJN, Fallos: 337:196, "Unión Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. –ley 24.240– y otro s/ amparo, proceso sumarísimo (art. 321 inc. 2, CPCC)", 06/03/2014.

legitimación en los procesos colectivos, definiendo algunos criterios que se mencionan a continuación.

Territorialidad

En uno de los primeros fallos relativos a los derechos de los usuarios y consumidores de telefonía con motivo del "rebalanceo telefónico", destinado a lograr un equilibrio en las tarifas cobradas a los usuarios del área metropolitana y los del interior del país, la CSJN rechazó la legitimación de una asociación de usuarios, por cuanto el tribunal sostuvo que en cuanto a la defensa de los intereses colectivos sectoriales que pueda encarar una asociación de esa naturaleza, en tanto se trata de una suma de intereses individuales, la protección que articule solo podrá comprender a los afiliados o a los inscriptos y dentro del ámbito territorial donde desenvuelva sus actividades, para evitar que la protección de un sector pueda estar en pugna con otro sector de la sociedad. Justamente, la posibilidad de que una asociación incluyera a usuarios con intereses contrapuestos, y en consecuencia la representación esgrimida no fuera claramente portadora de un interés concreto y jurídicamente diferenciado, determinó que en "Prodelco"[41] la Corte concluyera en la inexistencia de "caso" sobre el cual debiera expedirse.

Precisa delimitación del colectivo

De particular interés es la causa "Kersich", en la que la CSJN también admitió la legitimación colectiva, en los términos de "Halabi", deducida por un grupo de veinticinco vecinos, cuya pretensión encauzada mediante un amparo dirigido contra la Provincia de Buenos Aires y la empresa Aguas Bonaerenses S.A. (ABSA), tenía como objeto una condena que obligara a las actoras a llevar a cabo los trabajos necesarios para adecuar la calidad y la potabilidad del agua de uso alimentario según los parámetros establecidos por la Organización Mundial de la Salud y el artículo 982 del Código Alimentario Argentino, con fundamento en que el agua suministrada contenía niveles de arsénico

41. CSJN, Fallos: 321:1252, "Prodelco c/ EN", 07/05/1998, *LL* 1998-572/601.

superiores a los previstos.[42] En ese orden de ideas entendió que la decisión de los jueces inferiores de admitir la adhesión de 2641 personas como nuevos actores, representaba una deficiente aplicación de las reglas propias de los procesos colectivos previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional que

> … mantenidas consistentemente en los casos CSJ 361(43P) "PADEC c/ Swiss Medical S.A.", del 21 de agosto de 2013; CSJ 2/2009(45U) "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica, Comunicaciones Personales S.A. –ley 24.240– y otro s/ amp. Proc. Sumarísimo (artículo 321, inc. 2º, C.P.C. y C.)", sentencia del 6 de marzo de 2014; CSJ 519/2012 (48-C) "Consumidores Financieros Asoc. Civil p/ su defensa c/ La Meridional Compañaía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario", sentencia del 24 de junio de 2014; CSJ 1145/2013 (49-M) "Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo", sentencia del 23 de septiembre de 2014 y acordada 32/2014).

Por tanto, estimó favorablemente el recurso de hecho y dejó sin efecto la sentencia impugnada en cuanto había dispuesto la inclusión de nuevos vecinos de manera individual.

En lo que interesa a la representatividad adecuada, la Corte confirmó que la legitimación se había cumplido apropiadamente mediante la presentación del primer grupo de vecinos afectados y con respecto a la adhesión de 2641 personas más concluye que

> … los jueces provinciales no pudieron integrar, de manera intempestiva y sorpresiva, a un número exorbitante de coactores al amparo colectivo ambiental, sino que debieron arbitrar los medios procesales necesarios que, garantizando adecuadamente la defensa en juicio del demandado, permitieran que las decisiones adoptadas en el marco del presente proceso alcancen a la totalidad del colectivo involucrado, sin necesidad de que sus integrantes deban presentarse individualmente en la causa, medida que claramente desvirtúa la esencia misma de este tipo de acciones.

Recientemente, el Alto Tribunal revocó la sentencia del *a quo* y falló en favor del otorgamiento de legitimación a una asociación constituida para representar los derechos e intereses de un colectivo, cuya pretensión consistía en que se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad, be-

42. CSJN, Fallos: 337:1361, "Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo", 02/12/2014.

neficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo a lo establecido en las Leyes N° 22431 y N° 24901, aun cuando no fueran prestaciones reclamadas por todos los integrantes. Sostuvo que el amparo promovido por las asociaciones demandantes en la causa "Asociación Civil para la defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo", del 10 de febrero de 2015, se refería a intereses individuales homogéneos afectados por el obrar del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.[43]

Colegios profesionales

Asimismo, en el caso "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos"[44] ante la demanda entablada por el ente público no estatal en representación de sus asociados, dirigida a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 24977, la CSJN sostuvo que el Colegio profesional carecía de legitimación para reclamar por derechos de carácter patrimonial individuales, y cuya tutela correspondía exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados. No obstante, es posible interpretar que el Colegio tendría legitimación respecto de derechos propios de la asociación como de otros que afectaran a los colegiados pero que no fueran de carácter patrimonial individualmente considerados, como sucedía en el supuesto analizado, ya que se trataba de una decisión respecto del monotributo .

Legitimados anómalos

En la causa "Abarca, Walter José",[45] un grupo de legisladores de la provincia de Buenos Aires interpusieron una acción de amparo en su carácter de usuarios y consumidores del servicio de energía eléctrica de las distribuidoras Edesur SA y Edenor SA y en representación de los usuarios y consumidores de la provincia, por su condición de diputados provinciales, contra el Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Energía

43. CSJN, Fallos: 338:29.

44. Fallos CSJN: 326: 2998, "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/ Estado Nacional s/ acción de amparo", 26/08/2003, *JA* 2003-IV-57.

45. CSJN, Fallos: 339:1223, "Abarca, Walter José y Otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y Otro s/ Amparo ley 16.986", 06/09/2016.

y Minería de la Nación) y el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), con el objeto de que se declarara la nulidad de dos resoluciones del Ministerio y otra del ENRE dictadas en el año 2016, que aprobaban una "Reprogramación Trimestral de Verano para el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM)" con nuevos precios de referencia estacionales de la potencia y energía del MEM, habiéndose instruido al ENRE para que efectúe, a cuenta de la revisión tarifaria integral (RTI) un ajuste del "valor agregado de distribución" en los cuadros tarifarios de Edenor SA y Edesur SA y se aprobaran dichos cuadros tarifarios. Luego, adhirieron como terceros, el Secretario General interinamente a cargo de la Defensoría del Pueblo provincial, el presidente de un club social, y el presidente, el vicepresidente y el apoderado del Partido Justicialista de la provincia.

En su sentencia la Corte rechazó la legitimación del Defensor del Pueblo de la Provincia interino, por cuanto invocó dicha representación en virtud de que el Defensor del Pueblo, había cesado en sus funciones por vencimiento del plazo de su mandato, y en consecuencia se encontraba inhabilitado para reemplazarlo por tratarse de una vacancia definitiva.

Respecto de la legitimación de los diputados Abarca y Ramírez, se remitió al conocido caso "Thomas, Enrique",[46] que la Corte rechazó, con cita de una serie de pronunciamientos y agrega que los legisladores no son legitimados extraordinarios en tanto no están mencionados en el artículo 43 de la Constitución Nacional y además no plantean un caso en los términos del artículo 116 de dicho cuerpo normativo.

Igual razonamiento sostiene con relación al partido político, en cuanto pretende representar en la causa, como asociación, a todos los usuarios de energía eléctrica de la provincia de Buenos Aires, por lo que sumarse como representante del colectivo de usuarios, importa exorbitar las facultades del partido a competencias que la Constitución Nacional pone en cabeza de otra clase de personas jurídicas que tienen por objeto la defensa de los usuarios y consumidores.

En cuanto al Club Social y Deportivo "12 de Octubre" la CSJN resolvió reenviar las actuaciones al juez de primera instancia a fin de que verifique si representa a alguna categoría determinada de clubes e identificar al colectivo involucrado, por cuanto estarían afectados

46. CSJN, Fallos: 333:1023, "Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo", 15/06/2010.

derechos individuales homogéneos, lo que requiere examinar si su tutela mediante procedimientos individuales comprometería seriamente el acceso a la justicia.[47]

Algunos apuntes sobre cuestiones de legitimación en la CABA

Por razones vinculadas a la extensión del presente trabajo, no podré abordar la cuestión de la legitimación en los procesos colectivos, conforme surge de la normativa local y tal como ha sido interpretada por los tribunales en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, sin perjuicio de señalar que la Constitución Nacional y los precedentes en la materia de la CSJN a los que me he referido en los acápites anteriores, obviamente resultan de plena aplicación.

A partir de la sanción del llamado Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,[48] que es la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) y la conformación de sus órganos judiciales, comenzó la tarea de llevar adelante una hermenéutica laboriosa con ajuste al artículo 14 de la CCABA y a las normas contenidas en los textos constitucionales de ambas jurisdicciones y la jurisprudencia respectiva.

Solo mencionaré dos casos representativos de las categorías de derechos protegidos en los procesos colectivos, aunque cabe celebrar la interesante labor desempeñada por la mayoría de los operadores judiciales de la CABA (jueces, fiscales y defensores públicos) en el perseverante esfuerzo por atender a las preocupaciones de los vecinos, en los numerosos procesos colectivos destinados a proteger bienes indivisibles como el medio ambiente (el agua, el impacto sonoro, la contaminación producida por los desechos domiciliarios, industriales y médicos, entre otros), el patrimonio histórico, arquitectónico y cultural (los bosques de Palermo, los adoquines, la urbanización de villas, la protección de los teatros y espacios culturales entre muchos otros); los derechos individuales homogéneos con relación a los derechos sociales (como la

47. CSJN, Fallos: 322:111, "Halabi", *op. cit.*; Fallos: 336:1236, "PADEC", *op. cit.* y Fallos: 337:196, "Unión Usuarios y Consumidores", *op. cit.*

48. Sancionada el 30/09/1996, Buenos Aires, A-Z editora SA, octubre de 1996.

educación, la salud en los hospitales públicos, la vivienda, la construcción de escuelas para atender a las vacantes escolares, etc.).

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la norma contenida en el artículo 14 de la Constitución local[49] introduce la legitimación de "cualquier habitante", lo que ha llevado a calificar a esa habilitación como el reconocimiento de una acción popular. Vale aclarar que el artículo citado, que reglamenta la acción expedita, rápida y gratuita de amparo, en el segundo párrafo menciona a los legitimados para deducirla siguiendo la enunciación de la Constitución Nacional, aunque introduce la protección del "trabajo y la seguridad social" que, a mi entender, en la mayoría de los supuestos originará afectaciones de derechos individuales homogéneos en los términos del fallo "Halabi" de la CSJN.

Un amparo de naturaleza ambiental fue promovido contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCABA) y Autopistas Urbanas SA (AUSA) por el señor José Barragán, en el carácter de habitante de la Ciudad y residente en una vivienda lindera a la Autopista 25 de Mayo AU1, a efectos de que se ordenaran las medidas necesarias para que el nivel de sonoridad que producen los vehículos que transitan la autopista no trascienda a los vecinos de la zona y que el GCBA controle "que el nivel del ruido proveniente de la AU no exceda el límite tolerable e inocuo para las personas que habitan las proximidades de la misma y que surgen de la normativa local aplicable y los parámetros internacionalmente establecidos". Luego de una convocatoria para confeccionar un registro de todos los vecinos cuyos domicilios resultaran aledaños o lindantes a la autopista en cuestión y la celebración de una audiencia pública, el juez dictó sentencia, concluyendo que la acción no estaba destinada a determinar los daños patrimoniales o a la salud eventualmente producidos a los vecinos pero que sí correspondía determinar si el nivel de ruidos detectado constituía una afectación del derecho constitucional a un ambiente sano y por lo tanto existía daño ambiental. El fallo condenó a la codemandada AUSA a

49. CCABA, art. 14: "… Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor…"

que, en el término de treinta días, indique los plazos y el cronograma de ejecución de las tareas de instalación de pantallas acústicas en los sectores de la traza de la autopista que presenten mayores niveles de polución y al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que –en ejercicio del poder de policía– adopte las acciones tendientes a controlar la contaminación sonora originada en la autopista mencionada. La Cámara confirmó la decisión aunque la condena se recondujo a la obligación de AUSA de presentar un Estudio Técnico de Impacto Ambiental y un Plan de Adecuación Ambiental con soluciones técnicas para reducir los niveles de ruido en los espacios públicos y en el interior de las viviendas y edificios en general, incluidas escuelas ubicadas en las zonas linderas a la autopista.[50]

En la causa "Unión de Trabajadores de la Educación (U.T.E.) c/ GCBA por Apelación- Impugnación de actos administrativos",[51] se analizó la legitimación activa de la Unión de Trabajadores de la Educación (UTE) respecto de la representatividad de todos los docentes de la CABA. Frente a una acción declarativa iniciada por una asociación con personería gremial contra el Gobierno de la Ciudad a fin de que se declarara la inconstitucionalead del artículo 3 del Decreto N° 4748/MCBA/90 que dispone la pérdida integral de un adicional salarial, en caso de ejercer el derecho a huelga garantizado por la Constitución Nacional, la Cámara de Apelaciones, confirmó la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia, en cuanto a que los efectos de la medida cautelar debían extenderse a todos los docentes de la CABA. Ello en tanto, la accionante en su carácter de asociación con personería gremial puede representar los intereses colectivos de los trabajadores docentes con independencia de que sean afiliados o no, y además, el reclamo –objeto de la acción– no versaba sobre intereses sindicales diferenciados que exigieran una representación específica. En tal sentido, el tribunal entendió que no se estaban

50. Juzgado de primera instancia N° 3 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, "Barragán, José Pedro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)", Expte. N° 3059/00, 19/03/2003; y Cámara de Apelaciones en lo CAyT , Sala I, 03/10/2003.

51. Cámara de Apelaciones CAyT de la CABA, Sala I, "Unión de Trabajadores de la Educación (U.T.E.) c/ GCBA por Apelación- Impugnación de actos administrativos", Expte. N° 17133/2016-2, 19/12/2017. Véase también voto del Dr. Balbín, considerandos VI y ss.

representando intereses individuales sino derechos de incidencia colectiva: "el eje de la controversia versa sobre un acto administrativo de alcance general que afectaría a todos los trabajadores docentes que participen de una huelga" .

En el caso la legitimación fue ejercida por una asociación gremial, que cuenta con una legitimación especial proveniente de la normativa propia del derecho colectivo laboral, por lo que tampoco sería pertinente trasladar sin más, la solución alcanzada, al campo de las nuevas categorías de derechos de incidencia colectiva; sobre el punto cabe recordar el fallo de la CSJN citado "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos", en tanto se les denegó la legitimación si el objeto versaba sobre derechos patrimoniales que habrían de traducirse con alcance individual.

Como corolario cabe manifestar que la cuestión de la legitimación aborda un campo muy heterogéneo, respecto del cual, como se adelantó al enunciar la primera definición sobre legitimación, se requiere analizar la categoría atendiendo a la aptitud de las partes para actuar en un caso concreto.

La tutela judicial efectiva

He hablado de sujeto y en consecuencia el término alude a la noción de quien se configura como un centro de imputación de derechos y obligaciones y como tal forma parte de distintas relaciones jurídicas. Al igual que el derecho objetivo –el ordenamiento jurídico– el concepto de sujeto de derecho es una categoría histórica y como tal ha sufrido notables cambios al influjo de los acontecimientos históricos y de las prácticas sociales que los acompañan. Por lo tanto a efectos de recrear estas categorías es necesario delinear previamente, aunque sea de manera fugaz, el marco constitucional que las contiene.

Es oportuno además, habida cuenta de que el tema remite necesariamente a la influencia ejercida por la reforma constitucional operada en el año 1994, y por lo tanto corresponde tener presente el principio *pro homine*, propio del derecho internacional, de los derechos humanos y que se ha incorporado como fuente al ordenamiento jurídico argentino a los efectos de la valoración y exégesis de las situaciones que puedan plantearse en torno a la legitimación de las personas físicas y

jurídicas, tanto en sede administrativa como judicial e igualmente la garantía de acceso a la justicia comprensiva del derecho a la *tutela judicial efectiva*. La CSJN ha dicho recientemente que el derecho a la *tutela judicial y administrativa efectiva*

> … supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –a lo que cabe agregar, las autoridades administrativas competentes– y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión– fundada.[52]

El derecho se halla reconocido en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en las convenciones internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional (la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 2, inc. 3 ap. a y b y 14, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). El debido proceso adjetivo comprende y en tal sentido constituye una garantía constitucional innominada dentro de las referidas en el artículo 33 de la Constitución Nacional; son aquellas nacidas de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de Gobierno.

La labor cumplida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido vigilante y atenta a las nuevas circunstancias y cauces por los que se despliegan los procesos colectivos, fomentando una mayor amplitud en el acceso a la justicia a partir de las prescripciones de la Constitución reformada en 1994.

El desarrollo llevado a cabo por los tribunales provinciales y los de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en líneas generales han fijado asimismo un derrotero acorde con pautas amplias que satisfacen los criterios mencionados.

52. CSJN, Fallos: 327:4185, "Astorga Bracht Sergio y otro *vs.* Comfer -decreto 310/1998 s/ amparo ley 16.986", 14/10/2004 .

Las sentencias estructurales. Diversas problemáticas en la ejecución de sentencias*

María Rosa Cilurzo**

Introducción

Teniendo en cuenta el vínculo que han demostrado los litigios estructurales con la actividad de la judicatura frente a la incapacidad de los restantes órganos del Estado, para el efectivo reconocimiento de los derechos humanos esenciales; creo necesario efectuar algunas aclaraciones previas al abordaje que se pretende realizar en el presente artículo.

Claro es que la vigencia efectiva de los derechos depende de diversas variables pero, sea cuales fueren ellas (sociológicas, políticas, jurídicas), no pueden implicar la conculcación de su existencia. Lo que implica que, cuando de derechos humanos se trata, la posibilidad de exigir administrativa o judicialmente su reconocimiento frente a quien no cumple o no respeta las obligaciones a su cargo, no puede cuestionarse.

A la luz de esos parámetros (inactividad o incumplimiento y derechos exigibles) se han desarrollado diversas problemáticas sobre el reconocimiento y ejercicio de derechos humanos, que inciden o se proyectan sobre la falta de implementación o insuficiencia de políticas públicas, en tanto que esto condiciona su acabado ejercicio.

No se pretende desconocer que la falta de determinadas políticas públicas –o su negación como prioridad– puede tener su origen en condicionamientos internos (inexistencia de conciencia social sobre la problemática o desinterés sobre ella) o externos (procesos globalizantes, obligaciones internacionales que operan como restricción);[1] tampoco

* Se agradece la valiosa colaboración de la Dra. Ana Inés Larrea.

** Jueza de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA. Adjunta Regular por Concurso de la UBA en Derecho Administrativo.

1. Se ha entendido por políticas públicas la toma de posición de parte de quien habla en nombre del Estado frente a una problematización social, el diseño para su resolución.

que, como efecto de la globalización, se ha generado tanto la reafirmación del Estado social y constitucional de derecho, como un progresivo recorte de los ámbitos de decisión de los Estados en diversas áreas.

Valen como ejemplo tanto las obligaciones a la que los Estados se someten (en resguardo de los derechos humanos) en virtud de la suscripción de tratados internacionales de derechos humanos, como los condicionamientos a que son sometidos por los organismos internacionales de préstamo (Banco Mundial o FMI).

Por lo tanto, los Estados se encontrarán condicionados en su actuar tanto por las obligaciones internacionales asumidas, como por las limitaciones en sus ámbitos de actuación.

Reitero, ninguno de los elementos incidentes en la decisión –activa o pasiva– podrán afectar de tal modo un derecho constitucionalmente reconocido, como para tornarlo ilusorio.

Llegados a este punto, frente a un derecho conculcado por inacción en la toma de decisiones o por actividad reñida con su respeto, deben existir remedios o instrumentos para aventar tales agravios.

Podríamos preguntarnos si los procesos estructurales o las sentencias de tal naturaleza resultan ser los medios idóneos para remediar violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de los ciudadanos, y si estos resultan adecuados para obligar, diseñar o implementar una determinada política pública.[2]

Una política expresará un propósito o programa que delineará un conjunto de normas con un enfoque determinado, y todo ello dependerá de la ideología que se trasuntará en la acción de los órganos de gobierno, la que a su vez guarda estrecha relación con las determinantes dominantes de cada realidad y las variables sociopolíticas que afectarán a la totalidad de los involucrados. Las decisiones son el resultado de diferentes intereses que no podrán estar desligados de las teorías en que se sustenten. Oszlak, Oscar y O'Donnell, Guillermo, "Estado y Políticas Estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación", Buenos Aires, CEDES, 1976, p. 15. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90711285004 [fecha de consulta: 23/12/2019].

2. Señala Abramovich que "... la debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política han contribuido a trasladar a la esfera judicial conflictos colectivos que eran dirimidos en otros ámbitos o espacios públicos o sociales, lo que en ocasiones ha reeditado la vieja polémica sobre los márgenes de actuación de las instancias judiciales con relación a las instancias políticas". Abramovich, Víctor, "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política", en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, p. 9-33, marzo de 2010. Disponible en: https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/454 [fecha de consulta: 23/12/2019].

También podríamos cuestionarnos si tales procesos resultan ser la única forma en que los grupos o colectivos vulnerables o desplazados socialmente ingresen a la agenda política.

Lo cierto es que tuvieron –desde su origen– la pretensión de corregir las deficiencias o inequidades en diversas políticas públicas que se consideraron violatorias de derechos civiles y sociales, afincadas en desigualdades sistémicas,[3] y que se van abriendo paso frente a problemáticas similares, con las modulaciones que cada sistema jurídico le impone.

Esta breve introducción solo tiene por fin contextualizar el tema, destacar que las características de los procesos estructurales se

3. Como ejemplo de la justificación de la intervención judicial en este tipo de procesos Owen Fiss, refiriéndose a los afroamericanos como ejemplo de grupo vulnerable afirma: "… resulta apropiado ver a los afroamericanos como un grupo que aún se encuentra relativamente desprovisto de poder en la arena política, algo que, a mi juicio justifica que exista un interés judicial a su favor. Cuando, a resultas del proceso político se aprueba una ley que daña a los afroamericanos, la habitual objeción a un resultado mayoritario que se presenta contra el control judicial de constitucionalidad –la objeción que rechaza de que estos 'nueve individuos' reemplacen con su punto de vista el punto de vista 'de la gente'– tiene poca fuerza. Ello, porque la actuación del poder judicial podría ser vista como una intervención destinada a amplificar la voz de la minoría sin poder; como una forma de rectificar la injusticia del proceso político […]. Resulta suficiente comprobar que la ley daña a los afroamericanos […]. La debilidad propia de la situación política de los afroamericanos debe llevar a que el poder judicial examine cuáles son los fines que se escogen; porque es probable que en tales elecciones los intereses de los afroamericanos, en tanto grupo, no sean tomados en cuenta del modo apropiado". Para precisar agregó luego que "… hay que tener en cuenta tres características relevantes a la hora de formular una teoría sobre la igual protección: a) constituyen un grupo social, b) el grupo ha estado en una situación de subordinación prolongada, c) el poder político del grupo se encuentra severamente limitado. Los afroamericanos constituyen un grupo […] especialmente desventajado. El grupo de los afroamericanos constituye el prototipo de grupo protegido […] Existen otros grupos sociales que, en la medida que participen de características como las señaladas –sometimiento perpetuo, poder político limitado– también deberían ser considerados como grupos desventajados y merecedores de protección […] si otros grupos han perdido una batalla legislativa […] es difícil sino imposible llevar a cabo una estimación acerca de su nivel socioeconómico o de su poder político. No se justifica ni la redistribución ni la intervención judicial en su beneficio la justicia entonces […] no va a proveer de una protección especial a las clases artificiales, aquellas meramente creadas a través de las normas legales o las prácticas del Estado. El principio antidiscriminatorio se propone proteger también a esos grupos, aunque en la realidad ellos casi nunca reciban esa protección (dada la permisibilidad propia del estándar de análisis judicial –un análisis de mera racionalidad que se requiere para esos casos)". Fiss, Owen, "Grupos y Claúsula de Igualdad de Protección", en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 142-146.

desarrollan en un esquema procesal alejado de los parámetros ordinarios plasmados en los Códigos de forma, y que las dificultades y controversias que rodean a esta especie de decisorios y a su etapa de ejecución resultan múltiples, tanto en lo que hace a su legitimidad institucional como instrumental.

No se pretende por lo tanto analizar su idoneidad, ni su relación con el denominado "activismo judicial", solo reflejar diversas problemáticas en la implementación de pronunciamientos estructurales, tomando como ejemplo causas que se consideran emblemáticas, y pretendiendo poner de resalto una realidad imposible de obviar.

Definición

Cuando hablamos de sentencias estructurales nos estamos refiriendo a pronunciamientos dictados en procesos que –iniciados en virtud de violaciones sistemáticas de derechos humanos– conllevan una incidencia profunda en la toma de decisiones e implementación de políticas públicas tendientes al resguardo del universo vulnerable afectado.

No se pretende negar que existen otros procesos que también poseen gravitación en las políticas públicas existentes, pero, si bien ellos han sido considerados –según diversas posturas doctrinarias– litigios de interés público, se considera que se trata de procesos colectivos de alcance o complejidad no sistémica; y que no necesariamente incluyen poblaciones especialmente vulnerables.

Sabido es que en los procesos colectivos el objeto de la litis, o la materia del caso contencioso se proyecta más allá de las partes litigantes, ello implica que sus efectos se expanden a una pluralidad de sujetos que, de acuerdo a las características de los diversos tipos de procesos, pueden constituir un universo identificable o no, que no participan en forma directa ni indirecta en la causa;[4] ellos también pueden incidir en tomas de decisiones o implementaciones políticas, pero su

4. Lorenzetti define que "... el proceso colectivo es aquel que tiene pluralidad de sujetos en el polo activo o pasivo con una pretensión referida a un aspecto común de intereses individuales homogéneos o bienes colectivos y una sentencia que tiene efectos expansivos que exceden a las partes". Lorenzetti, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 75.

alcance será limitado y la identificación de las diversas incidencias para su solución resultará acotada.

Como fuera ya expuesto, parte de la doctrina ha considerado que todo proceso colectivo presupone el juzgamiento de un caso estructural[5] y que ellos se refieren a supuestos donde el pronunciamiento judicial y sus efectos no se limitan a las partes de la litis. Asimismo, se ha afirmado que el caso estructural podrá darse en otro tipo de procesos no colectivos, es decir causas individuales con proyecciones estructurales, sea por decisión de la judicatura, sea por las consecuencias de la sentencia.

La definición por la que se ha optado se configura a partir de tres elementos básicos, la población involucrada, el alcance del decisorio y de la incidencia de este tipo de procesos en las políticas públicas.[6]

5. La expresión "litigio estructural" o "caso estructural" califica a intervenciones judiciales que expanden el territorio de lo justiciable más allá de los intereses de las partes procesales. Tal expansión es, por supuesto, un hecho jurídico, antes que un hecho empírico. Basta que la normatividad de la decisión pretenda regular relaciones jurídicas que trascienden a las partes procesales, para que estemos ante un caso estructural. Ello es así aun cuando tal pretensión no se haga efectiva". Puga, Mariela, "Litigio Estructural", Tesis doctoral, en *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, Año I, N° 2, Buenos Aires, noviembre de 2014, p. 1. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf [fecha de consulta: 22/11/2019].

6. Se ha denominado a este tipo de procesos "litigios de interés púbico". Abram Chayes argumentó que "los esfuerzos por aplicar principios del Estado de derecho a las instituciones del Estado de bienestar moderno habían generado una nueva clase de litigio. Las demandas judiciales 'tradicionales' involucraban a dos partes privadas y se enfocaban en alegaciones de un daño concreto y pasado que requería un remedio específico (en general, el pago de una suma de dinero por parte del demandado al actor). Chayes mostró que una buena parte del litigio del movimiento de los derechos civiles no seguía este modelo. Estos casos 'de interés público' involucraban partes amorfas y cambiantes; alegaciones generales que se relacionaban con el funcionamiento de grandes instituciones públicas como los sistemas escolares, las prisiones, las instituciones de salud mental, los departamentos de policía, y las autoridades de vivienda; y remedios que exigían la restructuración a largo plazo de dichas instituciones y su monitoreo". Cfme. Chayes Abram, "The Role of the Judge in Public Law Litigation" [en español: "El rol del juez en el litigio de interés público"], N° 7, vol. 89, *The Harvard Law Review Association*, 1976, pp. 1281, 1284 y 1288-89; Sabel, Charles y Simon, William, "Derechos de desestabilización: el triunfo del litigio de interés público" (traducción al español de María Emilia Mamberti), en *Revista de interés público*, N° 2, año 1, p. 10. Disponible en http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/67446 [fecha de consulta: 22/11/2019].

A la luz de tales parámetros se ha afirmado que el litigio estructural se caracteriza por:

> ... a) afectar a un gran número de personas que denuncian la violación de sus derechos, por sí mismas o mediante organizaciones que presentan demandas judiciales en su nombre; b) involucrar a varios organismos y departamentos del Estado, que se consideran responsables de las persistentes fallas de política pública que contribuyen a la violación de esos derechos, y c) llevar aparejadas medidas estructurales, como por ejemplo órdenes de cumplimiento inmediato en las que se instruye a diversos organismos administrativos tomar acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada y no solo a los denunciantes específicos del caso.[7]

El objeto litigioso –desde esta mirada– tiende a obtener la eliminación o modificación de las condiciones estructurales que dan lugar a la conculcación de derechos de un colectivo especialmente vulnerable; por ello el decisorio no podrá agotarse con una declaración y condena referida a un objeto o sujeto determinado.

Por lo tanto, a mi criterio, los pronunciamientos con alcances estructurales son aquellos dictados en procesos donde media una proyección mediata del decisorio y que implican –directa o indirectamente– la reforma o implementación de todo un sistema o planificación estatal, ante omisiones o violaciones de las autoridades competentes; generando la alteración o sustitución de un sistema tachado de lesivo o inepto a la luz de los derechos que se entienden afectados.

No puede obviarse que el conflicto base en todo litigio estructural no es un acto administrativo ni individual ni general, no es una ley; es la inexistencia de respuesta del Estado frente a una situación crítica en un contexto social también crítico.

Sentencias

Cuando nos encontramos frente a litigios estructurales el conflicto judicial gira en torno de la inexistencia, falla o déficit de una política

7. Rodríguez Garavito, César, "El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, Universidad Torcuato Di Tella, diciembre de 2013, p. 3. Disponible en https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10619?locale-attribute=en [fecha de consulta: 22/11/2019].

pública; a su vez la conformación de la mentada política (o su falta) no agravia (únicamente) al sujeto o sujetos demandantes, sino que se expande al colectivo; por ello la decisión judicial involucra no solo a los sujetos a los que se les reconoció legitimación en la causa, sino que afecta en forma directa o indirecta al conjunto de la comunidad.

Por lo tanto, en todo análisis o consideración que se efectúe nunca puede perderse de vista que el caso transciende a las partes e involucra en gran escala a diversas estructuras estatales.

A su vez los pronunciamientos de los tribunales, debido a la complejidad e interacciones que ellos implican, no se ajustan a los parámetros de las sentencias dictadas en procesos adversariales típicos, constituyendo lo que la doctrina ha llamado sentencias "atípicas".

Los decisorios dictados en este tipo de procesos muestran diferencias en lo que hace a su resolución, los tribunales han variado en el alcance de sus pronunciamientos, así se aprecia que en determinadas oportunidades declaran el derecho y requieren soluciones por vía exhortativa, y en otros asumen una postura que se asimila a la intervención activa sobre la problemática y su resolución.

Así, y en lo que a las formas se refieren, luego de la declaración del derecho afectado, algunas sentencias deciden exhortar a los órganos competentes.

Nos encontramos frente a las denominadas *sentencias exhortativas*,[8] en estos supuestos el Tribunal se limita a impulsar sea el dictado de normas, o la realización de determinadas actividades, en virtud de la violación del derecho que constata y declara; lo efectúa por medio de "recomendaciones" o "exhortaciones" a las autoridades encargadas de implementar o desarrollar la política pública omitida o declarada la inconstitucionalidad de la existente. Este tipo de pronunciamientos implica un mínimo grado de intervención.

8. Sagües ha clasificado las sentencias, en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional en "clásicas" y "atípicas". Distingue dentro de estas últimas las sentencias a) manipulativas admisorias, b) manipulativa desestimatoria, c) manipulativa aditiva o integradora, d) manipulativa sustitutiva, e) exhortativa o apelativa y dentro de ellas, las e.1) exhortativa de delegación, e.2) exhortativa de inconstitucionalidad simple, e.3.) exhortativa por inconstitucionalidad precaria. Sagüés, Néstor Pedro, "Las sentencias constitucionales exhortativas", en *Estudios Constitucionales*, año/vol. 4, Nº 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, noviembre de 2006, pp. 189-202. Disponible en https://www.cels.org.ar/common/documentos/sagues.pdf [fecha de consulta: 22/11/2019].

La exhortación a su vez puede estar ligada a pautas o principios que el propio Tribunal establece como base de las acciones requeridas y por las que se encuentra condicionado el órgano exhortado.[9]

Como acertadamente apunta la doctrina, esta es una vía provechosa para el "diálogo cooperativo", el inconveniente mayor se produce frente a la falta de voluntad del o los órganos a quienes se exhorta.

La declaración del derecho y reconocimiento de la violación no alterará el estado de cosas si no existe conciencia sobre su necesidad o insistencia de los diversos actores sociales; lo cierto es que el órgano jurisdiccional resguarda las competencias que entiende le son propias y las que se considera indisolublemente ligadas a las funciones asignadas o los restantes órganos de poder.

Un ejemplo de este tipo de pronunciamiento es el dictado por el Tribunal Constitucional Colombiano en la Sentencia N° T043/15.[10] Si bien la misma es producto del proceso de revisión de un fallo de tutela emitido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Dosquebradas (Expte. de tutela N° T-4.518.730), relacionado con pretensiones dirigidas a brindar asistencia a una persona en situación de calle y en condiciones físicas y mentales apremiantes; la Corte colombiana, luego de ordenar medidas referidas específicamente al sujeto involucrado, resolvió sobre la situación de marginación de todo un grupo vulnerable, tal "los habitantes de la calle".

Específicamente, en lo que a la política pública se refiere resolvió:

> ... EXHORTAR al Ministerio de Salud y a las demás autoridades responsables de la implementación y desarrollo de la Ley 1641 de 2013, para que culminen a la mayor brevedad posible el proceso de socialización y formulación de la política pública para los habitantes de la calle.

9. Bazan, Víctor, "Control de la Omisiones inconstitucionales e inconvencionales", Fundación Konrad Adenauer, Colombia, diciembre de 2014, p. 205. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4503/1.pdf [fecha de consulta: 28/10/2019].

10. Corte Constitucional de Colombia, "Acción de tutela interpuesta por Sandra Lucero Soto Loaiza c. el Municipio de Dosquebradas y otros - sentencia T-043/15", 04/02/2015. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-043-15.htm [fecha de consulta: 26/12/2019].

Ordenó a su vez que la Procuraduría General de la Nación vele porque las entidades responsables cumplan con sus metas y cronogramas de operación.[11]

Así también condenó:

> … al municipio de Dosquebradas y al Departamento de Risaralda, dentro del ámbito de sus competencias, diseñar de forma conjunta un programa piloto de atención a la población habitante de la calle dentro de su territorio, de acuerdo con los lineamientos trazados por la Ley 1641 de 2013, la experiencia comparada, los programas impulsados por otras ciudades del país así como por los principios desarrollados por la jurisprudencia constitucional en relación con la protección reforzada a la población habitante de la calle y con problemas de adicción resumidos en la parte motiva de esta sentencia. Dicho programa deberá incluir por lo menos los componentes de salud, desarrollo integral, albergue transitorio y capacitación laboral mediante un equipo interdisciplinario de acompañamiento, dirigido a fortalecer su autoestima, su seguridad y su potencial de realización como ciudadanos plenos.

El pronunciamiento fijó el plazo para su cumplimiento, previendo las interacciones necesarias con los niveles centrales de la administración.

Otro ejemplo de sentencia exhortativa resulta ser la pronunciada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Verbitsky",[12] consistente en un hábeas corpus colectivo correctivo, interpuesto por el Centro de Estudios Legales y Sociales, en resguardo de las personas privadas de su libertad en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

En estese cuestionaban las condiciones de detención, alimentación, salud, educación, en suma, se alegaba la inexistencia de trato digno de las personas privadas de su libertad.

La acción colectiva fue habilitada por el Tribunal, quien evaluó la situación de sobrepoblación carcelaria, el incremento de los niveles de privación de la libertad, el sistema de excarcelación y las condiciones de detención. El Máximo Tribunal consideró vulnerados los derechos

11. Ídem

12. CSJN, Fallos: 328:1146, "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", 03/05/2005. Disponible en: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5824581&cache=1572378373536 [fecha de consulta: 26/12/2019].

humanos de los detenidos, a la luz de las normas constitucionales e instrumentos internacionales.

Es en ese esquema que –además de medidas concretas– exhortó a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y de excarcelación a los estándares internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación. Asimismo, exhortó a los poderes de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación de ejecución penal a los marcos mínimos señalados por los estándares internacionales receptados por la legislación de ejecución penal de la Nación.

Por otro lado, estableció medidas concretas que beneficiaban al colectivo, (a) dispuso que la Suprema Corte de Buenos Aires haga cesar en sesenta (60) días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos y que el Poder Ejecutivo de dicha provincia cada sesenta (60) días informe a la Corte Suprema las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos; (b) ordenó que el mencionado Poder Ejecutivo remita informe a los jueces en el que consten las condiciones en que se cumpla la detención; (c) encomendó a este la convocatoria de una mesa de diálogo con la organización demandante y las restantes presentadas como *amicus curiae* y la sociedad civil, quienes deben presentar un informe cada sesenta (60) días; (d) instruyó a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y tribunales de todas las instancias para que hagan cesar toda situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional.[13]

13. Ídem, "Resolutorio: Por ello, y oído que fuera el señor Procurador General, corresponde [...] 2. Declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención. 3. Disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos. 4. Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal. 5. Ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los

En ambos pronunciamientos existe una declaración de violación de derechos humanos de una población entendida como vulnerable; un mandato de condena que implica un cumplimiento de determinadas acciones concretas y específicas, encargadas a su vez a diversos sujetos y una exhortación a los órganos y poderes competentes a los efectos de que para el futuro, se modifique la política pública cuestionada y se implemente una que haga cesar las condiciones entendidas como gravosas.

En lo concerniente a un nivel de intervención mayor por parte de los tribunales nos encontramos con sentencias donde los jueces, si bien no fijan concretamente todas y cada una de las actividades a realizar por los órganos encargados del diseño o implementación de la política pública, indican pautas o criterios que deberán cumplirse, es decir, establecen "criterios generales" que luego necesariamente deberán estar incluidos y deberán ser respetados para hacer cesar el estado de vulneración del que parten en su análisis.

Si bien los casos previamente referidos contienen también este tipo de mandatos; considero que –en el ámbito local–, la sentencia que demuestra claramente este tipo de pronunciamiento resulta ser la dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Mendoza".[14]

Este pronunciamiento tiene origen en la demanda entablada por residentes y trabajadores de la salud del área denominada "Cuenca Matanza-Riachuelo", contra el Estado nacional, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Provincia de Buenos Aires, los municipios incluidos en el área y empresas a las que se les imputa actividad contaminante; se expande a todos los habitantes de la cuenta y sectores adyacentes (la población afectada resulta ser aproximadamente de tres millones de personas).

---

jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que estos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, se deberá informar en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada. 6. Disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a esta Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia…".

14. CSJN, Fallos: 331:1622, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)", 08/07/2008.

La Corte, luego de declarar la existencia de degradación ambiental y la responsabilidad de los demandados y de la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR), y considerar que existía una situación de vulneración colectiva de derechos, fija los criterios generales como mandatos obligatorios a cumplir por los obligados, respetando el ámbito de discrecionalidad de la administración[15] en la formulación de los planes de remediación y demás cargas impuestas.

Asimismo, pone en cabeza de la ACUMAR la obligación de llevar adelante la ejecución de un programa de intervención, detallando los objetivos[16] y fijando plazos perentorios para su cumplimiento.

Crea un Cuerpo Colegiado para su supervisión y encarga el control presupuestario a la Auditoría General de la Nación, delegando el control de la ejecución en un tribunal de grado.

Este tipo de pronunciamientos denominados "dialógicos", demuestran la intención de que –por vía de esquemas generales de comunicación como resultan ser las mesas de diálogo– los distintos actores del sistema lleguen a la implementación de la solución.

También es ejemplo de sentencia dialógica, como orden abierta que abre un proceso de debate, definición y seguimiento, la dictada por el Tribunal Constitucional Colombiano, Sentencia T-025/04;[17] en ella se procedió a acumular 109 demandas individuales que involucraban a más de tres millones de personas, víctimas del desplazamiento forzado que se había producido en virtud del conflicto armado interno, donde las autoridades habían omitido brindar ayuda a los afec-

15. Ibídem, consid. 15: "El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración. De tal modo, el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos descriptos en los objetivos que se enuncian en la presente, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo".

16. Ibídem, consid. 16: "Que la autoridad obligada a la ejecución del programa, que asumirá las responsabilidades ante todo incumplimiento o demora en ejecutar los objetivos que se precisarán, es la Autoridad de Cuenca que contempla la ley 26.168. Ello, sin perjuicio de mantener intacta en cabeza del Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la responsabilidad que primariamente les corresponde en función del asentamiento territorial de la cuenca hídrica...".

17. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025/04. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm [fecha de consulta: 23/12/2019].

tados; teniendo en cuenta la multiplicidad de derechos afectados y el incumplimiento a las exhortaciones ya realizadas por el Tribunal en otras causas; la Corte inicia su análisis detallando la situación:

> El patrón de violación de los derechos de la población desplazada ha persistido en el tiempo, sin que las autoridades competentes hayan adoptado los correctivos suficientes para superar esas violaciones, y sin que las soluciones puntuales ordenadas por la Corte frente a las violaciones detectadas en las sentencias dictadas hasta el momento, hayan contribuido a impedir la reincidencia de las autoridades demandadas en tutela.

Por ello y en virtud de la especial vulnerabilidad de los sujetos involucrados,[18] la Corte resuelve de manera estructural el conflicto.

Reconoce que las normas existentes se mostraron ineficientes, que se trata de derechos que no pueden ser cumplidos inmediatamente, sino que las autoridades deben tomar medidas efectivas para su implementación y que existen grupos ignorados, calificando la omisión del Estado como "sin justificación aceptable".

Luego de recalcar que el juez no reemplaza a los órganos sino que ordena el cumplimiento de los deberes del Estado, apelando al principio constitucional de colaboración entre las distintas ramas del poder para asegurar el cumplimiento efectivo de deberes de dimensión prestacional, resuelve declarar "un estado de cosas inconstitucional" que afecta a la población desplazada como producto de la falta de relación entre el problema y los medios utilizados y comunica que deben diseñar un plan de acción, fijar los plazos para la evaluación del mismo, la modificación de metas presupuestarias, la adopción de programas y de prestaciones mínimas.

La Corte se abstuvo de arrogarse la facultad de determinar unilateralmente la incidencia presupuestaria, dictando órdenes de ejecución, y diseñando un sistema de control.

Por último, corresponde destacar que han mediado pronunciamientos donde los tribunales intervinientes, luego de declarada la falta o falencia de la política pública referida a las poblaciones vulnerables, han mostrado un mayor grado de intervención en sus pronunciamientos, siendo estas sentencias de condena que precisan detalladamente la orden impartida.

18. Ídem.

En los casos de desagregación racial en los establecimientos educativos de Estados Unidos y los posteriores –también de materia educativa– afincados en la financiación de la educación con el objeto de obtener equidad fiscal, los pronunciamientos fueron primero de contenido general y exhortativos, posteriormente ante su incumplimiento, culminaron siendo ordenes detalladas de prescripción a ser cumplida por las autoridades administrativas.[19]

Tal es el caso en "Wyatt *vs.* Stickney", donde se cuestionaba el incumplimiento de estándares mínimos de trato en hospitales públicos de Alabama para personas con discapacidad y enfermos mentales. Se trató de un proceso iniciado en 1970, nacido como una causa individual posteriormente ampliada, con intervención de diversos *amicus curiae*. Luego del pronunciamiento inicial el tribunal distrital ordenó implementar un plan integral, y frente a su incumplimiento, el magistrado estableció las normas mínimas en forma detallada; ellas incluían planes de tratamiento, condiciones de internación, dotación de personal, capacitación, entre muchas variables. La decisión quedó firme en 1974, pero a pesar de ello, entre los años 1980 y 1986 los estándares seguían sin ser cumplidos, y en 1999 se convinieron en acuerdo conciliatorio nuevas pautas.

El proceso concluyó en el año 2003, habiéndose declarado que se encontraban cumplidos el acuerdo y los derechos constitucionalmente reconocidos.[20]

Se menciona también como un ejemplo de este tipo de sentencias la dictada por el Tribunal Supremo de la India, acción entablada por el partido "People's Union of India (PUCL) de Rajasthan" en virtud de muertes registradas por inanición en el Estado de Rajasthan. El Tribunal Supremo en 2001, dictó medidas cautelares por medio de las cuales fue definiendo en forma gradual y cada vez con mayor detalle el derecho constitucional a la alimentación; convirtió los programas existentes en prestaciones alimentarias exigibles, ordenó su implementación, dio directrices sobre la forma de cumplimiento, ordenó que se reabrieran las tiendas de sumi-

19. Sabel, Charles y Simon, William, "Derechos de desestabilización: El triunfo del litigio de interés público", *op. cit.*, p. 10.

20. "Wyatt *vs.* Stickney", Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, MD Alabama, ND. 10/12/1971. 334 f Supp 1341 (MD Ala. 1971). Disponible en https://casetext.com/case/wyatt-v-stickney#. Ver también http://www.encyclopediaofalabama.org/article/h-2375 y también https://disabilityjustice.org/wyatt-v-stickney/ [fecha de consulta: 23/12/2019].

nistro de alimentos, que se identificara a las familias, se les distribuyera tarjetas de suministros y granos; ordenó que se entregaran comidas preparadas en escuelas públicas, estableció requisitos calóricos y designación de personal.[21] Para efectivizar su control designó Comisionados, con el fin de supervisar sus órdenes e informar al tribunal.

Como puede observarse las resoluciones en esta especie de procesos se enfrenta a variables que exceden las habituales, por ello si bien los decisorios poseen efecto de cerrar la discusión sobre la violación alegada como contraria al orden jurídico, no finiquitan el conflicto, ya que este engloba diversas problemáticas que se van desarrollando a la luz de la ejecución e implementación de la manda.

En primer término, toda sentencia deberá expedirse sobre la existencia o no de la conculcación alegada, es decir declararán sobre la omisión o falencia de la política pública involucrada y su relación con el colectivo vulnerable. Allí es donde se encuentra la inmutabilidad propia de la cosa juzgada.

A continuación, deberá establecer o elegir el sistema por el cual se llegará a la satisfacción del derecho; las causas utilizadas como ejemplo demuestran no solo una menor o mayor intervención de la judicatura, además ponen en evidencia la inviabilidad de concluir todos y cada uno de los análisis de las interrelaciones en juego en un solo pronunciamiento.

Las interacciones y la evolución de los casos podrá demostrar aristas no contempladas (como por ejemplo las diversas problemáticas surgidas a la luz de los traslados poblacionales en la causa "Mendoza"), o la rigidez en las órdenes vertidas y la necesidad de su flexibilización para arribar al resguardo del derecho en forma efectiva ("Wyatt *vs.* Stickney"), o la necesidad de acciones más contundentes por parte del Tribunal (Sentencia T-0025/04), todo ello implicará que los conceptos habituales sobre el alcance y posterior ejecución del pronunciamiento, diseñada en el marco procesal hoy existente, deberá adecuarse a la realidad de los procesos estructurales.

21. Chitalkar, Poorvi y Gauri, Varun, "India: cumplimiento de las órdenes sobre el derecho a la alimentación", en Langford, Malcom; Rodríguez Garavito, César y Rossi, Julieta, (eds.), *La lucha por los derechos sociales*, Bogotá, Editorial Dejusticia, 2017, pp. 345-374. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/10/Lucha-Derechos-Sociales-oct-22.pdf [fecha de consulta: 23/12/2019].

La ejecución

Sabido es que la sentencia posee *imperium* y eficacia, como regla es imperativa e inmodificable y obviamente puede ser ejecutada coactivamente.

Es evidente que la declaración del derecho no resulta suficiente para reparar la lesión que se entiende como producida, resulta necesario el cumplimiento del decisorio, ello es esencial y siendo así los códigos procesales regulan el proceso de ejecución de las sentencias.

Más en procesos estructurales el cumplimiento y su control constituyen un conglomerado de incidencias que se desarrollarán normalmente a través de los años, y que poseerán –como fuera ejemplificado– variables que le aportan mutabilidad al decisorio en ejecución.

Si la efectividad de las sentencias depende de su ejecución y si las atribuciones del órgano jurisdiccional se ponen en tela de juicio frente a los incumplimientos, de no contar con instrumentos adecuados, la etapa de ejecución y los instrumentos que se utilicen resultan definitorios. En procesos como los que se analizan, los tribunales deberán articular y utilizar institutos con tal fin, de modo tal de no producir sentencias inoperantes.

Siendo así los tribunales han optado por diversas variables para controlar el cumplimiento efectivo de sus mandatos, en algunos casos retuvieron el seguimiento y en otros lo delegaron.

No puede obviarse que por el tipo de cuestiones involucradas no solo el dictado de decisorio sino su ejecución implican actividades de asistencia técnica, de respuestas estatales coordinadas y lógico es que desborde los instrumentos operativos con que cuentan los órganos jurisdiccionales y sus sistemas de apoyo.

Por ejemplo, en Tribunal Constitucional Colombiano para controlar el cumplimiento de su "Sentencia T025/04" asumió tal verificación, con ese fin estableció Salas de Seguimiento, se recurrió a agentes de la sociedad civil, expertos y miembros del Gobierno para analizar los informes que se le fueron presentando, fue dictando autos de seguimiento a partir de las informaciones que recibía de la Sala; además fue realizando audiencias periódicas de seguimiento.[22]

22. Decreto N° 2067 DE 04/09/1991, Diario Oficial N° 40.012, del 4/9/1991 por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la

Un ejemplo de la labor que sigue desarrollando la Sala Especial lo constituye el auto N° 360/19 que efectúa citaciones a los efectos de evaluar avances y retrocesos de diversas problemáticas,[23] a quince años de dictada la sentencia.

Como hemos dicho, en la causa "Mendoza", la Corte Suprema delegó en un juzgado de primera instancia la ejecución de la sentencia.

Corte Constitucional. "Artículo 12. Cualquier magistrado podrá proponer hasta 10 días antes del vencimiento del término para decidir, que se convoque una audiencia para que quien hubiera dictado la norma o participado en su elaboración, por si o por Intermedio de apoderado, y el demandante, concurran a responder preguntas para profundizar en los argumentos expuestos por escrito o aclarar hechos relevantes para tomar la decisión. La Corte, por mayoría de los asistentes, decidirá si convoca la audiencia, fijará la fecha y hora en que habrá de realizarse y concederá a los citados un término breve pero razonable para preparar sus argumentos. Las audiencias serán públicas. La Corte señalará un término adecuado para que el demandante y quien hubiera participado en la expedición o elaboración de la norma, presenten sus planteamientos. El Procurador General podrá participar en las audiencias en que lo considere pertinente, después de haber rendido concepto. Excepcionalmente, cuando la Corte considere que podría contribuir a esclarecer un punto concreto de naturaleza constitucional, podrá ser invitado a presentar argumentos orales en la audiencia quien hubiera intervenido como impugnador o defensor de las normas sometidas a control. Artículo 13. El magistrado sustanciador podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito que será público, su concepto sobre puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo. La Corte podrá, por mayoría de sus asistentes, citarlos a la audiencia de que trata el artículo anterior. El plazo que señale el magistrado sustanciador a los destinatarios de la invitación no interrumpe los términos fijados en este decreto. El invitado deberá, al presentar un concepto, manifestar si se encuentra en conflicto de intereses". Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202067.php [fecha de consulta: 23/12/2019].

23. En la parte resolutiva de la presidencia se cita a una sesión técnica al Defensor del Pueblo, al Procurador General de la Nación, a la vicepresidente de la República, a los Ministros de Defensa Nacional y del Interior, al Consejero para la Estabilización y Consolidación, a los directores de la Unidad para las Víctimas y la Unidad Nacional de Protección, a los gobernadores del Cauca y Chocó y el alcalde de San José del Guaviare (Guaviare). Asimismo se advierte a las diferentes entidades que la respuesta que se otorgue a los informes requeridos no puede implicar una labor de compilación o resumen de la información reportada, sino un análisis previo en virtud del cual se explique a la Corte Constitucional de qué manera se encuentra articulada la oferta institucional y también se invita a participar de la sesión técnica, a un representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la Comisión de Seguimiento a la Política Pública del Desplazamiento Forzado como también al Defensor del Pueblo que seleccione a los líderes y lideresas de población desplazada de las regiones (i) pacífico norte; (ii) pacífico medio; (iii) pacífico sur; y (iv) del pueblo Jiw. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2019/a360-19.htm [fecha de consulta: 23/12/2019].

Posteriormente los inconvenientes en la ejecución llevaron a que el tribunal, por decisorio de fecha 19 de diciembre de 2012,[24] considerando las complejas problemáticas, dividiera la ejecución delegándola en dos tribunales federales de primera instancia; ello no implicó desprenderse del control del Plan, ya que continuó realizando audiencias públicas para atender los problemas y falencias en el cumplimiento. De este modo, frente a diversos incumplimientos de las mandas que conformaban el Plan Integral de Seguimiento, mediante sentencia del 12 de abril de 2018 se requirió un nuevo plan actualizado.

Recuérdese que el Plan Integral de Saneamiento Ambiental (PISA) implica la recomposición del ambiente en todos sus componentes (agua, aire, suelo), expansión del servicio de agua, plan sanitario, limpieza de los márgenes, saneamiento de basurales, traslado de asentamientos, inspecciones, entre otras actividades.

A su vez –como ya se dijo– la Corte dispuso que la Auditoría General de la Nación fuera la encargada de controlar la asignación de fondos y la ejecución presupuestaria y que el Defensor del Pueblo de la Nación coordinara un cuerpo colegiado con distintas organizaciones no gubernamentales para recoger sugerencias, recibir información y canalizarlos ante el ACUMAR.

Asimismo, como resulta de la reseña de casos efectuada, las distintas contingencias y variables que van poniéndose en evidencia en el curso de la ejecución, pueden generar inconvenientes no previstos originariamente, tal es el caso de "Vaughn G. *vs.* Alcalde y Ayuntamiento de Baltimore". Se trató de un proceso iniciado en representación de estudiantes con discapacidad, en virtud de la falta de implementación en el sistema público de planes especiales de enseñanza y evaluación; la causa se inicia en 1984, llegándose acuerdos conciliatorios en 1988 y 1992, ambos incumplidos. La Corte previó un esquema de seguimiento por intermedio de un funcionario por ella designado (Special Master), retuvo su competencia para el seguimiento y, exigió la presentación de informes trimestrales que fueron supervisados por un equipo indepen-

24. CSJN, M. 1569. XL - "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)", 08/07/2008. Disponible en: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=698177&cache=1574431886790 [fecha de consulta: 23/12/2019].

diente. Posteriormente fue ella la que implementó un plan específico y detallado de carácter general que incluía diversas áreas y problemáticas, dicho plan debió luego ser reformulado por acuerdo entre las partes –en el año 2000–, en virtud de la inviabilidad de cumplimiento.

Todos estos inconvenientes se pusieron de manifiesto en el curso del proceso y obstaron a una solución rápida, fue recién en el año 2012 que la Corte consideró que las órdenes del tribunal se encontraban cumplidas y el derecho plenamente satisfecho.[25] Lo expuesto aconteció en una causa que desde el punto de vista estructural resultaba mucho menos compleja que las que venimos analizando.

Conclusiones

Como se aprecia, los tribunales han utilizado distintos instrumentos para lograr la ejecución de sus sentencias, han delegado la ejecución a un tribunal inferior, han creado salas especiales, han previsto intervención de terceros en el proceso como instrumento de control o de colaboración, y han generado espacios para el diálogo entre los distintos actores, pero ello no implica que esas alternativas sean infalibles.

Si a las medidas que adopte el tribunal no se le suma la colaboración e interés de los diversos actores sociales ninguna de ellas podrá conseguir el restablecimiento del derecho afectado.

Cierto es que existen otros medios previstos por el Código Procesal para forzar el cumplimiento de la parte contumaz, las astreintes contempladas en el Código Civil y Comercial de la Nación,[26] con

25. "Vaughn G. *vs.* Alcalde y Ayuntamiento de Baltimore". Disponible en https://www.clearinghouse.net/detail.php?id=10959 [fecha de consulta: 23/12/2019].

26. C. C. y CN, art. 804: "Sanciones conminatorias. Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder". Por su parte, en el ámbito local, el C. Contenc. Adminis. y Trib. de la CABA, art. 30, Anexo A–Ley 189– (Texto consolidado por Ley N° 5666 CCAyT) dispone que:"Los/las jueces/zas y tribunales pueden imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos cuyo importe es a favor del/la titular del derecho afectado por el incumplimiento. Pueden aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la

su carácter de condena accesoria, condicional y discrecionalmente impuesta por el juez, tienden a ser una forma de obligar cuando de litigios adversariales típicos se trata, más en procesos estructurales siendo que los cumplimientos dependen de la acción interconectada de diversos operadores no se aprecian como instrumentos idóneos.

Todo ello pone en evidencia que el litigio estructural aparece frente a falencias institucionales, en tanto los órganos competentes no dan respuestas a problemáticas que culminan con la intervención de una judicatura que no solo carece de un marco procesal adecuado para dirimir la controversia, sino que no ha sido dotada de instrumentos materiales para llevar a cabo el cometido que la realidad le asigna.

Poner en cabeza del poder judicial la resolución de problemáticas estructurales, como se visualiza a través del detalle de precedentes, con un esquema de decisorios disímiles, nos advierte sobre la necesidad de que las autoridades políticas no ignoren las obligaciones a su cargo ni descarguen en el órgano jurisdiccional sus responsabilidades.

ley lo establece. Las condenas se gradúan en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder. Cuando el incumplimiento del mandato sea imputable a una autoridad administrativa, el tribunal puede disponer que las sanciones se hagan efectivas en la persona del funcionario responsable del máximo nivel de conducción del organismo que ha incurrido en incumplimiento. En tal caso, ejecutado que sea y sólo para el caso de comprobada imposibilidad de pago, pueden satisfacerse a través del sujeto de derecho estatal. En el supuesto de que la sanción conminatoria sea aplicada a un funcionario estatal, la misma resultará apelable con efecto suspensivo hasta que el Tribunal de Alzada resuelva el recurso referente a la imposición de sanciones dentro de los cinco (5) días hábiles de recibido el expediente a estudio".

Los procesos colectivos y el fuero Contencioso Administrativo y Tributario

Carlos Martín Debrabandere*

Introducción

Sin lugar a duda el fenómeno complejo de los procesos colectivos no es una realidad nueva, pero sí un desafío que está mostrándose con mayor presencia en muchos de los fueros de nuestro país, por lo que trasciende al contexto del Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ello tiene que ver, principalmente, con el aumento de la litigiosidad de una sociedad globalizada que día a día conoce más sus derechos y vela por ellos.

No obstante, uno de los principales desafíos radica en la falta de un tratamiento legislativo acorde. En efecto, se carece de norma nacional y local que dé un marco específico al inicio, desarrollo y ejecución de procesos colectivos que, como se adelantó, ponen a prueba al ingenio, saber y agudeza judicial de quienes deben dar tratamiento a cuestiones muchas veces de gran complejidad en ausencia de normas específicas por las que tanto se pregona.

Así surgen los más diversos problemas en este tipo de juicios tales como la representatividad, la existencia de otros procesos similares que puedan involucrar sentencias contradictorias, supuestos de cosa juzgada y la misma ejecución de la sentencia que muchas veces no solo se torna de difícil cumplimiento sino que persiste a lo largo del tiempo desvirtuando, de algún modo, la intervención judicial y los plazos razonables de culminación de un proceso.

* Doctor en Derecho. Secretario General de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario. Secretario General del Tribunal de Superintendencia del Notariado. Se ha desempeñado como docente de grado y posgrado de diversas universidades (UBA, UCA, UNSAM, UCSE, UCU, UCES, UB, IUPFA). Disertante, ponente y autor de numerosas publicaciones.

Lógicamente, cabe referir en el último aspecto a los casos dilemáticos, es decir, a aquellos que trascienden la barrera del problema y cuya complejidad traspasa largamente las características de la mayoría de los casos individuales por lo que, no cabe duda de que el Poder Judicial se "nutre" del problema. En efecto, sin problemas, sin una transgresión normativa, sin conflictos, sin diferencias irreconciliables no hay proceso. En tal marco, los jueces son aquellas personas que se han capacitado, formado y cumplido con el proceso de designación, por lo cual se admiten como idóneos para la función. Sin embargo, más allá de esta formación inicial de la judicatura, se presenta un desafío adicional que es el de mantenerse en constante actualización y ajustándose a los tiempos que corren. Así surgen complejas demandas colectivas relacionadas, entre otras, con las relaciones de consumo, temas ambientales, derechos sociales, económicos y políticos que, por cierto, carecen de un cauce procesal propio. De allí la necesidad de contar con jueces activistas y verdaderos directores del proceso y, a la vez, cercanos a otras ciencias, no solo las jurídicas y sociales. Baste como ejemplo ilustrativo la relación médico-paciente para admitir cómo dicho vínculo ha mutado, donde los cuestionamientos éticos y morales y los avances biotecnológicos tienen una actual preponderancia que hace que sea fundamental la articulación con comités de bioética, ateneos médicos, asociaciones científicas, protocolos de investigación y, todo ello, sin perder el principio de autodeterminación del paciente. Incluso cuestiones de urbanística, ambiente, entre tantos otros temas álgidos y frondosos.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los procesos colectivos se inscriben en el marco de los casos más variados, de allí que el desafío sea doble, por un lado se deberá dar tratamiento a procesos colectivos que carecen de regulación legal y, por otra parte, se instalará un desafío constante a la judicatura local a tenor de la complejidad que el caso o su trámite importe.

Afortunadamente, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario desde el año 2005 ha previsto un tratamiento para este tipo de procesos. Así se instauró un régimen inicial sobre "amparos colectivos" que, desde 2016, se ha ampliado al "proceso colectivo" estableciendo un mecanismo básico (hasta la sanción de la ley pertinente) para el inicio y cauce de juicios colectivos que requieran un tratamiento uniforme que evite los dispendios jurisdiccionales, asegure la tan

ansiada seguridad jurídica y unifique su anotación en un único Registro de Procesos Colectivos que tiende a evitar la existencia de juicios con objetos procesales similares y que pudiesen habilitar soluciones dispares.

Debido a lo expuesto, este trabajo tiene como norte identificar el actual tratamiento de este tipo de procesos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en particular, en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario con alguna reflexión acerca del desafío procesal y de fondo de la judicatura local.

El reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva

Como se expuso, actualmente no se cuenta con leyes que regulen al proceso colectivo. Por ende, se ha postulado la necesidad de un tratamiento correcto y equitativo de la problemática; la necesidad de un acceso igualitario al servicio de justicia; apuntar a la generación de la seguridad jurídica; al planteo de un encuadre jurídico correcto entre tantas otras razones que permitan una solución justa, la reducción de costos, la promoción innecesarias de pleitos, logrando una concentración de objetos litigiosos evitando fallos contradictorios, el dispendio jurisdiccional, los gastos innecesarios, etcétera.

No obstante, la reforma constitucional del año 1994 ha instaurado el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva, mediante el texto previsto en su artículo 43 que establece:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo

y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

> Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.
> Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

Esta norma tiene su correlato, principalmente, en los artículos 41 y 42, que regulan en cuanto a medioambiente y las relaciones de consumo, aunque no debe desconocerse el contenido íntegro del Capítulo 2 sobre "Nuevos Derechos y Garantías".

Asimismo, cabe concordar con Gordillo cuando refiere que el texto del artículo 43 no debe limitarse a las enunciaciones previas de la primera parte del segundo párrafo cuando se menciona el derecho a la no discriminación, el ambiente, la competencia, el usuario o consumidor. Pues, se incluye en la parte final los derechos de incidencia colectiva en general y de allí lo trascendente de la norma, puesto que incluye no solo los derechos involucrados de los artículos 36 a 42 de la CN sino también los incorporados en los Tratados Internacionales (art. 75, inc. 22). De ahí que el distinguido autor sostenga la posición, que comparto, en cuanto a que el Capítulo 2 de la Constitución Nacional en torno a los nuevos derechos y garantías se refiere a derechos de incidencia colectiva, tanto en su faz sustantiva como procesal. De ahí que su natural corolario procesal se encuentre en el referido artículo 43 y en consecuencia, admitir tal tipo de derechos sustantivos importa reconocer también legitimación judicial para su defensa y ejercicio.[1]

1. Gordillo, Agustín; Flax, Gregorio; Loianno, Adelina; Gordo, Guillermo; López Alfonsín, Marcelo; Ferreira, Marcelo; Tambussi, Carlos y Rondanini, Alejandro, "Derechos de incidencia colectiva", en *Derechos Humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007, pp. VI5 y ss.

Por su parte, nuestro Máximo Tribunal ha señalado en el emblemático caso "Halabi", que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Sin embargo, los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 CN) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el mismo afectado. De allí que la Corte puntualice que la petición debe tener por finalidad la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando este pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos.

Cabe destacar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha previsto en su artículo 14 que "En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general".

Lorenzetti y Garrido Cordobera han sostenido que, en el derecho individual, el interés también es individual, así como su legitimación, mientras que cada interés es diverso de otro. Por tanto, cada afectado es titular de su propia acción y obtendrá sentencia en un proceso bilateral. En los derechos de incidencia colectiva el bien afectado es colectivo, el titular del interés es el grupo (no un individuo) y podría existir una legitimación difusa en cabeza de uno de los sujetos que integran el grupo (interés difuso), de una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo) o del Estado (interés público).[2]

Cabe puntualizar que en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en concordancia con el mentado artículo 43, se erige el artículo 14 donde se establece que

> Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo

2. Lorenzetti, Ricardo, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. 1, pp. 73-74 y Garrido Cordobera, Lidia, "Los derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial (Art. 14)", p. 3. Disponible en: http://www.acaderc.org.ar/los-derechos-individuales-y-de-incidencia-colectiva-en-el-codigo-civil-y-comercial-art.-14 [fecha de consulta: 09/10/2019].

> acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte.
> Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor.
> El agotamiento de la vía administrativa no es requisito para su procedencia.
> El procedimiento está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad. Todos los plazos son breves y perentorios. Salvo temeridad o malicia, el accionante está exento de costas.
> Los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva.

Asimismo, cabe la mención de las acciones colectivas en materia de salud (art. 20 CCABA) y las atribuciones de la Defensoría del Pueblo (art. 137 CCABA).

El proceso colectivo

De conformidad con lo establecido por los integrantes de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario,

> Se entiende por proceso colectivo todo aquel en que se debatan derechos o intereses colectivos, aquellos en los que la legitimación activa se funde en lo dispuesto en el artículo 14, segundo párrafo de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como los que tengan por objeto bienes colectivos y los que promuevan la tutela de intereses individuales homogéneos, cualquiera que fuese la vía procesal escogida.[3]

Como se adelantó, la idea tradicional del juicio o proceso ha cambiado con el tiempo. De algún modo se ha traspasado la línea del caso individual o interés particular mutando en otro más complejo, supraindividual

3. Anexo I, Acuerdo Plenario N° 04/2016, CCAyT CABA.

o plurilateral y que abarca a una diversidad de personas (que pueden o no ser parte del proceso). En este último caso se habla de proceso colectivo vinculado a bienes colectivos o a bienes individuales homogéneos.

En palabras de Lorenzetti, el proceso colectivo es aquel que "tiene pluralidad de sujetos en el polo activo o pasivo con una pretensión referida al aspecto común de intereses individuales homogéneos o bienes colectivos y una sentencia que tiene efectos expansivos que exceden a las partes".[4]

También se ha dicho que una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo admitiendo los efectos de la cosa juzgada.[5]

Los plenarios de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario

Primigeniamente el Acuerdo plenario N° 05/2005, del 30/11/05 estableció la creación del Registro de Amparos Colectivos del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Así en su Anexo I se dispuso:

> Art. 1. Créase en el ámbito de la Secretaría General de la Cámara el Registro de Amparos Colectivos, donde se asentarán los datos que en la oportunidad prevista por el art. 3 comunicarán lo señores magistrados.
> Art. 2. Se entiende por amparo colectivo todo aquel en que se debatan derechos o intereses colectivos, como así también el dirigido contra actos u omisiones susceptibles de afectar el derecho de varias personas, o bien cuando la legitimación activa se funde en lo dispuesto por el art. 14, segundo párrafo, de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.
> Art. 3. Dentro de las 24 horas de recibido un amparo colectivo, el magistrado comunicará a la Secretaría General de la Cámara los datos del expediente (nombre de las partes y sus letrados, y fecha y hora de

4. Lorenzetti, Ricardo, *Justicia Colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 75.

5. Guidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 31.

asignación) y el objeto de la pretensión a fin de ser incorporados al Registro. Si del Registro resultara que en otro tribunal se encuentra radicado con anterioridad un proceso donde se debatan cuestiones análogas, la Secretaría General lo hará saber sin demoras al magistrado oficiante, a los fines que correspondan.
Art. 4. Las constancias del Registro de Amparos Colectivos son públicas.

Con el transcurso de los años y la práctica, las diferentes vicisitudes, la misma experiencia de la Corte Suprema de Justicia en casos como "Halabi" y "Padec", como lo aprobado por sus Acordadas N° 32/2014 y N° 12/2016 (sobre la que más adelante se ahondará), aun cuando el sistema implementado había merecido elogios,[6] se dio lugar a la primera reforma de la Cámara de Apelaciones a través del Acuerdo plenario N° 04/2016 que pretendió brindar una mayor funcionalidad al mentado Anexo I antes transcripto. Así se decidió en un nuevo anexo:

1. Reformular el artículo 1, modificando la referencia a los "amparos colectivos" por la de "procesos colectivos".
2. Reformular el artículo 2, en los siguientes términos: "Se entiende por proceso colectivo todo aquel en que se debatan derechos o intereses colectivos, aquellos en los que la legitimación activa se funde en lo dispuesto en el art. 14, segundo párrafo, de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como los que tengan por objeto bienes colectivos y los que promuevan la tutela de intereses individuales homogéneos, cualquiera que fuese la vía procesal escogida".
3. Reformular el artículo 3, que quedará redactado del siguiente modo: "Para el sorteo de un proceso colectivo, el letrado presentante deberá denunciar a la Secretaría General del fuero dicha circunstancia en el formulario de inicio e identificar de manera clara el objeto de la pretensión, informando de modo preciso el bien colectivo del que se trata o, en caso de intereses individuales, la causa fáctica o normativa homogénea y del elemento colectivo que sustenta el reclamo. Asimismo, deberá agregar una copia de la demanda, la que será digitalizada y reservada en la Secretaría General mientras que el formato papel será archivado en el Registro de Procesos Colectivos. La Secretaría General procederá a la anotación y publicación del denunciado proceso colectivo y en ella se dejará expresa constancia

6. Ammirato, Aurelio, "Hacia la construcción de los procesos colectivos" en Scheibler, Guillermo (coord.), *Cuestiones de Derecho Urbano*, Buenos Aires, ADA, Librería Editora Platense, 2017, pp. 103/104.

de la fecha y hora de inicio, número de causa y Juzgado y Secretaría sorteados. La difusión se hará a través del sitio web del Consejo de la Magistratura instrumentado a tal fin.

Asimismo, si del Registro resulta que en otro tribunal se encuentra radicado con anterioridad un proceso donde se debatan cuestiones análogas, la Secretaría General lo hará saber al titular del Juzgado que resulte desinsaculado cuando remita el expediente.

Recibida la causa por el tribunal de radicación, el/la magistrado/a –conforme los plazos legales aplicables y más allá de lo que resulte pertinente en torno a la admisibilidad de la causa- definirá si efectivamente se trata de un proceso colectivo, debiendo informar a la Secretaría General al día siguiente de su resolución aquellos supuestos en los que su decisión importe apartarse de lo denunciado por el letrado presentante o eventuales rectificaciones que correspondan.

Para aquellos casos donde se omita denunciar el carácter colectivo de un proceso por parte del letrado de la parte actora y que así sea considerado por el/la magistrado/a actuante, deberá este último poner en conocimiento a la Secretaría General dicha circunstancia dentro del plazo de un (1) día de adoptada esa decisión con el fin de que se proceda a la anotación en el Registro y a dar la publicidad pertinente. Deberá, asimismo, acompañarse fotocopia de la demanda para archivar con las constancias del Registro de Procesos Colectivos.

A tenor de la eventual sensibilidad de la información involucrada como también la existencia de medidas cautelares, solo el/la juez interviniente podrá disponer la difusión total o parcial de la demanda, lo que hará saber a la Secretaría General a fin de que se ingrese al portal web del Consejo de la Magistratura junto con la anotación existente y con el fin de brindar mayores precisiones sobre el proceso colectivo iniciado.

Una vez firmes, las sentencias definitivas, deberá remitirse una copia a la Secretaría General con la finalidad de que sean publicadas en el portal de internet del Consejo de la Magistratura y sean agregadas junto a la registración del expediente respectivo.

En primer término, como surge del texto transcripto, existe una oportuna modificación de la registración del "amparo colectivo" al "proceso colectivo". Consiste en un acierto toda vez que, si bien la figura del amparo fue y seguirá siendo la vía procesal más elegida, no cabe dejar de lado otras, puesto que implicaría mantener al margen un importante universo de acciones (p. ej. la acción meramente declarativa). En razón de ello, se ha ajustado la definición prevista en el artículo 2.

Finalmente, en el artículo 3 se establece el marco procedimental para la registración y actuación en la instancia jurisdiccional. Se parte con la misma presentación y la labor que queda en cabeza de la Secretaría General de la Cámara. Con el sorteo de la demanda se requiere de la pertinente anotación en el Registro de Procesos Colectivos. Ello involucra identificar datos elementales como los de las partes involucradas, el objeto de la pretensión donde se describirán las circunstancias del caso, la normativa cuestionada, etcétera. Asimismo, se dejará constancia del Juzgado y Secretaría que resultaren sorteados, fecha y hora de inicio, así como el número de la causa.

Este procedimiento conlleva guardar una copia de la demanda y que los datos anotados en el Registro sean volcados, a su vez, en el sitio *web* del Consejo de la Magistratura.

La anotación primigenia no deja de ser una anotación provisional puesto que quien decidirá su permanencia en el Registro o su baja será el juez interviniente como director del proceso dentro de las 24 horas de adoptada la decisión.

A partir del sorteo y su anotación como colectivo, se requiere que la Secretaría General, previa remisión al Juzgado y Secretaría desinsaculados, indague en el Registro de Procesos Colectivos con la finalidad de poder advertir si existen otros casos similares o análogos. Para el caso de que la requisa fuera positiva, se hará saber la existencia de una o más causas previas que fueron registradas y ante qué Juzgado y Secretaría tramitan. De igual modo, si de la búsqueda no se encontrase coincidencia alguna también requerirá de un informe en el que un funcionario plasme dicha circunstancia para poner en conocimiento al magistrado del Juzgado sorteado.

También el nuevo anexo del Acuerdo plenario admite el supuesto en que la causa sea presentada, sorteada y remitida al Juzgado y Secretaría desinsaculados pero como un proceso individual. En tal caso, el juez siempre tendrá la oportunidad de admitirlo como colectivo por lo que con la decisión deberá remitir un oficio a la Secretaría General con copia de la demanda. Con dicho anoticiamiento, en la Secretaría General se tomará nota de los datos preponderantes a los efectos de la anotación (Juzgado, Secretaría, número de expediente, partes, objeto procesal, etc.), indagará el Registro y hará saber la existencia o no de constancias análogas. Con la mayor premura contestará dicho oficio

haciendo saber al juez interviniente de su inclusión en el Registro y sobre la existencia o ausencia de otros procesos análogos con el fin de que el magistrado pueda continuar con el trámite.

Lógicamente que si de la constancia de causas previas el magistrado decide su remisión para la tramitación en el Juzgado sorteado en primer término deberá también dejarse constancia (además del sistema informático) en el Registro de Procesos Colectivos para mantener actualizada dicha base de datos.

En todos los casos siempre la Secretaría General deberá dar publicidad a través de la página *web* del Consejo de la Magistratura (www.jusbaires.gov.ar). De esta manera se asegura el acceso a la información de carácter público. Para ello bastará acceder a la dirección *web* y desde el menú principal mediante la opción "Jurisdicción" y "Fuero CAyT" habilitará la elección del "Registro de Procesos Colectivos". En dicha página podrá accederse además al Reglamento de Procesos Colectivos y los datos de contacto de la Secretaría General de la Cámara de Apelaciones.

En suma, existe en la actualidad un tratamiento o regulación que desde la referida Cámara de Apelaciones se le ha brindado a la cuestión. Este Reglamento fruto de los acuerdos plenarios señalados constituye una importante herramienta pero que, como en otros fueros, se encuentran a la espera de una ley que defina el cauce definitivo. Sin embargo, hasta que ello acontezca los jueces no pueden mantenerse ajenos a esta realidad y deben velar por el más eficiente progreso de este tipo de acciones colectivas.

Paralelismo con el tratamiento de la CSJN

Definitivamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resultado pionera ante la falta de normas que regulen al proceso colectivo. Fue a partir de la Acordada N° 32/2014 que en su artículo 1 dispuso:

> Crear el Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante los tribunales del Poder Judicial de la Nación, que funcionará con carácter público, gratuito y de acceso libre, en el ámbito de la Secretaría General y de Gestión de esta Corte.

Así mediante su anexo dispuso del Reglamento el que establece en su artículo 1 que "En el Registro se inscribirán ordenadamente

todos los procesos colectivos, tanto los que tengan por objeto bienes colectivos como los que promueven la tutela de intereses individuales homogéneos…".

Asimismo, se dispuso que cualquier tipo de proceso colectivo corresponde su anotación tales como juicios ordinarios, amparos, hábeas corpus, hábeas data u otros (art. 2).

La comunicación queda en cabeza del magistrado actuante que, por vía electrónica deberá poner en conocimiento los datos preponderantes tales como: nombres de las partes, letrados, domicilios, identificación de la clase involucrada, objeto de la pretensión, la intervención del Ministerio Público Fiscal (arts. 3 y 4).

A partir de dicha información es que la autoridad responsable de la Corte Suprema efectuará la anotación o hará saber al juez de alguna observación y lo registrará provisionalmente. También se hará saber la existencia de otras causas análogas (art. 5).

Finalmente, también se podrá acceder de manera libre y gratuita mediante la página *web* del Tribunal (art. 7).

Posteriormente, el 5 de abril de 2016 el máximo Tribunal avanzó sobre la Acordada N° 12/2016. En esta oportunidad la Corte aprobó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos.

Su fundamento radicó en varias cuestiones como el cumplimiento dispar de la obligación de informar por parte de los tribunales, la falta de cambios de radicación en causas similares, así como consultas, sugerencias y aportes que fueran efectuados.

Por otra parte, se invitó a los Superiores Tribunales de las Provincias y de la Ciudad de Buenos Aires a celebrar convenios con la finalidad de compartir la información almacenada y facilitar el acceso recíproco.

Asimismo, la Corte dejó en claro que la aprobación del reglamento y su aplicación regirán hasta que el Poder Legislativo sancione una ley que regule los procesos colectivos.

En este nuevo Reglamento, se puntualizó acerca de: Vigencia y ámbito de aplicación (art. 1); Requisitos de la demanda (art. 2); Subsanación de omisiones y consulta al Registro (art. 3); Requerimiento de remisión al juez que previno (art. 4); Carácter de irrecurrible del tipo procesal colectivo (art. 5); La registración e imposibilidad de una nueva anotación en supuesto de semejanza con su consecuente remisión al tribunal primigenio (arts. 6 y 7); Prosecución del trámite por el juez

de la causa así como la remisión de las resoluciones adoptadas que resulten relevantes (arts. 8, 9 y 10); Deberes de los jueces, procedimientos especiales y comunicaciones (arts. 11, 12 y 13).

El Registro de Procesos Colectivos local

Es indudable que el crecimiento de reclamos colectivos se ha incrementado en los últimos años. Sin embargo, tengo la convicción de que la modificación reglamentaria en 2016 ha sido un aspecto fundamental en materia de registración respecto de los más diversos objetos tales como: salud, tarifas, tutela sindical, educación, clausuras, cuestiones edilicias u obras, patrimonio histórico y cultural, licitaciones, cuestiones ambientales, consumidor, urbanización, empleo, acceso a la información, transporte y movilidad, habitacional.

A modo ilustrativo cabe puntualizar que entre 2010 y 2015 se cuenta con un promedio de aproximadamente 40 anotaciones anuales con la salvedad de 2013 (que muestra un incremento del 50%). Desde 2016 el ingreso promedio se ve aumentado registrándose 61 causas; 68 en 2017; 96 en 2018; y en el primer semestre de 2019 se superan las 40 anotaciones.

De los últimos dos años predominan procesos colectivos vinculados a "obras" (p. ej., suspensiones, permisos, etc.) y "educación". Le siguen, en menor medida, la temática consumeril y habitacional. En el año 2017, el objeto "educación" involucra aproximadamente un 22% de los casos registrados. Dicho porcentaje se reduce a la mitad en el 2018. En el caso de litigios vinculados a "obras edilicias" tanto en 2017 como en 2018 representan aproximadamente un 13%.

No obstante ello, como se adelantaba, se evidencia un importante crecimiento de las anotaciones en el Registro desde las modificaciones introducidas a través del plenario de 2016. Basta con remitirse a los números de los últimos dos años para apreciar un importante incremento con relación a los anteriores. Incluso, de mantenerse la tendencia del primer semestre de 2019, se involucrará una cifra similar a la mayor registración histórica (2018).

Por otra parte, y como ya se dijo, en materia de anotaciones, no es menor la ampliación del tipo de proceso involucrado, es decir, del "amparo" colectivo al "proceso" colectivo, pues de esta manera se

involucra un universo mayor de casos. Cabe apuntar que, del total de los dos años analizados (2017-2018), se arriba aproximadamente a un 10% de registraciones que, por cierto, hasta la reforma plenaria se mantenía ajeno al Registro.

Desafíos dilemáticos y colectivos de la judicatura local

Aun cuando la idea de este trabajo se vincule al fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, lo cierto es que los desafíos trasuntan los casos específicos, por lo que la problemática factiblemente resulte común a todas las jurisdicciones.

Empero, cabe coincidir con lo expuesto por De la Riva acerca de que los procesos colectivos ubican al juez en un terreno distinto de aquel que le resulta habitual entre dos o más partes contendientes. Así los procesos colectivos pueden, por momentos, someter a decisión judicial situaciones conflictivas más bien propias del legislador o de la autoridad administrativa por lo que el marco judicial no se demuestre en muchas ocasiones como el más propicio.[7]

De ahí que los jueces, a criterio de este autor, tengan este doble desafío ya señalado, por un lado lidiar con temas (objetos procesales que involucran intereses o bienes colectivos) que carecen de una regulación y cauce procesal específicos. Y, en segundo término, bregar con situaciones complejas, muchas veces dilemáticas, que pueden involucrar aspectos de competencia, representatividad, cosa juzgada, y la misma dificultad de la decisión en sí y su ejecución.

Sobre el primer punto se ha referido previamente sobre la importancia y necesidad de contar con una regulación propia y acorde a este tipo de procesos, ya que muchas veces el quehacer judicial debe nutrirse de herramientas propias de otros poderes (p. ej. conformación de reglamentos) con el fin de brindar un tratamiento al menos razonable y uniforme para no transformar su arbitrio en arbitrariedad y con el firme objetivo de brindar soluciones que garanticen la seguridad jurídica que se vislumbra en la consecución de un obrar constante pero, principalmente, coherente.

7. De la Riva, Ignacio, "Procesos Colectivos", en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Cuestiones del Contencioso Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2007, pp. 162-163.

Por lo tanto, a partir del Reglamento de Procesos Colectivos los jueces cuentan con un primer paso de índole reglamentario que, en la medida en que se cumpla, permitirá encauzar las acciones que se presenten.

Sin embargo, estas primeras pautas no brindan todas las soluciones que los magistrados necesitan frente a la problemática procesal y de fondo. Por lo que aquí se vuelve a puntualizar en el ingenio, saber, agudeza y prudencia judicial.

En materia procesal se recurrirá a un insuficiente código de procedimientos, se analizará el tipo de acción promovida (mayormente el amparo) y su representatividad, los canales de difusión, se constituirá el juez más que nunca en director del proceso recurriendo al conocido activismo judicial y además se vislumbran audiencias conciliatorias en la búsqueda de soluciones concretas.[8] Un análisis aparte merecerá, en su caso, la ejecución de la sentencia.

En materia de fondo, en muchas ocasiones requerirá de las ciencias. Aquí me detengo con alguna breve reflexión, pues si bien en la mayoría de los textos jurídicos se apunta al dilema procesal, lo que es absolutamente cierto, no tantos reparan en las cuestiones de fondo y prueba que también constituyen un aspecto importante en muchos procesos colectivos. Es cierto que suele apreciarse la prueba documental, la informativa, los testigos y el reconocimiento judicial para la solución de muchos casos (art. 9, Ley N° 2145), sin embargo, me interesa detenerme en aquellos litigios que involucran el saber científico. Y ello, claro está, sin soslayar el estrecho marco que en el juicio de amparo la referida Ley N° 2145 otorga y que, por otra parte, existen otros cauces procesales posibles.

En este sentido, la Dra. Schafrik también ha puntualizado en el rol del juez como "director del proceso", indicando la necesidad de la búsqueda de soluciones justas y razonables a través de canales procesales creativos y describiendo también cómo el fuero local ha demostrado la necesidad de recurrir a medios de prueba atípicos en la búsqueda de justicia.[9]

8. Ver un interesante análisis: Donzelli, Belén, "Los recursos del juez frente a los procesos colectivos y estructurales", en *Ab-Revista de Abogacía*, N° 1, Año 1, mayo de 2017.

9. Schafrik de Núñez, Fabiana, "Una mirada procesal de los denominados derechos económicos, sociales y culturales", en *Implementación de sentencias judiciales colectivas. Derechos económicos, sociales y culturales. Desafíos y perspectivas en el fuero contencioso, administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Eudeba, 2013, p. 121.

Pensemos que frente a casos dilemáticos, los jueces deberán fallar en cuestiones de patrimonio cultural, medioambiente, sustentabilidad en consumo, decisiones médicas que involucren la bioética, entre tantos otros temas. Y la pregunta que puede formularse es: ¿Con qué herramientas cuentan?

En la currícula de la facultad no se halla la materia "patrimonio cultural" (quizás la vemos indirectamente), en arquitectura, o en la misma bioética que ha tomado auge en los últimos años y forma parte mayormente de estudios de posgrado. Por lo que la realidad actual demuestra que los jueces deben abarcar muchos más temas que años atrás, estar en contacto con más ciencias y evaluar la proyección de su decisión más allá del "caso particular tradicional" al involucrar un conjunto determinado o indeterminado de destinatarios.

Todo ello conlleva la obligación de los magistrados a formarse más y contar con el apoyo auxiliar especializado, particularmente el que pueden aportar los peritos.

Y aquí nace una nueva situación, cuán formados están los peritos desde la "especialidad". Pues, si el juez se apoya en el saber de un especialista, nada peor que el caso del experto inexperto, claro, siempre desde la óptica del caso complejo, que es la idea de esta reflexión. Desde luego que las conclusiones del especialista no podrían admitirse como una verdad revelada, más bien deberán someterse a la sana crítica del juez que, para ello, necesita de todos los elementos para efectuar un correcto análisis.

Este aspecto conduce a un nuevo desafío de la Corte, Superiores Tribunales, Cámaras de Apelaciones y el Consejo de la Magistratura local, en cuanto a la rigidez y prudencia en la selección de expertos en la búsqueda de la solvencia, probidad y, en definitiva, excelencia. Y, con ello, la necesidad de establecer especialidades muy específicas que resulten de utilidad para casos dilemáticos.

Ahora bien, más allá de contar con buenos peritos, muchas veces la complejidad de los casos lleva a la búsqueda de opiniones más calificadas, aun a tenor de la especialidad.

Pensemos en lo siguiente: frente a una pregunta jurídica sencilla ningún abogado dudaría en recurrir a un manual o texto genérico, pues lo elemental de la pregunta habilita un texto que no tenga gran profundidad teórica. Ahora bien, frente al interrogante complejo seguramente recurriremos a un tratado completo, un código comenta-

do, una importante obra doctrinaria que pueda analizar las diversas variantes y nos orienten en una respuesta o solución.

Bajo este razonamiento, en materia de solución de casos colectivos dilemáticos, parece una buena costumbre vincularse con las ciencias que puedan estar comprometidas a través de academias, cuerpos de peritos, institutos científicos públicos o privados de intachable trayectoria que puedan brindar herramientas a los jueces en la búsqueda de soluciones frente a problemas complejos que forman parte de muchos reclamos colectivos. Parte de estas herramientas podrían incluso instrumentarse a través de convenios de cooperación o la creación de cuerpos especiales, aunque dependientes del Poder Judicial. En definitiva, un importante desafío que debe ser planteado y analizado con profundidad.

Corolario

La ausencia legislativa constituye un importante obstáculo para la judicatura que requiere recurrir a reglamentaciones que den un tratamiento correcto y uniforme de los casos colectivos que trascienden la óptica del conflicto individual. Por lo tanto, constituye una labor prioritaria del Poder Legislativo velar por una pronta normativa específica.

Por lo pronto, es una obligación de los jueces, partes y abogados actuar con la prudencia y diligencia con el fin de brindar soluciones a los casos complejos que se presentan.

A partir del actual Reglamento del Registro de Procesos Colectivos (reforma de 2016) se ha demostrado el incremento de las registraciones y permite contar con mayores alternativas para unificar el procedimiento y brindar un tratamiento acorde hasta tanto se sancione la correspondiente ley. Sin embargo, es indudable el desafío al que se enfrenta la judicatura local en el marco de litigios colectivos complejos no solo desde la óptica procesal sino también la de la solución de fondo y, con ello, la posterior ejecución de la sentencia.

Audiencias públicas: legitimación, representación adecuada y caso

Pedro Galmarini*

Planteo del tema

El objeto del trabajo se circunscribe a analizar la posibilidad de cuestionar –en sede judicial– actos de gobierno (entiéndase leyes o disposiciones del Ejecutivo, en sus distintas formas) cuando los potenciales litigantes asumen que se ha omitido la convocatoria a una audiencia pública, no obstante, la evidencia de que lo que se decide a nivel normativo no afecta un derecho de quienes se presentan ante el Poder Judicial.

Lo que interesa dilucidar encuentra su punto de mayor complejidad en determinar si la habilitación legal que tienen las personas para participar en audiencias públicas se extiende a la aptitud para demandar tanto el cumplimiento de la actividad omitida (la convocatoria y desarrollo de aquella –acto antecedente–) como la declaración de ilegitimidad de las conductas que se llevan a cabo a partir de la entrada en vigor de la normativa de que se trate –acto consecuente–, siempre que la producción del acto antecedente fuera condición para la validez del acto consecuente.

En suma, si el impedimento del ejercicio material de esta manifestación de democracia participativa otorga derecho a cuestionar la actividad del gobierno o de terceros a partir de la omisión del Estado (Poder Ejecutivo o Legislativo según el caso) en la convocatoria a audiencia pública ante un supuesto que lo exige.

* Abogado (UBA). Especialista en Derecho de Daños. Secretario letrado Sala II, Cám. Cont. Adm. y Trib. CABA. Ejerció la docencia desempeñándose en las materias Obligaciones Civiles y Comerciales, Constitucional y Administrativo, Derecho de Consumo y Defensa de la Competencia, entre otros cursos dictados. Autor de numerosas publicaciones (artículos doctrina, notas a fallos y obras colectivas).

Objeto de audiencias públicas

La audiencia pública, más allá de las distintas opiniones que pueden considerarse a partir de las perspectivas desde las que se justifica su existencia, puede definirse como:

> … el procedimiento que permite exponer, intercambiar y refutar opiniones técnicas y, como consecuencia, ratificar las percepciones iniciales de sus partícipes o bien modificarlas como consecuencia del debate. Es el mecanismo apto no solo para salir de la ignorancia sino también para construir alternativas que permitan formular una síntesis que dé cabida a la mayor cantidad posible de opiniones diferentes, pero no contradictorias.[1]

Es una figura que –por su naturaleza, concepción y repercusión– contiene múltiples facetas, impone condiciones y ofrece una rica variedad de matices.

Faz: democracia participativa

La audiencia pública propicia un mecanismo de deliberación abierto y amplio, aunque técnico, que permite escuchar toda voz con voluntad de aportar argumentos idóneos en relación con la decisión final y formal que se adopte sobre el asunto que motivó la convocatoria a dicha audiencia.

La idea es que se trabe una dinámica de actuación recíproca entre quienes están legalmente facultados para asumir la decisión precedentemente indicada y los administrados (interesados y/o potencialmente afectados por lo que, de modo mediato, resulte de tal acto).

El debate habría de concentrarse en las razones que fomentan la política de Estado que pretende ordenarse a través de la forma (ley o reglamento) que, al cabo, albergará el contenido orgánico y con fuerza legal de la voluntad estatal.

1. CSJN, Fallos: 339:1077, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", 18/08/2016, del voto del ministro Rosatti.

Faz: formación de la voluntad estatal

Esta faceta conecta simultáneamente y sin solución de continuidad con la descripta en el punto anterior. La formación de la voluntad estatal, ante supuestos en los que el acto preliminar resulta obligatorio, es precedida justamente de un procedimiento que habilita la posibilidad de escuchar a aquellos que pretendan verter su opinión en los términos indicados, aun no siendo vinculante lo que postulen en el marco de dicho acto.

Se trata de un relativamente novel paradigma del proceso de asunción de decisiones estatales; incide directamente en la construcción de política pública y, por tanto, en la atención de las necesidades básicas de la sociedad mediante el mejoramiento constante y permanente de los servicios regulares que el Estado está obligado a brindar. Encuentra su génesis en la necesidad de dejar de lado el vetusto funcionamiento del Estado, operado mediante decisiones inconsultas en materia de derechos fundamentales.

Tal concepción reposa sobre la idea impuesta y desvirtuada de que, una vez ejercido el derecho al sufragio, quienes han recibido el mandato para tomar decisiones legislativas o ejecutivas por parte de los ciudadanos habilitados a votar, pueden ordenar la vida de la sociedad a su antojo, o, peor aún, a imagen y semejanza de los intereses de unos pocos que, a esa altura, ya cuentan con el privilegio de ejercer cargos públicos, con las facultades que trae aparejadas en el sentido lato significado.

Faz: informativa

La audiencia pública entraña una función informativa. No es admisible obviar la incidencia que tiene en la sociedad el acceso a la información.

Además de un derecho establecido en el artículo 42 de la Constitución Nacional, se trata de una herramienta materialmente esencial para ejercer adecuadamente los derechos fundamentales previstos en dicho cuerpo legal.

La información es un presupuesto para lograr el cometido asignado al resto de los derechos conferidos para una regular vida en

sociedad. Sin ella adolecemos de *ceguera institucional*; quedamos fuera del núcleo de sujetos que cuentan con la posibilidad de adoptar conductas conscientes sobre la base del conocimiento de las causas y consecuencias que determinan la toma de decisiones de gobierno.

Existe una suerte de umbral, a veces difuso, que fija el límite entre la manifestación o no de la relación de causalidad que debe existir para considerar no vulnerado el derecho a la participación en una audiencia pública, representada en la información recibida (causa) y conductas asumidas a partir de ella (consecuencia). Desde ahí, únicamente desde ese punto, que opera de modo inflexible, es posible no condicionar nuestra decisión; es menester proveer a nuestro raciocinio de premisas y elementos de convicción primarios que clausuren todo intento de justificación de elección de una opción errónea conforme a decisiones inconscientes. Ello así por haber contado con la posibilidad elemental de acceder a información suficiente y veraz.

La información, en la actualidad, es tal vez el elemento más preciado para asumir decisiones. Así, en materia de audiencias públicas, también resulta necesario que el proceso de formación de la voluntad estatal no adolezca del elemento fundamental: la participación ciudadana habilitada al efecto.

Faz: preventiva

La razón de ser de esta faceta se sustenta en que su cumplimiento impacta en dos aspectos que la constituyen en tal. Uno, supone la regularidad del procedimiento legalmente establecido. Hacer caso omiso sobre este eslabón del engranaje que concluye con la sanción o dictado de la norma que requiere una audiencia pública previa deja expuesta la situación a la frustración del objetivo buscado con la instauración de un nuevo ordenamiento normativo, en tanto la consecuencia jurídica de dicho accionar es la nulidad del acto. El otro, ya desde el costado sustantivo, porque dicha reunión hace propicia la ocasión para hacer ostensible toda posibilidad de afectación de derechos, en la medida en que es la oportunidad para poner de manifiesto cualquier circunstancia que pudiera motivar el menoscabo de derechos de las personas; o bien, que hay otras maneras de que los derechos que se pretenden pro-

teger con la normativa en ciernes sean más eficaces y representativas de la realidad circundante.

En suma, su regular ejecución se presenta como un mecanismo eficaz para despejar todo eventual vicio que pudiera producirse en el *iter* del procedimiento tendiente a fijar una decisión del Estado a través de los órganos habilitados al efecto, al tiempo que permite verificar potenciales daños a terceros: una síntesis del cumplimiento del debido proceso adjetivo y sustantivo.

Faz: colectiva

Es indudable que se trata de un mecanismo de incidencia colectiva, que atañe a los derechos de tercera generación con influencia directa en el sustrato de aspectos que involucran la vida en sociedad.

Es uno de los medios establecidos para garantizar la participación ciudadana y, por lo tanto, de ejercer democracia participativa.

Amicus Curiae: supuesto de participación ciudadana afín a la figura de la audiencia pública

En línea con lo expuesto en el último ítem del punto precedente, resulta ilustrativo combinar las figuras legales que se traducen en medios para ejercer democracia participativa. Es la forma adecuada de advertir las diferencias entre ellas, pero más aún determinar la función que la audiencia está destinada a cumplir, y que el resto no puede suplir.

Si bien existen figuras que atienden dicha faceta de la democracia, involucran aspectos más allegados a derechos eminentemente políticos (*v. gr.* consulta popular). En cambio, las descriptas en el primer párrafo tienen vocación de incidir de modo inmediato o mediato en el proceso colectivo. Por eso, en ellas se concentrará el análisis y desarrollo de este apartado.

Semejanzas

a. Interés público: la producción de hechos y actos que ostentan tales figuras trasciende el interés de las partes. No se constituyen

a los efectos de satisfacer un resultado que incida en un sujeto o grupo de sujetos reducido, sino que quiebra la lógica de lo individual para construir un sentido colectivo material, concreto y funcional a un objeto común, ajeno a intereses particulares.

b. Popular: motiva y propende a la participación ciudadana, dentro o fuera del pleito. Hay ejemplos de convocatoria a audiencias públicas en el marco de procesos judiciales.[2]

c. Existencia de interés vs. intervención técnica: si bien puede haber interés de aquel que pretende hacer uso de estas vías, no necesariamente ha de manifestarse para quedar habilitado a participar. Más allá de que, reparando en la tradicional distinción entre derecho subjetivo, interés simple, difuso y colectivo, podría trazarse una línea divisoria en torno a la posibilidad de intervención en la audiencia pública, lo cierto es que, incluso en esta, conforme la naturaleza de los derechos en juego podría asistir cualquier ciudadano. Empero, en ese carácter, solo podría hacerlo en calidad de participante, es decir, vedada su intervención activa por la autoridad competente a cargo de su dirección.[3]

   En síntesis, en la audiencia pública la posibilidad de participación o intervención dependerá de la invocación (y/o –eventualmente– acreditación) de un interés suficiente que las justifique, lo cual finalmente dependerá de la intensidad o gradación del derecho y bien jurídico presuntamente afectados, o cuyo menoscabo pretenda evitarse (faz preventiva).

   No obstante, el punto de comunión, incluso de inflexión, entre ambas figuras radica en que cuando intervienen especialistas con el objeto de ilustrar a los que tienen que asumir una

2. "Con referencia al sistema de audiencias públicas, en algunos casos trascendentes donde se ventilaban conflictos colectivos (planteados como tales o solapados en pretensiones de carácter individual) la Corte Suprema procedió a su implementación, aun cuando no existe regulación específica sobre la materia como ocurre en el caso del *amicus*. A tal fin el tribunal se valió de las facultades-deberes ordenatorios que le confiere el art. 36, inc. 2, a, del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, así como de los arts. 83 y 92 del Reglamento de la Justicia Nacional" (Verbic, Francisco, *Procesos Colectivos*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 350).

3. Ver diferencia entre "participación" e "intervención" en Ley N° 6, BOCABA N° 420 de 1998.

decisión en el asunto de índole administrativa, legislativa o judicial, debe exigirse como condición la ausencia de opinión que denote interés particular, sectorial o corporativo en el fondo de la cuestión. Es necesario, justamente, el sentido de imparcialidad para que se cumpla con la finalidad para la cual se pretende o acepta dicha intervención, cual es: aportes objetivos a partir del conocimiento técnico de quien hace uso de la figura para expresar su parecer o es convocado al efecto.

d. Presentación voluntaria o convocada: en ambos casos puede ocurrir que la presentación sea espontánea o con motivo de la citación por parte de un tribunal. Debe mediar trascendencia institucional o interés público suficiente.
e. No vinculante: en cualquiera de los casos no se trata de intervenciones vinculantes, mas sí habrían de tener incidencia en la opinión de quienes deben definir la situación que ha oficiado de marco a que tales figuras se presenten propicias para aportar elementos de convicción a la decisión a la que, al cabo, se arribe.

Diferencias

a. Regulación: la figura del *amicus curiae* ha sido contemplada en la Acordada N° 28/04.[4] También, a nivel local, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), en la Ley N° 40.[5] En el caso de audiencias públicas, la regulación tiene aplicación en

4. En la Acordada N° 28/04 se establece la posibilidad de que los terceros que cuenten con una conocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso puedan presentar argumentos de trascendencia para la decisión del asunto.

5. Ley N° 40, Art. 22: "Cualquier persona, puede presentarse en el proceso en calidad de asistente oficioso, hasta diez (10) días antes de la fecha de celebración de la audiencia. En la presentación deberá constituir domicilio en la jurisdicción. Su participación se limita a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate. El/la juez/a de trámite agrega la presentación del asistente oficioso al expediente y queda a disposición de quienes participen en la audiencia. El asistente oficioso no reviste calidad de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a estas. Las opiniones o sugerencias del asistente oficioso tienen por objeto ilustrar al tribunal y no tienen ningún efecto vinculante con relación a éste. Su actuación no devengará honorarios judiciales. Todas las resoluciones del tribunal son irrecurribles para el asistente oficioso. Agregada la presentación, el Tribunal Superior, si lo considera

instancias previas a la judicial. Así, verbigracia, en el ámbito nacional se prevé en el Decreto N° 1172/03, y en el caso de la CABA se encuentra regulada en la Ley N° 6.

b. Ejecución objetivo-subjetiva: las audiencias públicas son una instancia de debate, un procedimiento tendiente a lograr el objeto descripto en el punto 2 del presente trabajo. Por su lado, el *amicus curiae* necesariamente se constituye en cabeza de un sujeto, aun cuando pudiera ser de existencia ideal (asociación).
c. Operatividad legal: no resultan aplicables en las mismas instancias del proceso de decisión. Una (AP) está dispuesta para actuar en el marco del procedimiento administrativo y la otra (AC) en el proceso judicial. Sin perjuicio de ello, si bien excepcionalmente, ambas pueden ser consideradas como un instrumento o mecanismo válido e idóneo para la solución del asunto.[6]

Diálogo de fuentes

La audiencia pública y el *amicus curiae* no son figuras exclusivas ni excluyentes; por el contrario, pueden operar de modo complementario.

Como ocurre en otras disciplinas del Derecho, la complejidad de los casos que el tráfico de relaciones humanas e institucionales presenta en la actualidad exige diálogo permanente de fuentes.[7] Es por eso que tales figuras, así como todas las que ofrece el ordenamiento normativo, en la medida en que sean compatibles, deben ser empleadas con el menor reparo posible. Ello así siempre que su utilidad pueda producir resultados positivos e integrales sobre el problema circunstancialmente a resolver.

Si bien la prudencia es una conducta obligada para los operadores jurídicos, en ciertas ocasiones detenerse a distinguir teóricamente

pertinente, puede citar al asistente oficioso a fin de que exponga su opinión en el acto de la audiencia, en forma previa a los alegatos de las partes".

6. Köhler, Ricardo Carlos, *Amicus curiae*, Buenos Aires, Astrea, 2010, pp. 15-19.

7. Ibídem, pp. 241-242. A nivel normativo, "[e]n nuestro país se experimentó un significativo avance de la participación ciudadana en la actividad de la Administración pública (Poder Ejecutivo nacional), con la sanción del decr. 1172/03 [...], que implica la reglamentación en la materia de los arts. 1, 14, 33, 39, 40, 41, 42 y 75, inc. 22, de la Const. Nacional. Cuadra destacar que dicho decreto encuentra su similar para el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, por medio del art. 1 de la ley 6...".

sobre el alcance de cada una de las vías que ponen a disposición las fuentes del Derecho, obviando la importancia de su aplicación, podría resultar contrario al fin buscado con la creación de medios que, lejos de restringir, pretenden ampliar el campo de discusión, fomentando un escenario de debate e integración de elementos de convicción que de otra manera no tendría a su alcance quien lleve consigo el deber de asumir una decisión en el ámbito ejecutivo, legislativo o judicial.

Sin embargo, en lo que refiere al Poder Judicial, la dinámica expuesta solo sería factible en tanto no se viera afectado el derecho de defensa, la garantía de seguridad jurídica y los principios de congruencia, juridicidad, igualdad y razonabilidad. No obstante, es importante no soslayar que, en el marco de procesos colectivos, algunos son de aplicación relativa en el sentido de que los jueces cuentan con mayor margen de maniobra en relación con la dirección y administración de las herramientas de las que disponen para tratar y decidir los conflictos que se plasman en juicios de tales características. Ello responde a la naturaleza de los bienes jurídicos en juego, al grado o intensidad de las afectaciones que se suscitan en torno a tales (causalidad y prevención del daño), al alcance masivo de las decisiones que se adoptan al respecto y también, por qué no, a que aún no existe regulación normativa sobre la materia, lo cual tiene como correlato (traducido en límite), como se dijo, la necesidad de ser prudente al tomar decisiones en este tipo de procesos.

El principio de inmediación debe primar en asuntos como los que pueden quedar comprendidos cuando estas figuras adquieren preponderancia. Los conflictos judiciales o extrajudiciales no son ajenos a cualquier otro que encuentra en el diálogo la mejor herramienta para su solución. En ese contexto, las fuentes son el elemento fundamental para nutrirse de argumentos que sirvan de base para arribar a la solución más adecuada.

Ámbito de actuación judicial

Cabe plantear un interrogante como punto de partida para delinear los contornos de un trámite judicial en el que se pretenda cuestionar la validez de una norma como consecuencia de la violación al derecho ciudadano de participación en una audiencia pública. Ello

sobre la base de los presupuestos de toda acción judicial con tal objeto: caso, legitimación e interés suficiente.

Así, cabe preguntarse si tales requisitos se encuentran presentes ante la pretensión de cualquier persona que promueve un proceso judicial con motivo de haberse omitido la convocatoria a una audiencia pública, o bien si solo lo están en la medida en que la afectación invocada entrañe un menoscabo directo a su persona (o, eventualmente, a un grupo determinado) como corolario de la aplicación de la norma que lo produce.

Para responder dicha consigna, es necesario evaluar los presupuestos indicados e incluso los sistemas legales que rigen en un país con sistema federal de Gobierno, y, por tanto, en el que las jurisdicciones locales (24 Estados federados: 23 provincias y CABA) cuentan con la atribución constitucional de legislar en materia procesal.

En esa línea, habida cuenta de que resulta suficiente a los efectos seguidos en el presente artículo, solo se abordará el conocimiento de los sistemas que rigen a nivel nacional y en la CABA, no obstante, los criterios asumidos resulten aplicables al resto de las jurisdicciones.

En lo concerniente a los sistemas de control de constitucionalidad de ambas jurisdicciones, a nivel nacional solo rige el difuso. En cambio, en la CABA existe un sistema mixto, debido a que también es posible el control concentrado ante el Tribunal Superior de Justicia, en instancia originaria.[8]

La diferencia sustancial entre uno y otro es que en el control concentrado se realiza un mero confronte normativo, desprovisto de toda situación que importe la existencia de agravio.[9] Se ajusta a la naturaleza de una acción popular.[10]

8. Art. 113, inc. 2, CCABA.

9. El TSJCABA "… circunscribe el objeto de la acción prevista por el artículo 113 inciso 2 al control abstracto de constitucionalidad. Un juicio a la norma en el cual no se examinan los hechos propios de un caso concreto en el que se controvierten derechos opuestos, sino que se considera en abstracto la compatibilidad de un texto normativo con el constitucional. Control abstracto y directo que se diferencia del difuso, cuyo ejercicio procede por vía incidental, de excepción o defensa procesal, en el que la formulación de inconstitucionalidad no es principal sino que conforma los fundamentos jurídicos de la pretensión". Díaz, Mariana, en Basterra, Marcela (dir.), *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición comentada*, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2017, p. 1195.

10. "La 'acción popular' se refiere al supuesto en que una persona puede reclamar ante la justicia por cualquier acto o norma ilegítima o antijurídica con independencia de

Los presupuestos de existencia de acción judicial serán objeto de análisis en los apartados sucesivos.

Legitimación y representación adecuada

Como regla, se trate de bienes colectivos o intereses individuales homogéneos,[11] la legitimación es la que corresponde a los sujetos indicados en el artículo 43 de la Constitución Nacional: el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a proteger los derechos de incidencia colectiva.

Si bien a nivel nacional pareciera estar clara la delimitación de quienes están habilitados para ejercer la legitimación extraordinaria,[12] no podría afirmarse de modo categórico que en el ámbito de la CABA ocurre lo propio. Ello responde a la amplitud del artículo 14 de la CCABA. Allí se establecen los estándares del trámite de la acción de amparo (no obstante, su reglamentación a través de la Ley N° 2145), y ciertamente el convencional constituyente dispuso que, en materia de derechos de incidencia colectiva, cualquier habitante puede promover un proceso de esas características.

Pues bien, el alcance del concepto "habitante" debe ser contemplado a la luz del resto del ordenamiento jurídico, y en lo que respecta al análisis aquí llevado, cómo impacta al momento de examinar la posibilidad de que, sin importar la existencia de afectación sobreviniente a la omisión de una audiencia pública legalmente prevista, cualquier persona que habite la CABA cuente con la aptitud para promover un proceso colectivo. No debe confundirse la legitimación con la representación adecuada. Si bien la primera es presupuesto de la segunda, la representación adecuada dependerá de la consideración que haga el

haber sufrido alguna afectación efectiva, derivada del mismo. Es una vía procesal constitucional que habilita a todos los ciudadanos a cuestionar un acto o una ley, ante un juez que ejerce un control directo de constitucionalidad, extendiendo los efectos de su sentencia con carácter *erga omnes*". Lorenzetti, Ricardo Luis, *Justicia colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 87.

11. CSJN, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", 24/02/2009.

12. CSJN, "Abarca, Walter José y otros c/ Estado nacional - Ministerio de Minería y otro s/ amparo ley 16.986", 06/09/2016. Ver particularmente el considerando 25 y el criterio que de allí se desprende.

juez a partir de la acreditación que formalice quien se presente en el proceso a los efectos de representar al colectivo.[13] Así,

> … [u]na vez superado el escalafón de la legitimación extraordinaria, y establecidos los sujetos que se encuentran autorizados legalmente para poder estar en el proceso en nombre de la clase y obtener así la tutela de sus derechos (y en algunos supuestos también ser demandados en su nombre), la representación adecuada viene a resolver un problema central: la situación de los miembros de la clase ausentes del litigio y el respeto de su garantía a un debido proceso.[14]

La representación adecuada tal vez sea el aspecto de mayor relevancia en el marco de un proceso colectivo y, por consiguiente, en el que, con mayor ahínco, el juez debe concentrarse para verificar que aquellos que pretenden ejercer ese rol son los idóneos al efecto.

No puede obviarse que, conforme al sistema que rige en Argentina, lo que se resuelve en el proceso colectivo habría de hacer cosa juzgada sobre el colectivo representado en relación con el objeto litigioso. Es decir, lo que se decida en la sentencia de mérito deberá ser cumplido por aquellos grupos o subgrupos (actores, demandados, terceros) que queden alcanzados en virtud del contenido de dicho acto jurisdiccional. De ahí la importancia de que la representación del colectivo o clases involucradas en el asunto sea la adecuada para ejercer la defensa de los derechos de incidencia colectiva en colisión en el marco del proceso promovido para dirimir el conflicto jurídico de que se trate.

El control por parte del juez sobre ese requisito debe ser exhaustivo a punto tal de que, en caso de duda y no pudiendo formar convicción acerca de la existencia de que quien se presentó reúne las características de un representante idóneo, habría de rechazar el trámite colectivo y, eventualmente, disponer que continúe como individual.

Enfocar el análisis en el requisito de la representación adecuada y su funcionalidad en el marco de un proceso colectivo no solo es vital, sino que irremediable no hacerlo. Las consecuencias que trae aparejadas omitirlo, o bien no verificarlo con grado de rigor suficiente, pueden ser tan gravosas que vaciarían de sentido al tipo de proceso en sí mismo.

13. Galmarini, Pedro, "Actualidad en materia de procesos colectivos", en *Revista Pensar Jusbaires*, N° 17, año V, Editorial Jusbaires, septiembre de 2018, p. 34.

14. Salgado, José María, *Tutela individual homogénea*, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 211.

La génesis y naturaleza de este tipo de trámites judiciales, cuyos contornos, elementos y matices aún se encuentran sujetos a definición legal (recuérdese que hasta aquí solo se cuenta con jurisprudencia y reglamentaciones por parte de la CSJN[15] y algunas jurisdicciones locales), llevan consigo la idea matriz de resolver conflictos que alcanzan a un número significativo de sujetos, y comunes a grupos determinados, en el marco de un único proceso judicial, en el que participen todos los sectores potencialmente involucrados y, fundamentalmente, la decisión definitiva que se adopte haga cosa juzgada sobre el asunto. Por tanto, sus efectos alcanzarán a todos aquellos cuyos intereses se encontraban debatidos en el caso.

Afinando el alcance e importancia del instituto, resulta atinado observar que tiene incidencia definitiva en los procesos que versan sobre intereses individuales homogéneos, no alcanzando ese grado de relevancia en los que el objeto reside en la afectación de bienes colectivos.[16] Tal circunstancia, desde la perspectiva de este autor, encuentra su razón de ser en el impacto que tiene la sentencia sobre el colectivo involucrado, en la naturaleza de los bienes en juego y, consecuentemente (y, sobre todo), en la posibilidad o no de reeditar la discusión en otro proceso judicial.

Para asimilar el contraste enunciado, cabe advertir la diferencia entre afectaciones a derechos de incidencia colectiva que recaen sobre el ambiente (bien eminentemente colectivo) y menoscabos directos a usuarios o consumidores (individuales homogéneos).

En materia ambiental, está previsto que la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, excepto que la acción sea rechazada, aunque fuera parcialmente, por cuestiones probatorias.[17]

15. La Acordada N° 32/14 creó el "Registro de Procesos Colectivos" radicados ante los tribunales del Poder Judicial de la Nación, y la Acordada N° 12/16 aprobó el "Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos". En la CABA, por citar un ejemplo de reglamentos fijados en otras jurisdicciones, existe un Registro de Procesos Colectivos creado a través del Acuerdo Plenario N° 05/2005 y modificado por Acuerdo Plenario N° 04/2016.

16. La diferencia entre la "afectación de bienes colectivos" e "intereses individuales homogéneos" radica, sustancialmente, en que en el primer caso los derechos son indivisibles, mientras que en el segundo se trata de derechos subjetivos y, por ende, divisibles. Para mayor ilustración acerca de las repercusiones que implican tal diferencia, remito al artículo de doctrina "Actualidad en materia de procesos colectivos", *op. cit.*

17. Ley N° 25675, art. 33.

En la regulación pertinente al derecho de consumo, se dispone que

> … [l]a sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.[18]

Es dable concluir que en el primer caso la cosa juzgada es de carácter relativo; en cambio, en el segundo no, siendo que la posibilidad que confiere el legislador es una atribución que puede ejercerse con anterioridad al dictado de la sentencia que define el pleito, no luego. De modo que no habría de ser posible reeditar la discusión cuando el objeto litigioso quedase finiquitado en el marco del proceso en el que se *editó* el conflicto cual fuera.

Vale como muestra de la centralidad que tiene este requisito en el trámite de los procesos colectivos el hecho de que, al reglamentarlo vía Acordada N° 12/16, la CSJN ha establecido un control de oficio por parte del magistrado que dirige el proceso, en el comienzo de su trámite. Asimismo, una vez trabada la litis, cuenta con la posibilidad de modificar su postura en cuanto a la idoneidad del representante adecuado, lo cual ocurre en caso de que se presente otro que acredite su calidad de tal y la ponderación que haga el juez sobre sus condiciones para ejercer ese rol lo persuadan de que es el indicado para continuar con la tarea hasta allí realizada por su antecesor. En ese caso, se produce el desplazamiento del originario y este último continúa la intervención como representante del colectivo involucrado.[19] Tal situación puede tener lugar en el estado procesal indicado, situación que se produce luego de que se da a publicidad la existencia del proceso a través de medios de comunicación que debieran tener llegada a destinos en los que se encuentren los potenciales interesados en el objeto litigioso que comprenda el trámite judicial.[20]

Es imperioso no confundir la función que lleva adelante el abogado que asiste jurídicamente al sujeto –de existencia física o ideal– habilitado a constituirse como parte en un proceso colectivo (legitimado activo o pasivo), de la que corresponde a este último, que,

18. Ley N° 24240, art. 54.
19. Acordada N° 12/16, Anexo Reglamento Actuación Procesos Colectivos, punto VIII.
20. Ídem.

justamente, es el que asume el rol de representante adecuado del colectivo cuya afectación invoca en la demanda o cuya defensa es llamado a ejercer en el ámbito del litigio.[21] Sin perjuicio de ello, como ocurrió en "Halabi", circunstancialmente pueden concurrir las funciones en una misma persona. Este aspecto, lo mismo que el anterior (léase: el doble confronte que, en las oportunidades procesales previstas, debe y puede, respectivamente, hacer el juez sobre la representación adecuada), han sido previstos en el borrador del anteproyecto de ley elaborado por el Ministerio de Justicia en el marco de "Justicia 2020".[22]

Caso como presupuesto de trámite judicial

En primer lugar, es menester poner en consideración que el hecho de que se trate de derechos de incidencia colectiva no releva la necesidad de existencia de *caso* o *controversia*, en los términos de los artículos 116 de la CN y 2 de la Ley N° 27. Si bien cuenta con ciertas particularidades, que es justamente lo que da sentido a un trámite de las características del indicado en distintos pasajes de este trabajo, lo

21. Con el fin de ilustrar cómo opera en los hechos la representación adecuada y el efecto nocivo que podría tener no reparar en su control exhaustivo, pueden consultarse algunos procesos tramitados en jurisdicción del Poder Judicial de la CABA, en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, en el que asiduamente se promueven trámites de este tipo. Entre ellos: Cám. CAyT CABA, Sala II, "Travers, Jorge c/ GCBA s/ otras demandas contra la autoridad administrativa", 10/11/2016; Cám. CAyT CABA, Sala II, "Sindicato de Peones de Taxis de la Capital Federal y otros c/ GCBA s/ otras demandas contra la autoridad administrativa", 10/11/2016; Cám. CAyT CABA, Sala II, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur – PROCONSUMER c/ GCBA y otros s/ acción meramente declarativa", 10/11/2016 (los tres casos están vinculados con el mismo objeto litigioso: validez o no del transporte de pasajeros o plataforma –según el enfoque de la pretensión– UBER); Cám. CAyT CABA, Sala II, "Centro de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires – Asociación Civil y otros c/ GCBA s/ amparo – otros", 13/12/2017 (tema: comisión/honorarios corredores inmobiliarios en CABA); Cám. CAyT CABA, Sala II, "Asesoría Tutelar CAyT N°1 y otros c/ GCBA y otros s/ amparo – educación –otros", 18/10/2017 y 04/07/2019 (tema: reforma educativa en CABA).

22. Consultar Resolución N° 2017-1026-APN-MJ, en la que el Ministerio de Justicia de la Nación, en el marco del proyecto Justicia 2020 creó una comisión para trabajar sobre la materia. Si bien el contenido responde a las vicisitudes que ocurren en el marco de asuntos concernientes al derecho privado, lo cierto es que el aspecto vinculado con la representación adecuada, a criterio de este autor, está adecuadamente tratado y coincide con la postura asumida por la CSJN en el reglamento regulado en la Acordada N° 12/2016.

cierto es que tal condición debe estar presente para habilitar la discusión en el marco de un expediente judicial.[23]

La verificación de este presupuesto en un proceso colectivo suele presentar situaciones complejas a dilucidar. Ello es así, sobre todo, porque las aristas que comprende esta temática generan una continua reflexión por parte de la doctrina y jurisprudencia en torno al delineado de los contornos del aspecto cuyo análisis se sigue en este punto.

Bienes colectivos e intereses individuales homogéneos

Bienes colectivos

"En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes este represente".[24] Es decir, el perjuicio debe acreditarse sobre el bien jurídico colectivo que pretende protegerse a través de la acción judicial. La diferencia entre una cosa y otra surge patente en el caso "Mendoza".[25]

Intereses individuales homogéneos

En este tipo de supuestos es imprescindible verificar la existencia de los requisitos establecidos por la CSJN en "Halabi".[26] Si bien el perjuicio recae sobre la persona o patrimonio, cierto y diferenciado, lo que no está diferenciada es la causa que produce el daño, ya que es un elemento común entre distintos sujetos que ven afectados sus derechos.

23. CSJN, Fallos: 306:1125, "Baeza A.R. c/ Estado Nacional", 28/08/1984, entre muchos otros.

24. CSJN, Fallos: 332:111, "Halabi", *op. cit.*, cdo. 11, pen. párr.

25. CSJN, Fallos: 329:2316, "Mendoza, Beatriz Silvia y otro c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental Río Matanza-Riachuelo", 20/06/2006.

26. CSJN, "Halabi" *op. cit.*, cdo. 13, párr. 1: "Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particularidades características de los sectores afectados".

Así, el pretensor debe probar: a) el perjuicio diferenciado como elemento para su legitimación causal activa y procesal; y, b) la causa común del perjuicio causado o en vías de ser causado a un grupo de derechos subjetivos para justificar la acción colectiva.[27]

Es necesario advertir las diferencias que existen entre este tipo de procesos y otros que, en apariencia, tienden a un mismo fin, o bien el resultado puede ser similar, lo cual se pone en evidencia a partir del control indicado en el primer párrafo de este apartado.

Procesos colectivos y control de constitucionalidad abstracto

La diferencia es clara cuando se repara en que, al hablar de procesos colectivos, se hace referencia a un caso judicial, mas no de una vía para resolver una colisión de naturaleza netamente normativa.[28] Esta faceta queda comprendida en lo que se entiende por acción popular.

Pues bien, más allá de los matices que, a través de la figura que adoptase cada Estado autónomo en nuestro régimen federal de Gobierno, puede tener el procedimiento regulado por cada jurisdicción para canalizar un control de constitucionalidad concentrado, es posible tomar como condición preponderante que se trata de

> ... un proceso de participación política [...]. En su desarrollo predominan elementos de un proceso participativo más que de un proceso judicial.

27. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Justicia colectiva*, *op. cit.*, p. 106.

28. Sirve como ejemplo lo que ocurre en la jurisdicción de la CABA en torno a la acción prevista en el art. 113, inc. 2 de la CCABA. "El control de constitucionalidad a través de la ADI es de carácter abstracto, es decir, no debe existir caso. Es más, es requisito de admisibilidad que la acción no incorpore un caso. El carácter abstracto de la acción implica la atenuación de las normas jurisdiccionales y la intensificación de la actuación del Tribunal Superior de Justicia como tribunal constitucional. El control de constitucionalidad que se realiza a través de la ADI no resuelve, al menos de manera directa, conflictos intersubjetivos, sino conflictos internormativos. Es un control constitucional objetivo. El carácter objetivo o abstracto de la acción no significa que se plantee una cuestión vacua, académica o falta de actualidad, por el contrario, puede plantearse la necesidad de actividad probatoria. Es así que abstracto, en el marco de la CCBA no tiene el mismo significado que la noción de cuestión abstracta utilizada por la jurisprudencia de la Corte Suprema". Trionfetti, Víctor Rodolfo, "Acción declarativa de inconstitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en *Revista de Doctrina Colegio Público de Abogados de Capital Federal*, N° 2, Año 2002, Mes 5).

> Es más un mecanismo constitucional en la producción, selección y control del derecho [...] que una actividad jurisdiccional dirimente.[29]

En un proceso colectivo típico (si se permite esa calificación en virtud del avance que presenta la actualidad en materia de tales trámites judiciales), necesariamente debe existir caso o controversia. Si bien tiene sus singularidades (es decir, puede adquirir sentido propio y manifestarse su existencia a través de situaciones que se corren de la concepción tradicional que predomina en conflictos judiciales en los que se discuten derechos individuales), no es admisible una situación en la que tal requisito no se constituya.

El alcance de la sentencia, incluso, presenta diferencias. Si bien en ambos casos sus efectos tienen alcance *erga omnes*, impactan de modo distinto materialmente hablando, lo cual también estará sujeto al procedimiento previsto (si es que lo hubiera).

En este aspecto es fundamental tomar en cuenta cómo opera la garantía de cosa juzgada. Mientras que, verbigracia, la acción declarativa de inconstitucionalidad (ADI) permite reeditar la discusión vía control difuso, en un proceso colectivo en el que se dictó sentencia sobre el fondo del asunto, en principio, no. Es que, excepto los supuestos y circunstancias legalmente establecidos,[30] salvo que se hubiera solicitado la exclusión de los alcances de la sentencia durante el trámite del proceso judicial, no podría reeditarse la discusión finiquitada en el marco de este.

Procesos colectivos y acción popular

La notable diferencia se manifiesta otra vez en la existencia de caso.

Es importante reconocer que, cuando nos referimos a acción popular, no se trata de la ausencia de afectación de un sujeto determinado, sino de la inexistencia lisa y llana de agravio. El solo hecho de que exista un perjuicio que represente un interés suficiente importa

29. Ídem. Si bien la referencia efectuada en cita responde a la acción de inconstitucionalidad prevista en la Constitución de la CABA, lo cierto es que, dejando de lado matices propios, su concepción y alcance sirven para trazar la diferencia sustancial que existe entre dicha vía y la pertinente a un proceso colectivo típico.

30. Se remite a lo expuesto en el punto "Legitimación y representación adecuada".

que la acción popular no pueda constituirse en la vía para contrarrestar tal afectación de derechos.

Un ejemplo patente de lo expuesto surge de la regulación del artículo 14 de la Constitución de la CABA. La literalidad de la norma, en la que, como se dijo, se establecen los lineamientos constitucionales de la acción de amparo para tal jurisdicción, habilita a cualquier habitante a promover un proceso colectivo cuando ocurre alguno de los supuestos previstos en el segundo párrafo de dicho artículo.[31]

El caso que representa de modo fidedigno el alcance de tal preceptiva, tramitado, claro es, ante los tribunales del Poder Judicial de la CABA, es "Barila".[32]

---

31. Art. 14 CCABA, párr. 2: "Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor".

32. *Partes.* Actora: Santiago Barila. Demandada: GCBA.
Temática: Discriminación: cupo para personas con capacidades especiales.
Objeto: que se condenase al GCBA a que cumpliera con el mandato constitucional previsto en el art. 43 de la CCABA en materia de empleo público, en lo referente a asegurar un cupo del cinco por ciento del personal para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma en que la ley lo determine.
Sentencia del 17/02/2009: se ordenó al Gobierno que, en el plazo de 60 días, adoptase las medidas concretas y efectivas para cubrir el cupo exigido por el art. 43 de la CCABA y la Ley N° 1502 y luego procediera a informarlas. Se requirió además que detallara las medidas que, con idéntico fin, en lo sucesivo considerase oportuno adoptar. Asimismo, y a tal fin, respetando el recaudo constitucional de idoneidad, debería otorgar prioridad a las personas con necesidades especiales inscriptas en el respectivo registro, para las sucesivas designaciones.
Aspectos relevantes de la sentencia: lo más preponderante del fallo, tal vez, fue el reconocimiento de la legitimación a un habitante de la CABA cuya situación personal en nada estaba vinculada con el perjuicio ocasionado. Es decir, no litigaba para mitigar la afectación de un derecho propio, sino los de aquellos que conformaban la clase vulnerada; en el caso: personas con capacidades especiales.
El tribunal dijo que "... el concepto de 'caso judicial' en la esfera local adquiere particularidades diversas al que, tradicionalmente, se sostuvo en el orden federal [...]. Es que la aludida legitimación disociada del interés directo que consagra –en ciertas materias– el art. 14, 2° párr. de la Constitución local, que comprende a cualquier habitante, se explica –ciertamente– en la vulnerabilidad de ciertos sectores sociales, que –por tal motivo, generalmente– se les dificulta el acceso a la justicia para exigir la tutela de sus derechos". Básicamente, el fundamento en el que pareciera haber asentado su postura la Sala II para considerar operativo el art. 14 CCABA en el sentido indicado habría encontrado

Audiencias públicas en CABA

Aspectos generales

En el artículo 63 de la CCABA se modula de forma genérica la figura de la audiencia pública, o más bien aspectos que delimitan alternativas para su convocatoria; también supuestos en que es obligatoria. En el artículo 90 se establece la convocatoria como condición para la validez de la actividad legislativa prevista en el artículo que lo precede.[33] Es decir, en este último caso se dispone la nulidad como consecuencia jurídica de no cumplir con la pauta constitucional, mientras que en el artículo 63 no.

Cuando el acto es opcional (art. 63), están habilitados a convocarla, conforme la competencia que para el caso corresponda, la Legisla-

sustento en la imperiosa necesidad de contrarrestar las limitaciones que, históricamente, ciertos sectores vulnerables de la sociedad han tenido para acceder a la justicia (entendida como órgano).
Sentencia del 14/04/2011: "1. Condenar al Gobierno a sustanciar dentro de los 60 días de encontrarse firme este decisorio, los respectivos concursos (o procedimientos administrativos que se estimen pertinentes, cf. ley nº 471, ley nº 1.502 y su decreto reglamentario), entre las personas inscriptas en la COPIDIS, con observancia del recaudo de idoneidad (cf. art. 5, ley nº 1.502). En forma cautelar, ordenar al que GCBA se abstenga de designar persona alguna en esos cargos, con los alcances que resultan del considerando nº 9.1. 2. Ordenar al GCBA que, en lo sucesivo, todo contrato de empleo que se celebre, bajo la modalidad que sea, lo realice con personas inscriptas en el registro establecido en el art. 9 de la ley 1.502; solo en el caso de que no exista persona inscripta que cumpla el recaudo de idoneidad necesario, la repartición de que se trate se encontraría eximida de proceder en tal sentido. A dicho fin, la autoridad con competencia en el área, debe emitir el pertinente acto administrativo que justifique su decisión, el cual debe ser comunicado a la COPIDIS para que lo ponga en conocimiento de los aspirantes y publicado en el Boletín Oficial de la Ciudad para su mayor publicidad y, por ende, de transparencia…".
Todo lo expuesto en esta cita corresponde a lo actuado en el proceso "Barila, Santiago c/ GCBA s/ amparo", ante la Sala II de la Cám. CAyT CABA, la que dictó las dos sentencias aludidas precedentemente.

33. Art. 89 CCABA: "1. Códigos de Planeamiento Urbano, Ambiental y de Edificación; 2. Plan Urbano Ambiental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 3. Imposición de nombres a sitios públicos, emplazamiento de monumentos y esculturas y declaración de monumentos, áreas y sitios históricos; 4. Desafectación de los inmuebles del dominio público y todo acto de disposición de estos; 5. Toda concesión, permiso de uso o constitución de cualquier derecho sobre el dominio público de la Ciudad; 6. Las que consagran excepciones a regímenes generales; 7. La ley prevista en el artículo 75; 8. Los temas que la Legislatura disponga por mayoría absoluta."

tura, el Poder Ejecutivo y las Comunas. El objeto de las audiencias en estos casos reside en forjar un espacio para debatir asuntos de interés general. Requiere, además, la presencia inexcusable de los funcionarios competentes, en línea con lo que se dijo precedentemente.

Luego, en el mismo artículo, se determinan los supuestos en los que la convocatoria es obligatoria. Eso ocurre cuando la iniciativa cuenta con el medio por ciento del electorado de la CABA o zona en cuestión (Comuna), según el caso. De modo que, además de los órganos de Gobierno indicados en el párrafo que antecede, también está prevista la posibilidad de que una audiencia pública se lleve a cabo a propuesta de los habitantes de la Ciudad, con la reunión, como mínimo, de un porcentaje cierto de firmas.

Por último, siempre en la órbita del artículo 63, se fija la obligatoriedad de la convocatoria "... antes del tratamiento legislativo de proyectos de normas de edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales o comerciales, o ante modificaciones de uso o dominio de bienes públicos".

Aspectos propios

Ámbito administrativo

En el artículo 90 CCABA se prevé un plazo para la convocatoria de la audiencia, los destinatarios (*interesados*) y el fin para el que se la fija (presentación de *reclamos y observaciones*). Los últimos dos aspectos son los que interesa examinar a los fines de arribar a una conclusión sobre el tema propuesto en este trabajo.

El primero resulta relevante porque ofrece una pauta acerca de quiénes son los habilitados a participar en la audiencia: los interesados. A partir de ello, cabe preguntarse quiénes reúnen tal condición. En ese marco, si se simplificara el alcance del término podría entenderse que cualquier habitante de la Ciudad podría intervenir en tal acto con el solo hecho de tener la intención de hacerlo. O bien podría considerarse que, la condición necesaria para participar en la audiencia, solo la ostentarían aquellos que tuvieran un interés susceptible de acreditar ante la autoridad a cargo de dicho acto público. Esa condición, a su vez, podría mensurarse a la luz de los derechos que podrían

verse afectados con el resultado final del proceso llevado a cabo: sanción de una ley o dictado de un acto (reglamento, decreto, etc.).

La Ley N° 6 de la CABA, en la que –como se dijo– se regula el instituto de Audiencias Públicas, establece pautas acerca de los habilitados a participar de dichos actos, lo cual, por su lado, habría de tener incidencia en lo que luego se entendiera en el marco de una acción judicial respecto de la legitimación para obrar.

En dicha preceptiva, en cuanto a ello refiere y de modo genérico, se hace alusión a "aquellos que puedan verse afectados o tengan un interés particular" y a "interesados" (art. 1). Luego, al regular en qué carácter puede intervenirse en el acto, además de denominar *participantes* a quienes forman parte de aquel, se establece que "... debe[n] invocar un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la temática objeto de la Audiencia" (art. 34). Pareciera darse una relación entre género y especie entre los conceptos vertidos en ambos artículos de la ley. Es decir, las especificidades dadas en el artículo 34 quedan comprendidas en el alcance de lo apuntado en el artículo 1. Mientras *afectado o interés particular* cuadra en el concepto de *derecho* o derecho subjetivo (en oposición a *interés simple*), al referirse a *interesados* podríamos asumir que comprende al *interés difuso*, y este último, a su vez, configurarse en el marco de intereses de *incidencia colectiva* (la afectación recae sobre bienes colectivos, derechos indivisibles). Del mismo modo, la afectación de derechos subjetivos puede alcanzar el grado de colectiva en la medida en que estén vulnerados intereses individuales homogéneos (derechos divisibles).[34]

Tales categorías, en principio, no debieran traer complicaciones sobre la extensión de su significado. Se entiende que quienes ostentan la calidad de afectados a partir del menoscabo de un interés legítimo (entendido como derecho subjetivo) o difuso, de acuerdo con la situación que al caso corresponda (intereses individuales homogéneos o bienes colectivos), están habilitados a intervenir en la audiencia pública en carácter de *participantes*. Ello trae aparejada la carga de inscribirse en el Registro creado al efecto y, en principio, de cumplir un rol activo en dicho acto (art. 50), a diferencia del *público*, que no debe

34. "Los procesos colectivos comienzan con una acción que puede basarse en derechos subjetivos individuales homogéneos o en el interés difuso que tiene un sujeto legitimado de modo extraordinario para la protección de un bien colectivo". Lorenzetti, Ricardo Luis, *Justicia colectiva*, *op. cit.*, pp. 83-84.

registrarse y su posibilidad de intervención es reducida, y sujeta a la decisión de quien preside el acto (art. 51).

Siguiendo esa línea de razonamiento, el término *interesados* consignado en el artículo 1 no referiría a *interés simple*,[35] el que sí aparecería en cabeza del *público* (esto es: aquellas personas que no ostentan un derecho subjetivo ni interés difuso).

Es que, "... al no existir un interés concreto y particularizado en el sujeto, normalmente no da lugar a una acción porque no hay caso, excepto en los supuestos de acción popular o en los procedimientos administrativos que lo regulen".[36] Pues bien, el procedimiento establecido en la Ley N° 6 parece regularlo en su artículo 51.

Refuerza el criterio postulado el hecho de que la autoridad que preside la audiencia pública decide sobre la pertinencia de intervenciones orales de expositores no registrados, que son justamente aquellos que integran el público (art. 56, inc. d).[37]

En el mismo sentido, la circunstancia de que la autoridad a cargo de la decisión debe explicitar, en los fundamentos del acto ejecutivo o legislativo que resulte, de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la *ciudadanía* y, en su caso, las razones por las cuales las desestima, es muestra de que, en función del objeto de la audiencia pública, existe una gradación en torno a los intereses en juego y a la idoneidad de las personas que intervienen como *participantes* o *público*; por tanto, también en la relevancia de los aportes, aun cuando no sean vinculantes. Ello así en tanto, como se dijo, quienes están habilitados *per se* a tener un rol activo en la audiencia son los primeros; en cambio las personas que conforman

35. Interés simple: es una figura subjetivamente genérica e indeterminada, porque es concebida como el derecho de todos los ciudadanos al cumplimiento de la ley o, en su versión negativa, a que no haya actos ilegítimos. Ibídem, pp. 84-85, con cita de Hutchinson, Tomás, "La legitimación en el proceso contencioso administrativo", en Cassagne, Juan Carlos (dir.), *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 538.

36. Ibídem, p. 85.

37. En el formulario de inscripción para audiencias públicas debe consignarse el carácter en que participa la persona física o jurídica (a través de su representante legal) y el interés invocado (ver puntos 9 y 11, respectivamente). Eso, de alguna manera, indica que se toma en cuenta el interés de quien pretende intervenir en la audiencia a los efectos de que, luego, la autoridad competente decida acerca de la pertinencia o no de su participación en los términos previstos en los arts. 50 y 51 de la Ley N° 6.

el segundo grupo, para brindar alguna opinión, dependen de la decisión de la autoridad que presida el acto público.

En tal contexto, solo estaría habilitado el rechazo de una participación (y, con ello, la intervención activa en la audiencia y consecuente necesidad de observar lo actuado), en la medida en que la persona que pretendiera intervenir en el acto tuviera un interés simple.

Ámbito judicial

En primer lugar, cabe descartar la imposibilidad de que, incluso conforme el ordenamiento jurídico de la CABA, una persona que invoque un interés simple tenga legitimación para promover una acción judicial. Ello es así por cuanto, aun tomando la tesis más amplia que pueda postularse a partir de la redacción del artículo 14 de la CCABA, resulta necesaria la existencia de causa o controversia para estar habilitado a iniciar un proceso judicial.[38]

Es importante reparar en el concepto de "ciudadanía" empleado en la Ley N° 6, en sus artículos 2 y 5.

El legislador recurre a ese vocablo para definir el objeto de la audiencia (art. 5) y para fijar la actividad administrativa que le corresponde a la autoridad que preside dicho acto en relación con las opiniones que vierta, justamente, la ciudadanía (art. 2).

Si se profundiza en el término elegido por el legislador (poder constituido) en combinación con los utilizados por el convencional constituyente (poder constituyente –originario en el caso–), podría arribarse a algunas conclusiones que sirvan para afinar la tendencia hacia la postulación de un criterio u otro, ya con solución de continuidad.

Entre ellas:

i. Al referirse en la Ley N° 6 a "ciudadanía", ya fuera que se tomara la primera o la segunda acepción del término (conforme el diccionario de la Real Academia Española), habría que considerar que abarca tanto el conjunto[39] de los ciudadanos cuanto el derecho de cada uno de ellos.[40]

38. Se remite a la consulta del caso "Barila", *op. cit.*

39. "Conjunto de los ciudadanos de un pueblo o nación" (segunda acepción, RAE, 23ra ed., 2014).

40. "Cualidad y derecho de un ciudadano" (primera acepción, RAE, 23ra ed., 2014).

De modo que, cuando se refiere a ciudadanía, es dable concluir que habría que distinguir entre aquellos ciudadanos que tienen una afectación, interés particular o difuso en virtud del cual pretenden dar una opinión acerca del tema por el que se convocó a la audiencia (es decir, el ciudadano habilitado a intervenir en la audiencia en calidad de participante por ver afectado un derecho subjetivo o encontrarse en juego un supuesto de interés difuso), del resto de los ciudadanos que podrían intervenir en carácter de *público*, con las limitaciones que esto trae aparejadas, por ostentar solo un interés simple.

ii. La misma conclusión habría de alcanzarse si se tomara en cuenta lo que podría considerarse como la *acepción jurídica* del término, haciendo base para ello en el alcance dado por la CSJN. Al respecto, dicho Tribunal ha puesto

> ... de manifiesto que el de "ciudadano" es un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés "especial" o "directo", "inmediato", "concreto" o "sustancial" que permita tener por configurado un "caso contencioso" (Fallos: 322:528; 324:2048 y 333:1023...).[41]

Conforme a ello es que, de acuerdo con el marco de situación de que se trate, habrá que darle forma al concepto de "ciudadanía" o "ciudadano"; esto es, pasarlos por el tamiz que, en virtud de sus circunstancias concretas, al caso corresponda. De tal forma, no es posible determinar en abstracto el alcance de los términos *ciudadanía* o *ciudadano*, siendo esencial conjugarlos con todo factor que permita adoptar una postura acorde con lo que la situación específica exige.

iii. Similar solución cabe al término *habitante* al que remite el artículo 14 CCABA. Si bien habitante y ciudadano, en términos constitucionales y legales, representan supuestos distintos en torno a los derechos que a cada uno le corresponde en materia de derechos políticos, no ocurre lo propio con los civiles (art. 20 CN). Incluso, hasta podría esgrimirse que la Ley N° 6 es más restrictiva que el artículo 14 indicado. Ello cuanto menos en lo

41. CSJN, "Roquel, Héctor Alberto c/ Santa Cruz, Provincia de (Estado Nacional) s/ acción de amparo", 10/12/2013.

atinente al instituto de las audiencias públicas, lo cual llevaría a no poder disociar entre actividad extrajudicial y judicial. De lo contrario, se plantearía la paradoja de que un habitante tendría un mejor derecho que un ciudadano en la medida en que podría promover una acción judicial invocando una presunta afectación, resultando vedada tal posibilidad en el ámbito administrativo en cuento a su participación en una audiencia pública.

iv. La conjugación de los artículos 1 (democracia participativa), 14 (legitimación amplia en acción de amparo y procesos colectivos), 63 (audiencia pública opcional y obligatoria), 90 (procedimiento de doble lectura con audiencia pública –inc. 3–) y 113, inciso 2 (ADI) impone verificar en cada caso, conforme a sus circunstancias, el carácter invocado por quien pretende promover un proceso judicial a los efectos de cuestionar la violación del procedimiento respectivo por omisión a la convocatoria de audiencia pública. De lo contrario, se propiciaría un marco de acción tendiente a declararse la nulidad[42] del acto sancionado (Ley o Decreto) sin que se presentaran los requisitos indispensables para que el Poder Judicial ejerciera tal control en juicio promovido al efecto.

v. Considerar que cualquier habitante puede iniciar sin más un proceso judicial como corolario de no haberse convocado a una audiencia pública traería aparejado que el sistema estará siempre sujeto a cualquier tipo de impugnación independientemente de que quien inste la acción judicial no esté habilitado por el ordenamiento normativo para hacerlo.

vi. Es posible asumir que los legisladores o funcionarios del área pertinente pueden promover una acción judicial por haberse omitido el procedimiento establecido en la CCABA en torno a la convocatoria de la audiencia pública.

42. En el art. 90 de la CCABA (procedimiento de doble lectura con audiencia pública), se dispone la nulidad de cualquier excepción que importe no llevarla a cabo. Asimismo, en el art. 3 de la Ley N° 6 se prevé que "[l]a omisión de la convocatoria a la Audiencia Pública, cuando sea un imperativo legal, o su no realización por causa imputable al órgano convocante es causal de nulidad del acto que se produzca en consecuencia, quedando abierta la actuación judicial".

Tal pauta respondería a los estándares fijados por la doctrina judicial en relación con la posibilidad de que un legislador intervenga como parte en un proceso judicial.[43]

vii. Hay situaciones en las que el análisis de los factores de tiempo y lugar son relativos. La relación de causalidad entre la conducta del Estado (causa: omisión en convocatoria a audiencia pública) y potencial perjuicio (consecuencia) que revela el grado de interés de quien pretende participar en el acto puede manifestarse con carácter *diferido*.

Ello ocurre en supuestos en los que no es factible garantizar la imposibilidad de afectación de un derecho o interés determinados. En la medida en que, potencialmente, exista tal posibilidad de menoscabo, surte efecto la causalidad suficiente o adecuada como para considerar presente la condición para participar en la audiencia pública en razón de contar con un interés legítimo, en este caso desde su faz preventiva.

En ese marco, la omisión en la convocatoria podría situarlo en posición de promover una acción judicial invocando una expectativa negativa en torno a la afectación de un derecho disponible, aunque aún no lo hubiera ejercido.

43. La CSJN ha dicho que el ejercicio de la representación del pueblo con base en la calidad de diputado nacional "... encuentra su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo, para cuya integración en una de sus cámaras fue electo, y en el terreno de las atribuciones dadas a ese Poder y a sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del Congreso. Tampoco [su carácter de diputado] lo legitima para actuar en 'resguardo de la división de poderes' ante un eventual conflicto entre normas dictadas por el Poder Ejecutivo y leyes sancionadas por el Congreso toda vez que, con prescindencia de que este último cuerpo posea o no aquel atributo procesal, es indudable que el demandante no lo representa en juicio" (CSJN, Fallos: 313:863, "Dromi, José Roberto –Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación– s/ avocación en autos: 'Fontela, Moisés Eduardo c/ Estado Nacional'", 06/11/1990;). Dicha doctrina, en lo sustancial, ha sido ratificada por el Alto Tribunal en el caso "Thomas" (Fallos: 333:1023). A su vez, ese criterio fue recogido por el TSJCABA en el precedente "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Epszteyn, Eduardo Ezequiel y otros c/ GCBA y otros s/ otros procesos incidentales' en 'Epszteyn, Eduardo Ezequiel y otros c/ GCBA y otros s/ amparo'", 30/03/2011 (ver voto del juez Lozano, seguido por sus colegas Casás y Conde). En similar sentido también se pronunció esta Sala II de la Cám. CAyT CABA al analizar la legitimación de un diputado local, considerando que, en su carácter de legislador, no se encontraba legitimado ya que en el caso no se había alegado la imposibilidad de participación en la formación de la decisión de la Legislatura de la cual formaba parte ni que dicha actividad hubiera sido impedida u obstruida ("Busacca, Ricardo c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", 17/11/03, entre otros).

> Un ejemplo claro de lo expuesto es lo que sucede con el servicio de subterráneo.[44] Hay personas que no usan regularmente dicho servicio público de pasajeros, no obstante, potencialmente reúnen la condición de usuarios, lo cual los ubica en el grupo de eventuales afectados.

Impacto en derechos divisibles e indivisibles

El asunto objeto de la decisión administrativa o legislativa (art. 5, Ley N° 6) es de vital importancia para determinar la posibilidad de acceso a la justicia por parte de la ciudadanía, ante la omisión de la convocatoria a la audiencia pública.

Conforme a ello, cobra virtualidad esclarecer si lo que está en juego es la afectación a un bien colectivo o intereses individuales homogéneos. En el primer supuesto, la situación comprenderá derechos indivisibles y, por tanto, dependiendo de la jurisdicción y del bien presuntamente afectado, en principio, estará legitimada cualquier persona. Casos típicos son: ambiente[45] y patrimonio cultural e histórico.[46]

---

44. La Sala II de la Cám. CAyT CABA, en un fallo pertinente al tema bajo análisis, ha considerado "[q]ue si bien el Sr. Dellecarbonara [delegado gremial], en el escrito en el que se presentó en estos actuados (fs. 269/277), no invocó '… su calidad de usuario del servicio [de SUBTE] en condiciones de participar de las audiencias públicas…' (fs. 292), al fundar su pretensión –junto a Bregmnan y del Corro [diputados Leguislatura CABA]– indicó que el colectivo al que pretende representar es el que aglutina a '… usuarios actuales y/o potenciales del SUBTE' (fs. 273 vta.). Desde esa perspectiva, el tribunal no advierte distinción alguna entre el resto de los presentantes (Bregman y del Corro) y el Sr. Dellecarbonara, en la medida en que ninguno acreditó ser usuario del servicio. Por lo demás, siendo esta una condición que razonablemente puede presumirse (en tanto cualquier persona puede ser usuario, actual o potencial, del servicio), y, al propio tiempo, una exigencia excesiva su acreditación en atención a la naturaleza del servicio de que se trata, parece razonable considerar que el último de los sujetos indicados se encuentra alcanzado por el artículo 14 de la CCABA".

45. Ley N° 25675, Art. 30: "[T]oda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo". En el mismo sentido, el art. 14 CCABA establece que "[e]stán legitimados para interponerla *cualquier habitante* y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o *en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente*, del trabajo y la seguridad social, *del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad*, de la competencia, del usuario o del consumidor" (la bastardilla no es propia).

46. Ídem, art. 14 cit. en su parte pertinente.

Empero, en materia de ambiente, en función del área afectada, es factible establecer una suerte de gradación cuantitativa en relación con un grupo determinado. No se avizora posible tal disquisición cuando el menoscabo es sobre el segundo de los bienes colectivos aludidos, por su naturaleza.

En ese sentido, la posibilidad de fragmentación sobre el concepto de indivisibilidad del derecho podría ocurrir cuando la afectación al ambiente se circunscribe a un punto geográfico específico. Si fuera posible determinar la extensión del perjuicio al bien, podría asumirse que solo estarían habilitados a promover la acción judicial quienes pertenecieran a la zona de influencia del daño ambiental, ya fuera de modo inmediato (*v. gr.* sujetos que habitan el lugar) e incluso mediato (*v. gr.* sujetos que trabajan en el lugar), independientemente, claro es, del menoscabo directo, psicofísico, que pudiera ocasionarse a nivel particular.[47]

En la misma línea, podría concluirse que, cuando la afectación alcanza indistintamente a los usuarios de un servicio o consumidores de un bien, estaríamos frente a un supuesto de indivisión del derecho afectado. Repárese en una situación en la que hay un conflicto que atañe a la defensa de la competencia en su faceta tendiente a la protección de los derechos del usuario o consumidor (*abuso de posición dominante*).[48] Pues bien, en ese marco sería admisible considerar que toda persona es cuanto menos potencial afectada; de modo que la situación quedaría comprendida en un supuesto de vulneración de un bien colectivo. No obstante, otra vez vale aclarar, la afectación podría impactar en un grupo determinado (clase, subclases), traduciéndose, por consiguiente, en un supuesto de incidencia colectiva que recaería sobre intereses individuales homogéneos.

Otra situación que cabe poner en relieve es la que encuentra su origen en vulneraciones estructurales: *v. gr.* supuestos de discriminación y trabajo. Así, dependiendo del alcance de la afectación, podría

47. Se remite a lo dispuesto por la CSJN en el precedente Fallos: 329:2316, "Mendoza, Beatriz Silvia y otro c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental Río Matanza-Riachuelo", *op cit.*

48. La figura del abuso de la posición dominante ha sido contemplada en el título preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 11) y con ella se pretende contrarrestar los monopolios y, consecuentemente, mercados cautivos, situaciones que tienen cabal repercusión en materia de contratos de adhesión, típicos en el ámbito del derecho de consumo.

considerarse que recae sobre un bien colectivo o intereses individuales homogéneos. Para situarse en el primer caso (afectación de un bien colectivo), el problema debiera ser estructural y la afectación estar arraigada al problema, con sustrato en él. Es decir, no sobre las consecuencias del problema estructural sino sobre los factores de base que constituyen que un escenario determinado tome una dimensión que excede cualquier situación individual, aun cuando esta se reprodujera en un número tal de sujetos que permita configurar un supuesto de intereses individuales homogéneos (*mutatis mutandis*, lo mismo que ocurre con el ambiente cuando se ve afectado el bien colectivo y los derechos individuales de ciertos sujetos).

> Cuando la desigualdad es producto de prácticas sociales y estatales que conducen al sometimiento de grupos, es preciso visualizar la afectación del derecho en términos colectivos y pensar los remedios en términos estructurales, dos perspectivas que los jueces deberían incorporar al ejercer el control de constitucionalidad en este tipo de casos.[49]

En suma, es necesario situarse en cada caso para determinar si la afectación alcanza derechos indivisibles o divisibles, o incluso a ambos. Una vez discernido el bien y/o colectivo afectado (con la respectiva certificación de la clase y/o subclases si fuera del caso), será posible, conforme al sistema normativo de que se trate, fijar postura acerca de la existencia o no de controversia.

Comparación sistema federal y local CABA

Lo que se expondrá a continuación corresponde a acciones colectivas (sea que se encaucen en un proceso de amparo u ordinario) a través de las que se pretenda la declaración de inconstitucionalidad de toda norma o acto derivado de un supuesto que, en principio, requiera para su validez previa convocatoria a audiencia pública.

a) Sistema federal. Indivisibles

i. Caso: el perjuicio actual o inminente tiene que recaer sobre un bien colectivo.

49. Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajosos?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno editores, 2016, pp. 22-23.

ii. Partes adversas:
    - *Activa (legitimación extraordinaria):* afectado, Defensor del Pueblo y asociación cuyo propósito propenda a la defensa del bien afectado (art. 43 CN). También el Ministerio Público habría de estar legitimado para promover acciones colectivas conforme a las facultades legales asignadas (arts. 43 y 120 CN, Ley N° 27148).
    - *Pasiva:* todo sujeto de derecho público o privado sindicado como causante del perjuicio actual o inminente que se invoca. En este tipo de casos puede ocurrir que sea más de uno, en cuyo caso habría que verificar también quiénes pueden ejercer la representación adecuada de las clases o subclases (sujetos privados) que pudieran concentrarse en el proceso como frente demandado.

iii. Interés suficiente: demostrar un interés suficientemente directo o inmediato, acorde y proporcional con la relevancia de la afectación y proyección del daño que se asume actual o inminente, se trate de tutela preventiva, reparadora o resarcitoria. El análisis de tal requisito dependerá de quién o quiénes se presenten instando la acción judicial.
    - *Afectado:* simplemente deberá probar que lo es, independientemente de lo que atañe a la relación de causalidad entre la causa del presunto perjuicio y los efectos que ella produce sobre el bien colectivo en cuestión, bastando ello en la medida en que se considere que, en virtud del bien jurídico protegido, es el sujeto adecuado para ejercer la defensa del colectivo involucrado.
    - *Defensor del Pueblo:* será suficiente con demostrar que la defensa de los intereses corresponde a la órbita de actuación que, vía constitucional y legal, le ha sido asignada (arts. 43 y 86 CN, y Ley N° 24284).[50]

50. A modo ilustrativo se citan fallos de la CSJN en los que fue delimitando los contornos de la actuación judicial del Defensor del Pueblo: Fallos: 318:384, "Frías de Molina, Nélida N. c/ Caja de Previsión Social para Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad", 21/03/1995; Fallos: 321:1352, "Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/ amparo", 07/05/1998; Fallos: 326:4931, "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud s/ acción de amparo – medida cautelar",18/12/2003; Fallos: 328:1652, "Defensor del Pueblo de la Nación c/

- *Asociación:* habrá de acreditar que, en virtud de sus estatutos y objeto de actuación, tiene un interés suficiente conforme las pautas indicadas.

b) Sistema CABA. Indivisibles

i. Caso: el perjuicio tiene que recaer sobre un bien colectivo. En el artículo 14 de la CCABA se hace una sucinta descripción de algunos, lo cual, conforme la amplitud que emana de la técnica legislativa utilizada, no parece taxativa. De modo que habrá de estarse a las circunstancias de cada caso para definir si el objeto litigioso recae o no sobre la afectación de uno con tales características.
ii. Partes adversas (legitimación):
   - *Activa:* afectado, habitante, asociación cuyo propósito propenda a la defensa de los bienes afectados, Ministerio Público Fiscal y de Menores e Incapaces, y Defensor del Pueblo (arts. 14, 125, inc. 1 y 137 CCABA).
   - *Pasiva:* se remite al punto A (ii).
iii. Interés suficiente: demostrar un interés suficientemente directo o inmediato, acorde y proporcional con la relevancia de la afectación y proyección del daño que se asume actual o inminente, se trate de tutela preventiva, reparadora o compensatoria.
   - *Defensor del pueblo:* será suficiente con demostrar que la defensa de los intereses corresponde a la órbita de actuación que vía constitucional y legal le ha sido asignada (art. 137 CCABA y Ley N° 3).
   - *Asociaciones:* se remite a lo expuesto en el punto A (iii).
   - *Ministerio Público Fiscal y de Menores e Incapaces:* en la medida en que se encuentre en juego la afectación de intereses generales de la sociedad como consecuencia del menoscabo a un bien colectivo, siendo necesario en el

E.N. -P.E.N.- M° E. - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento", 24/05/2005; Fallos: 329:4542, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones, Resol. 2926/99 s/ amparo Ley 16.986", 31/10/2006; Fallos: 330:2800, "Defensoría del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional-Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo", 26/06/2007; Fallos: 339:1077, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", 18/08/2016.

caso del Ministerio Público Tutelar que el perjuicio alcance a menores y/o incapaces, habrían de estar habilitados a promover una acción judicial en tanto, conforme los estándares de actuaciones previstos en el ordenamiento jurídico, existiría un interés suficiente de su parte para instar un proceso en busca de la tutela que en el caso corresponda (arts. 14 y 125 CCABA, 103 CCCN, Ley N° 1903).[51]

- *Afectado:* resulta indistinto que lo sea habida cuenta de que, en el artículo 14 CCABA, se confiere legitimación a todo habitante cuando se trata de afectaciones de incidencia colectiva.
- *Habitante:* el interés suficiente se torna un requisito *sui generis* debido a que lo que prima es el hecho de que se acredite la existencia de una afectación a un bien colectivo, independientemente de que el sujeto que promueve la acción sea directamente afectado. Sin embargo, es adecuado recalcar que, aun así, no deja de ser un interés inmediato en la medida en que la ley lo autoriza a instar la acción judicial ante la producción de una situación que implique afectación actual o inminente respecto de uno de tales bienes. Tal situación descarta la posibilidad de que, en esos términos, el proceso que se promueva se considere una acción popular. Es que no se trata de un análisis meramente legal, sino que debe mediar y acreditarse la existencia de un perjuicio concreto, no obstante que el que lo plantea no sea damnificado directo. Tal situación encuentra sustento, si bien no de modo excluyente, en asuntos de alcance estructural, como se mencionó en el punto "Impacto en derechos divisibles e indivisibles".

c) Sistema federal. Divisibles

i. Caso: el agravio actual o inminente debe recaer sobre un grupo determinado. Tiene que ser acreditado por quien pretenda ejercer la representación adecuada y certificada la clase por el

51. Ver criterio adoptado por la Cám.CAyT CABA, Sala II, en "Asesoría Tutelar CAYT N°4 (Oficio ACCAYT N°1N°448/13) c/ GCBA s/ amparo", 23/12/2015.

juez a cargo de la dirección y administración del proceso. La causa de la afectación debe ser común a todos los integrantes del grupo, no así el alcance del daño.

ii. Partes adversas (legitimación):
   - *Activa* (legitimación extraordinaria): dependiendo del derecho sobre el que recaiga la afectación habrá que definir quiénes son los habilitados para ser parte de la litis. No hay motivos para restringir sin más la legitimación de los sujetos habilitados en el artículo 43 CN; en principio todos lo están, e incluso el Ministerio Público conforme lo indicado en el punto b) (iii).
   - *Pasiva:* se remite al punto a) (ii).

iii. Interés suficiente: comprende supuestos de vulneración de derechos subjetivos, de modo que hay que ser rigurosos con la acreditación de este requisito. No obstante, lo dicho en el punto precedente, lo cierto es que este aspecto no puede dejar de relacionarse con el requisito de la representación adecuada. Ello es así por las consecuencias que traen aparejadas las sentencias que se dictan en este tipo de procesos.
   En tal marco, el sujeto (persona física, jurídica, Defensor del Pueblo o Ministerio Público) que se presente instando la acción judicial deberá acreditar, además de la afectación, su idoneidad para representar eficazmente al grupo presuntamente afectado. En algunos casos, tal circunstancia surge inmediatamente de la ley; en otros resulta necesario hacer mérito de las características de la persona presentada en torno a la experiencia sobre el tema de que se trate y de los recursos técnicos y fácticos con los que cuenta para ejercer eficazmente la defensa de los derechos de los grupos afectados.[52]

d) Sistema CABA. Divisibles

i. Caso: el agravio actual o inminente debe recaer sobre un grupo determinado. Tiene que ser acreditado por quien pretenda ejercer la representación adecuada y certificada la clase por el

52. Ver Cám. CAyT CABA, CABA, sala II, "Asesoría Tutelar CAYT N°1 y otros c/ GCBA y otros s/ amparo", 05/07/19.

juez a cargo de la dirección y administración del proceso. La causa de la afectación debe ser común a todos los integrantes del grupo, no así el alcance del daño.

La diferencia sustancial con el régimen federal es que quien ejerce la representación adecuada puede ser una persona que no forme parte del colectivo afectado. Ello, porque está previsto que, en supuestos de derechos de incidencia colectiva, cualquier habitante puede promover el proceso judicial tendiente a que se ordene la prevención, recomposición o resarcimiento del derecho menoscabado. Sin embargo, se torna ineludible la verificación de *oficio* del cumplimiento del requisito de la representación adecuada, tanto del sujeto que pretenda ejercerla cuanto del letrado que lleve a cabo la defensa técnico-jurídica. En caso de no superar dicho filtro, habría que rechazar sin más la demanda (rechazo *in limine litis*). En esa hipótesis, habría perdido su razón de ser la pretensión, en la medida en que no se promueve por la afectación de un derecho propio, sino ajeno. Eventualmente otro sujeto podría iniciar una acción con el mismo objeto, debiendo una vez más verificarse si es idóneo a tal fin.

ii. Partes adversas (legitimación):
   - *Activa:* cualquiera de los sujetos habilitados (se remite al punto b) (ii)).

     En el ámbito de la Cámara en lo Contencioso Administrativa y Tributario de la CABA se reconoció, incluso, la posibilidad de que la Procuración General de la CABA ejerciera una suerte de defensa residual de los derechos de los sectores más vulnerables.[53]
   - *Pasiva:* se remite al punto a) (ii).

iii. Interés suficiente: se remite al punto c) (iii), con el agregado de que dicho interés podría invocarlo un tercero ajeno al

53. "A mayor abundamiento, no es irrazonable considerar que el Estado, a través de la Procuración General de la CABA, podría ejercer una defensa residual de los intereses del sector más vulnerable de las relaciones jurídicas que podrían trabarse a partir de la aplicación de la Ley 5859 y su reglamentación, en tanto dicho grupo no se presentara a integrar la litis cuando esa circunstancia se hiciera posible". Cám. CAyT CABA, sala II, "Centro de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires – Asociación Civil y otros c/ GCBA s/ amparo – otros", 13/12/17.

agravio que habilita la existencia de caso, el que surge del ordenamiento jurídico local (art. 14 CCABA).

Conclusión

El derecho a presenciar una audiencia pública, incluso a contar con la posibilidad de hacer un aporte al tema por el cual se la convoca, no es suficiente para instar una acción ante la omisión del órgano habilitado a fijarla. Para lograr la atención del Poder Judicial, resulta necesario que el sujeto que pretenda promover un proceso judicial a los fines de obtener la declaración de inconstitucionalidad del acto (legislativo o ejecutivo) que, por regla, debió estar precedido de una audiencia pública, acredite la afectación de un derecho subjetivo o interés difuso.[54]

En cada caso corresponde verificar si la situación comprende un supuesto de derechos divisibles o indivisibles. La importancia radica en que, discernido el alcance de la afectación y el bien jurídico sobre el que recae, será posible establecer la presencia de los requisitos necesarios para la tramitación de una causa judicial: caso, legitimación e interés suficiente.

Es determinante el sistema normativo que rige en cada jurisdicción sobre control de constitucionalidad (y, eventualmente, procesos colectivos) a los efectos de fijar postura acerca de la procedencia de un trámite tendiente a impugnar un acto que no ha sido precedido por una audiencia pública cuando, por regla, resultaba obligatoria. En la CABA, por ejemplo, conviven los sistemas de control difuso y concentrado de constitucionalidad. No ocurre lo propio a nivel federal. Tal circunstancia hace que el tratamiento vinculado con los requisitos para instar la actividad judicial sea diverso.

Conforme a la regulación de cada jurisdicción en materia de audiencias públicas, en combinación y armonía con el ordenamiento jurídico que –de acuerdo con las circunstancias del caso– corresponda aplicar, el juez debe asumir quiénes están habilitados a promover un

54. "En efecto, la participación deliberativa es lo que diferencia al usuario del mero administrado y es también lo que impregna de legitimidad a la decisión de la autoridad de aplicación". CSJN, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", *op. cit.* –del voto del ministro Rosatti–.

juicio pretendiendo la invalidez del acto de que se trate por omisión en el procedimiento tendiente a su sanción o dictado (legislativo o ejecutivo, respectivamente).

Para determinar la existencia del presupuesto legitimación (y, consecuentemente, caso), ha de verificarse el alcance de la afectación y, subsiguientemente, si impacta en derechos subjetivos (interés legítimo), intereses difusos o simples. Ello, confrontado desde ya con el ordenamiento normativo que rige en cada jurisdicción. En el caso de la CABA, en la Ley N° 6 se reguló el instituto de audiencias públicas. Allí, según el criterio del autor, se dispone una gradación en torno al derecho a participar en dichos actos públicos, a partir de lo cual se hace posible establecer pautas para considerar la existencia o no de los requisitos necesarios para la procedencia del trámite de acciones judiciales.

Por último, el incumplimiento de los funcionarios a cargo de la convocatoria no es motivo suficiente para subvertir el sistema de control difuso de constitucionalidad que, independientemente del previsto a nivel local por cualquiera de los Estados federados que integran el país, rige en Argentina. De lo contrario, habría que considerar que es posible que un juez declare la inconstitucionalidad de un acto legislativo o ejecutivo sin petición de parte. Hay alternativas de distinta índole en torno a la posibilidad de promover una acción judicial a esos fines, incluso el Ministerio Público está habilitado a hacerlo. De modo que, en caso de que los poderes públicos omitieran convocar a una audiencia cuando esta fuera obligatoria, lo que procedería es su denuncia penal por incumplimiento de deberes de funcionario público, además de las sanciones administrativas que al caso cupieran.

Los procesos colectivos: algunas vivencias en la justicia de la CABA

Osvaldo Oscar Otheguy*

Introducción

El título de este trabajo alude a mi experiencia como operador jurídico (juez de primera instancia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [CABA]), al haber entendido en procesos colectivos. Me referiré a ciertas vivencias en las que tuve que resolver si se reunían los requisitos para la existencia de un "caso o controversia". El interés por tratar este tema surgió a partir de un dato constante: las dificultades que se dieron a partir de lo que se estima es falta de certeza –mayor que la que usualmente existe en el derecho– en los términos para designar y en consecuencia establecer cuáles son esos requisitos.

Los recaudos aludidos no son nítidamente separables, sino que existe entre ellos superposición.[1]

Mairal dice:

> En opinión de un destacado constitucionalista (el concepto de legitimación: *standing*), se encuentra "entre los más amorfos de todo el campo del derecho público",[2] apunto que un juez de la Corte Suprema de EE. UU. reconoció que las generalizaciones sobre la legitimación son en gran medida inservibles.[3]

* Abogado. Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública. Profesor adjunto regular por concurso y en la maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo Económico de la UCA y ex profesor de la especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública de la Universidad Nacional de Tucumán.

1. Mairal, Héctor, *Control Judicial de la Administración Pública*, Buenos Aires, De Palma, 1984, T. I, p. 131.

2. Ibídem, p. 144, nota 15, con cita del prof. Freund, a su vez citado por Scott, Kenneth, "Standing in the Supreme Court. A Functional Analysis", en *Harvard Law Review*, N° 4, vol. 86, 1973, p. 645.

3. Ibídem, p. 144, nota 16, con cita del voto del Justice Douglas en "Association of Data Processing Service Organization v. Camp", 397, U.S. 150, 1970, p. 1561.

No obstante lo dicho, el propósito de este trabajo es tratar de lograr algún grado de certeza en ese aspecto, aunque sea poco, con el conocimiento que se adquiera por medio de un marco teórico en que se desarrollarán los conceptos a utilizar, para luego analizar algunas causas que tramitaron ante el juzgado a mi cargo.

Guibourg ha dicho:

> No hay manera de aplicar una ley sin interpretarla, ya que hasta la más simple lectura de un texto implica el uso de un código lingüístico. No obstante, el lenguaje claro y positivo tiende a desalentar las lecturas alternativas de los terceros relativamente desinteresados. La seguridad jurídica, pues, se vería mejor servida cuanto más precisas (y a la vez llanas) fuesen las cláusulas de la ley.[4]

Eso dicho para la ley, se estima, es extensible a la jurisprudencia y a la doctrina.[5]

Marco teórico a considerar: conceptos a utilizar

Delimitación clásica de la competencia del Poder Judicial y su variación: transferencia de poder a los jueces

Es sabido que con el advenimiento del Estado de derecho surge la división de poderes, como una técnica social para disminuir el riesgo de la concentración del poder (art. 1 de la Constitución Nacional (CN) y art. 1 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [CCABA]). En nuestro sistema constitucional, que toma el modelo de Estados Unidos de América (EE. UU.), la competencia del Poder Judicial está delimitada por el concepto de "causa" (art. 116 de la CN y

4. Guibourg, Ricardo, "Una Concepción Analítica del Derecho", en Botero Bernal, Andrés (coord.), *Filosofía del Derecho Argentina*, Bogotá, Colombia, Temis SA, 2008, pp. 10-11.

5. Hutchinson, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, T. II, p. 10. Dice en relación a los conceptos de acción, demanda y pretensión: "Vamos a analizar [...] tres vocablos que se han utilizado en forma indiscriminada, lo cual ha hecho difícil distinguir con claridad el alcance de esos conceptos, que han tenido y tienen tantos significados que nos recuerdan la célebre obra Alicia en el País de las Maravillas, en cuyo mundo cada palabra tiene el significado que le quiere dar la protagonista. Esto no debiera ocurrir en el Derecho porque vulnera el principio de seguridad jurídica y desvanece el papel de la doctrina y la certeza legal".

art. 106 de la CCABA). Es decir que dicho poder podrá controlar la legitimidad de la actuación estatal, incluso la constitucionalidad, pero en una "causa". No procede de oficio y solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerido a instancia de parte.[6]

En un sentido restringido, "caso judicial" debe ser entendido como la controversia o conflicto de intereses al cual están llamados los jueces a dirimir. En un sentido amplio, "caso judicial" está integrado por ese elemento y por la legitimación y las comúnmente denominadas cuestiones políticas.

En otras palabras, el "caso" se da cuando se esgrimen pretensiones contrapuestas: una controversia que debe ser resuelta por el Poder Judicial. Allí se debe determinar la ilegitimidad con efecto sobre la situación particular planteada. No existe un efecto derogatorio si se está frente a una norma general que rige la controversia, sino su declaración de ilegitimidad, su inaplicabilidad en el supuesto dado. El efecto sobre la situación particular podrá ser más o menos extenso según se trate de un derecho individual o de uno de incidencia colectiva, pero se repite, nunca derogatorio de la norma general. Es decir que el efecto expansivo de la sentencia no significa que no deba existir un "caso".

Debe existir una ilegitimidad, una titularidad de un derecho o interés y un daño o perjuicio sobre ese derecho o interés, por lo que será diferenciado de la afectación o perjuicio por la mera ilegitimidad y en consecuencia un pronunciamiento judicial que no constituya una declaración general, sino decidir colisiones efectivas de derechos.[7]

Tocqueville expresa, en relación al control de constitucionalidad, que EE. UU. ha concedido a los jueces un poder enorme, pero limitado a una "causa", ya que en el supuesto contrario, frente a un Gobierno fuerte no actuarían y frente a uno débil trabarían su funcionamiento; que de esta manera el juez preserva su existencia y a la vez tiene una gran influencia, no obstante pertenecer a un poder contra mayoritario. No se aplica la ley en el "caso", pero no se la deroga.[8] Control

6. CSJN, Fallos: 323:4098; 337:627, entre otros.

7. Hutchinson, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo, op. cit.*, p. 220, notas 38 y 40.

8. Tocqueville, Alexis, *La Democracia en América*, Sarpe, T. I, pp. 111-113.

de constitucionalidad difuso (por parte de todos los jueces, control *a posteriori* con jurisdicción y legitimación amplias).[9]

El juez da origen a una discusión sobre la ley, la desgasta moralmente, y esa discusión se extiende a los otros dos poderes de origen más democrático.

En la concepción descripta están bien precisados los conflictos sociales que debe resolver el Poder Judicial: algunos, no todos. No existe otra pretensión. Los demás conflictos sociales deben ser resueltos por los otros dos poderes del Estado.

Con posterioridad, como en el supuesto de los procesos colectivos, se dan efectos generales de mayor o menor extensión, pero siempre dentro de un "caso".

Aumenta la competencia de los jueces, *existe una transferencia de poder a los jueces*. Los motivos son varios, entre otros: una esperada mayor participación ciudadana, no solo a través de la representación (como ejemplo del derecho positivo, el art. 1 de la CCABA que dice: "La Ciudad de Buenos Aires [...] organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa..."); una mayor economía, eficiencia y eficacia del Poder Judicial al concentrar en un proceso lo que hubiese correspondido a muchos.

A esto se suma otra fuente de *transferencia de poder a los jueces*, el llamado *neoconstitucionalismo, las convenciones internacionales, los derechos humanos*, con derechos abiertos, que no se detallan y otorgan mayor arbitrio a los jueces.[10]

Ambas fuentes al interactuar se potencian, se retroalimentan.

Al confluir en el Poder Judicial generan una tensión, entre su vieja o clásica competencia y la actual. Existe una inercia cultural del litigio clásico, que comprende la formación de los agentes, la estructura or-

9. Mairal, Héctor, *Control Judicial de la Administración Pública, op. cit.*, p. 19 y nota 12 de p. 143 en la que transcribe el siguiente párrafo de la *Democracy in América* (p. 102), también citado por la mayoría en el fallo "Sierra Club v. Morton", 405 U.S. 727(10972): "... al dejar que el interés privado censure la ley, y al unir íntimamente el juicio a la ley con el juicio a un individuo, la legislación queda protegida de los asaltos desenfrenados y de las agresiones diarias del espíritu partidario. Los errores del legislador se exponen sólo para atender a una necesidad real, y siempre es un hecho positivo y apreciable el que debe servir como base a la acción".

10. Guibourg, Ricardo, "El Sincero Ocaso del Derecho", *La Ley*, 14/08/15. Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/2309/15).

ganizacional, el diseño de los edificios, los procedimientos, entre otros aspectos, que no se corresponde con la nueva competencia.

Frente al desarrollo descripto, más allá de las voces en favor y en contra, surge el peligro que ya señalaba Tocqueville: que esa mayor competencia del Poder Judicial otorgada por los poderes políticos, paradójicamente pueda generar una posible reacción de esos mismos poderes, contra el Poder Judicial y el estricto cumplimiento de sus decisiones. Asimismo, es necesaria la racionalización de un producto escaso, el Poder Judicial no tiene medios ilimitados; se deben evitar a los paladines de la justicia, se debe actuar con prudencia en relación a la repercusión sobre intereses contrapuestos al ampliarse los efectos de la sentencia. A esto se agrega en la CABA un elemento propio, como es la competencia especial que se le asigna al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) por el artículo 113, inciso 2 de la CCABA, en relación a la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de normas generales, por la mera ilegitimidad, sin necesidad de ninguna otra afectación.

Por todo esto es importante que, no obstante que se esté frente a un proceso colectivo, se debe tener bien presente que siempre debe existir un "caso", como tradicionalmente se ha exigido.

En esa situación, cumplir con la ley y con la constitución se torna muchas veces dificultoso al intervenir en procesos colectivos, debido a la falta de certeza de los términos que designan los requisitos de un "caso".

Esos requisitos son de orden público y por tal motivo, si están reunidos debe ser determinado de oficio por el juez.[11]

Requisitos para que exista un caso y términos o palabras para designarlos

De fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), del TSJ de la CABA y la doctrina se estima que surgen los requisitos para que exista un "caso" y los diferentes términos o palabras para designarlos. Entre los fallos que se tienen en cuenta, varios son provenientes de procesos colectivos, para comprobar que frente a la expansión

11. Art. 116 de la CN y art. 2 de la Ley N° 27, CSJN Fallos: 310:2342, 332:111, entre otros.

de la competencia de los jueces se trata de reafirmar con más énfasis su límite clásico.[12]

En este lineamiento, los requisitos son:

a. *Existencia de ilegitimidad* (*acto u omisión*). No una irregularidad que haga a la oportunidad, mérito o conveniencia o política.
b. *Afectación*, o *perjuicio*, o *agravio diferenciado*. También se lo denomina especial, específico. Puede ser económico, moral o de otro carácter.[13]

   La mera ilegitimidad –en tanto afecta a todos el hecho de que no se cumpla con el ordenamiento jurídico– no confiere la facultad de ser parte en un proceso; es decir, no existe "caso".

   Debe existir además una afectación diferenciada. Una afectación de un derecho o interés tutelado por el ordenamiento jurídico.

   Existe un *derecho a reclamar ante la justicia* abstracto (acción) (art. 18 CN y art. 8 Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], CN art. 75, inc. 22 –el derecho de defensa en juicio, la tutela judicial efectiva–) cuyo titular es una *persona*. El hecho de ser persona confiere la *capacidad de obrar* por sí o por representantes y da lugar a la *capacidad procesal*. Ese derecho a reclamar y la capacidad procesal constituyen la *legitimatio ad processum*. Se trata de un *derecho en abstracto*, en general. La *demanda* es el instrumento en que se ejercita la *acción* iniciando el proceso y contiene la *pretensión* que es un *reclamo concreto* ejercido por un sujeto activo contra un sujeto pasivo, ante un tribunal, en relación a bienes, derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico, para obtener un *remedio efectivo*. El objeto del juicio es la pretensión. Capacidad procesal es la aptitud para ser

12. CSJN, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N.-ley N° 25873 dto. N° 1563/04 s/ amparo ley N°16986", Considerando 9, 24 de febrero de 2009 (Fallos 332:111). En "Thomas, Enrique c / Estado Nacional s/ amparo", del 15 de junio de 2010 (Fallos: 333:1023) la CSJN ha reafirmado en forma categórica que siempre es necesaria la existencia de un "caso" para la intervención del Poder Judicial (considerando 9 del voto de la mayoría en "Halabi"). TSJ de la CABA, "Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado Expte. Nº 6542/09 "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: "Barila Santiago c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", 4 de noviembre de 2009.

13. Mairal, Héctor, *Control Judicial de la Administración Pública*, *op. cit.*, T. I, p. 152.

parte de un proceso *in genere*, la legitimación es la aptitud para ser parte de un proceso en concreto (*la legitimatio ad causam*) y deriva de una relación existente entre la esfera de intereses y derechos de un sujeto con la conducta realizada por otro sujeto que supuestamente en forma ilegítima invadió tal esfera, afecta supuestamente los intereses o derechos, cuestión que no siempre se puede demostrar *a priori*. El juez admite la falta de legitimación para obrar como previa cuando fuere manifiesta, de lo contrario la considera al resolver la sentencia. Cabe destacar que para iniciar un proceso no es necesario que el demandante tenga realmente el derecho que alega y la legitimación que afirma. En el momento en el que se inicia el proceso, el derecho y la legitimación pueden ser simples afirmaciones y suposiciones, es decir, hechos aun no comprobados.[14] La *legitimación* es un derecho a ser demandante o demandado en determinado juicio, no es un derecho a una sentencia en el sentido de lo pedido en la demanda o contestación.

En el caso "Thomas" –considerando 4 del voto de la Doctora Carmen Argibay–, se expresa que la determinación sobre si la parte actora se encuentra o no *legitimada* para actuar en el juicio no puede llevarse a cabo de manera aislada, *separada del interés que en el caso concreto se pretende proteger con la interposición de la demanda*, que ningún sujeto está genéricamente *legitimado* para intervenir en cualquier causa, sea cual fuere su objeto, sino que tendrá o no legitimación según su *relación con la pretensión que introdujo, es decir con el interés que denuncia como afectado y para el cual quiere protección judicial*.

Se interpreta que el fallo determina la necesidad de una relación razonable entre la ilegitimidad –se pretendía en el caso la declaración de ilegitimidad de la Ley de Comunicación Audiovisual– y el interés que se dice afectado. Así, en el caso en estudio, se llega a la conclusión de que la presunta ilegitimidad de la sanción de la ley no tiene una razonable relación con el interés que como ciudadano se invocó. Es una afectación general, pero *indirecta* (es el segundo requisito que analizaremos en un orden

14. Hutchinson, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo, op. cit.*, p. 214, nota 15.

a efectos pedagógicos, pero que en la realidad se superponen como dice Mairal[15]) ya que no especifica un perjuicio diferenciado (un perjuicio que se vea, que exista, en consecuencia, que sea concreto), que le produzca el contenido de la ley misma en cuanto regula los servicios de comunicación audiovisual.

Si se da un contrato de suministro entre un proveedor y la Administración y esta no paga el precio, el proveedor que tiene *derecho a reclamar* ante la justicia (*acción*, derecho abstracto, derecho subjetivo público), que por ser persona tiene capacidad de obrar por sí o por sus representantes, lo que le da *capacidad procesal* (*legitimatio ad processum*), puede iniciar la *demanda* que contenga la *pretensión* que se le pague el precio (es un reclamo concreto contra la Administración) ante un Tribunal, pidiendo su actividad en busca de ese *remedio efectivo*, por la afectación de su patrimonio, derecho de propiedad tutelado por el ordenamiento jurídico (es el interés que en el caso concreto pretende proteger el actor). Hay una afectación diferenciada de la afectación que a todos perjudica por la mera ilegitimidad que se da por el no pago del precio. En otras palabras, se da una ilegitimidad que a todos afecta porque todos estamos interesados en la vigencia del ordenamiento jurídico y una afectación diferenciada respecto del derecho de propiedad (patrimonio). No es suficiente que la actora argumente que la demandada actuó de manera jurídicamente reprochable, ilegítimamente. Se debe precisar cuál es el derecho o interés protegido, en virtud del cual se considera *legitimada* para reclamar.[16]

Si el real acreedor no inicia el proceso, no obstante la ilegitimidad existente, otro no puede exigir el cumplimiento del contrato ante la justicia, no tiene *legitimación*, porque no está afectado en su patrimonio aunque esté afectado por la existencia de la ilegitimidad.

La no existencia de "caso" se puede determinar por el juez *a priori*, si esta es manifiesta, o en la sentencia, luego de conocer, sin entrar en consecuencia al fondo del asunto o controversia, esto es, si se debía o no el precio. En la sentencia, sobre el

15. Mairal, Héctor, *Control Judicial de la Administración Pública, op. cit.*, p. 131.

16. CSJN, "Entre Ríos, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad-incidente de medida cautelar", 1º de octubre de 2019. Voto del juez Carlos Fernando Rosenkrantz, cons. 4 y 5.

asunto de fondo se puede determinar que no se debía el precio porque había sido pagado o porque no se entregó el suministro, que no había ilegitimidad. En otras palabras, la legitimación hace a la admisibilidad de la acción, no a su procedencia.

En el ejemplo dado el acreedor es titular de un *derecho subjetivo*: frente a su derecho ante la administración en forma exclusiva, individual, singular, de una conducta debida, que excluye a otros, surge una obligación, una conducta debida de esta hacia él, exclusiva, individual, singular. Se trata de un *derecho cuyo objeto es un bien individual*.

Cuando se está frente a un *derecho de incidencia colectiva a un ambiente sano, cuyo objeto es un bien colectivo indivisible*, motivo por el cual su titular es una comunidad,[17] si la administración no cumple con una norma técnica indubitada respecto de la instalación de cierto tipo de maquinaria, que por esa causa produce derrames líquidos tóxicos en su funcionamiento, y habilita la actividad industrial, ello produce una ilegitimidad, pero solo existirá un perjuicio diferenciado o especial, que dé lugar a la facultad de reclamar ante el Poder Judicial la conducta debida de la administración, si se invoca, argumenta y ofrece prueba respecto de la afectación del derecho al ambiente sano protegido por el ordenamiento, como sería el supuesto de perjuicios a la fauna y flora de un río cercano a la fábrica y la pureza de sus aguas. La pretensión debe enfocarse en la incidencia colectiva del derecho y no sobre bienes individuales como el patrimonio u otros del peticionante o de quienes este represente.[18]

No puede darse por cierto que esa ilegitimidad respecto de la instalación de la maquinaria producirá un daño ambiental si nada se dice al respecto. A eso se debe agregar que la afectación se dé respecto de un determinado ambiente cuya titularidad sea de determinada comunidad, la de aquella en donde se encuentra la fábrica, no otra. No habría "caso", lo que se puede determinar *a priori* si es manifiesta la falta de daño al ambiente o en la sentencia, pero sin entrar al fondo de la cuestión

17. Art. 43 de la CN y Fallo "Halabi", cons. 11.

18. "Halabi", cons. 11.

sobre si existe la ilegitimidad o no por la invocada violación de la norma técnica o incluso si no se ha producido el daño por diversas circunstancias, como pueden ser la falta de prueba, la existencia de otras causas de contaminación, la no violación de los estándares de contaminación de las aguas.

En "Thomas" la CSJN dijo que el daño abstracto se da cuando el demandante no puede expresar un agravio diferenciado o especial respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos. No puede fundar su legitimación en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes, ya que se deformarían las atribuciones del Poder Judicial en su relación con los otros dos poderes.

Otro ejemplo sería si al aumentar una tarifa de un servicio público, la administración viola la norma jurídica que establece que la decisión debe estar debidamente fundamentada, debidamente causada. Ello constituye una ilegitimidad, pero para reclamar ante la justicia el cese de esa ilegitimidad y el no aumento de la tarifa, los únicos que estarían legitimados serían los integrantes de un grupo, colectivo o clase de usuarios cuyos patrimonios (derecho de propiedad) se viesen afectados por la ilegitimidad. No otros. Tendrían un *derecho de incidencia colectiva cuyo objeto serían derechos individuales homogéneos, bienes individuales homogéneos*.[19] La homogeneidad está dada por un único hecho, el aumento ilegítimo de la tarifa, y una misma afectación, la de los patrimonios (derecho de propiedad) de los usuarios. No la de los diferentes montos de su perjuicio sino la afectación en general de cada uno de los patrimonios. Esa afectación de sus patrimonios sería la diferenciada respecto de la afectación causada por la mera ilegitimidad. También cada usuario podría reclamar esgrimiendo un derecho subjetivo. En el derecho subjetivo el *remedio efectivo* producto de la sentencia lo sería respecto únicamente del usuario que ejerció la acción: el cese de la ilegitimidad y en consecuencia del aumento que es el daño a su patrimonio (derecho de propiedad). En el proceso colectivo, el remedio efectivo lo será

19. Halabi, cons. 12, art. 43, párr. 2, CN.

respecto de todos los usuarios que integran el grupo, colectivo o clase. Lógicamente que por un pequeño monto que es el de un aumento de tarifa respecto de un usuario, ese motivo desalentaría el inicio del reclamo por ESE usuario: los costos del juicio (*v. gr.* la pericia sobre un tema tan complejo), el tiempo dedicado a ello, por un beneficio de poca entidad, la saturación del Poder Judicial si se iniciasen múltiples causas por un mismo tema. Por eso el proceso colectivo fomenta la vigencia de la legalidad, de una mayor participación ciudadana, logra una mayor economía y eficacia del Poder Judicial. Es vital para la aceptación de un proceso colectivo demostrar que la defensa del derecho será ineficaz en forma individual, que se constate que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado,[20] sin perjuicio de lo cual procederá cuando exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o por las particulares características de los sectores afectados, como grupos, colectivos o clases tradicionalmente vulnerables en cuanto a la defensa de sus derechos. Podría ocurrir, también aquí, que no se trate de un grupo de usuarios afectados el que ejerce la pretensión, o que no exista la afectación por cualquier otro motivo. En estos supuestos tampoco existirá "caso" por falta de afectación diferenciada.

El reclamo judicial en el supuesto de un derecho de incidencia colectiva de derechos individuales homogéneos debe: 1. Identificar el grupo, clase o colectivo afectado; 2. Demostrar la idoneidad de quien pretenda asumir la representación; 3. Contener cuestiones de hecho y derecho comunes y homogéneas, por sobre las individuales; 4. Contemplar la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado.[21]

c. *Afectación diferenciada directa.* También se la denomina inmediata, en tanto una cosa que sigue a la otra. No es remota, indirecta. Debe existir una causalidad razonable entre la ilegitimidad y el perjuicio o afectación diferenciada que se invoca. En el ejemplo del contrato de suministro la ilegitimidad de no cumplir con

20. "Halabi", cons. 13.

21. CSJN, Acordada N° 12/2016, Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos.

el pago del precio tiene una relación causal directa con el perjuicio en el patrimonio del proveedor del Estado. La afectación invocada lo es sobre el derecho al patrimonio, protegido en esa relación contractual. En el supuesto de los derechos de incidencia colectiva correspondiente a intereses individuales homogéneos por la ilegitimidad por falta de fundamentación debida de la tarifa, también la afectación diferenciada es directa, sobre el patrimonio de cada integrante del grupo y, nuevamente, el derecho al patrimonio está protegido en esa relación. En cambio, si una cámara empresaria de fabricantes de electrodomésticos pretendiese iniciar una demanda alegando una afectación del patrimonio de sus integrantes por la disminución del poder de compra de sus productos por parte de los usuarios (afectación del patrimonio de los usuarios), se estima no habría una relación causal razonable entre la ilegitimidad y la afectación alegada. No tendría la cámara un derecho protegido por el ordenamiento jurídico o zona de interés. Se debe recordar siempre que la afectación invocada debe ser sobre derechos protegidos por el ordenamiento jurídico o zona de interés.[22]

La Ley de Procedimientos Administrativos N° 19549 (LPA) establece la necesidad de que el acto esté fundado, motivado, para proteger en primer lugar a su destinatario o a los eventuales perjudicados, previsiblemente dispuestos a plantear la cuestión. Ahora bien, a modo de ejemplo, nos preguntamos,

22. Córdova Moyano, Matías, "Legitimación amplia equivale a control judicial amplio", *La Ley, Sup. Adm.*, 2017 (noviembre). Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/2626/2017). Comentario sobre el fallo de la Suprema Corte de los EE. UU. en un juicio seguido por la ciudad de Miami contra las entidades financieras Bank of America Corporation y Wells Fargo and Co. con motivo de préstamos dados en condiciones discriminatorias a comunidades afroamericanas y latinas que ocasionaron luego desalojos que produjeron que se deshabitaran zonas del municipio, lo que lo llevó a la pérdida de tributos y a mayores gastos. La Suprema Corte consideró legitimada a la ciudad de Miami por estar afectada su zona de intereses protegida por la *ley de viviendas justas*, pero una vez determinado eso devolvió la causa a los tribunales inferiores para que determinen si la causa alegada por Miami es lo suficientemente próxima al daño que habría sufrido. Esto hace al fondo de la cuestión, no a la legitimación. En otras palabras, consideró que la ley de viviendas justas no solo contempló proteger a las comunidades asalariadas sino a otros como el municipio de Miami, que por eso está legitimado, lo que no significa que luego no deba probar que por la causa que invoca sufrió el perjuicio y no por otras causas.

¿podría considerarse que la LPA otorga derechos o una zona de interés que llegue a los fabricantes de electrodomésticos al dictarse un acto de aumento de tarifas?; ¿no se acercaría la afectación a la mera ilegalidad al extender tanto la zona de interés?
La invocación a su afectación al patrimonio es vaga, no precisa. Se considera que no están en la zona de interés, no son principales perjudicados, son una parte de la sociedad entre otras muchas perjudicadas.
No obstante, si hipotéticamente se entendiese que están en la zona de interés, estarían legitimados, podrían ser parte, habría "caso", pero eso no significa que luego en la sentencia se determine que el daño alegado no existe por falta de relación de causalidad por existir otra u otras causas en la disminución del poder de compra y el daño consiguiente, o directamente porque no se prueba el daño. Mairal agrega un elemento más para tener en cuenta, que denomina *factor distintivo*, en el que incluye la sinceridad de los propósitos del actor, como su actividad pasada en defensa de los intereses en cuestión o su carácter de perjudicado especial.[23] En los procesos colectivos desde luego esto se deberá apreciar en relación a los titulares de los derechos de incidencia colectiva. Como se puede observar nuevamente, el arbitrio que existe es muy amplio.

d. *Afectación diferenciada directa, actual o inminente.* Sinónimo de este último término es inmediato, pero acá con el significado de algo que está por suceder en un futuro en forma cierta, luego de que sucede otro acontecimiento. En otras palabras, de algo que sucederá generalmente en poco tiempo a partir de un momento dado, como sería a partir de que se presenta la demanda. En poco tiempo generalmente porque es cuando en mayor porcentaje de veces se tratará de un acontecimiento que ocurrirá en forma cierta. Si es más lejano ese acontecimiento es menos probable que pueda acontecer en forma cierta. Se habla de amenaza, afectación no hipotética, no conjetural, no supuesta, no teórica, cierta, no eventual, no abstracta. Lo actual o inminente alude al tiempo en que sucede

23. Mairal, Héctor, *Control Judicial de la Administración Pública, op. cit.*, p. 205.

o sucederá la ilegitimidad y la afectación diferenciada. Desde luego, si la ilegitimidad no se ha producido y no se vislumbra que se producirá, no puede existir afectación diferenciada. Por tal motivo, la ilegitimidad debe ser actual o inminente y la afectación diferenciada también al momento del reclamo judicial. Un planteo conjetural sería el que para su concreción dependiese de hechos futuros contingentes.[24]

Como se dijo al comienzo de este trabajo, los requisitos de un "caso" no son nítidamente separables, sino que existe entre ellos superposición.[25] La *ilegitimidad* es un requisito y la *afectación diferenciada* de la mera ilegitimidad otro; que la afectación provenga de una causa razonablemente relacionada con la ilegitimidad es otro (*directa afectación*), pero en lo de *actual* o *inminente* se da por entendido que existe la ilegitimidad, la afectación diferenciada derivada de ella, directa y sustancial, que existe el *remedio efectivo* y que la causa sea *concreta*. Acá se da el ejemplo del requisito de lesión actual o inminente, pero lo dicho es válido para cuando se analice cada uno de los requisitos. Se dijo antes que el orden que se da en este trabajo a los requisitos es pedagógico.

e. *Afectación diferenciada, directa, actual o inminente y sustancial*. Parte sustancial de algo, es lo nuclear, de cierta relevancia, gravedad del daño, no leve, no insignificante. No se refiere solo a lo económico, puede ser moral, o de otro carácter, como la repercusión social.

f. *Que el reclamo busque un remedio efectivo*. Remedio adecuado, específico, de carácter definitivo. En la demanda se tiene que presentar una afectación que pueda ser remediada. Reclamar la decisión que sea remedio al daño. Por oposición a una opinión o asesoramiento. En el requisito del remedio efectivo existe un interés directo en el resultado del litigio, en que cese el perjuicio. En el ejemplo del derecho subjetivo del contrato de suministro el remedio buscado por el reclamo judicial es la condena a que la administración pague el precio, que cese la ilegitimi-

24. CSJN, "Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 4 de junio de 2019, consids. 6 a 23 del voto de la mayoría y consids. 7, 8 y 11 del voto en minoría del juez Rosenkrantz.

25. Mairal, Héctor, *Control Judicial de la Administración Pública, op. cit.*, p. 131.

dad de la obligación incumplida y el daño al patrimonio del que reclama, que es la afectación diferenciada.

En el supuesto del derecho de incidencia colectiva en que la comunidad es la titular del bien indivisible, la condena solicitada busca lo mismo, remediar la ilegitimidad de la violación de la norma técnica indubitada que producía un perjuicio o afectación diferenciada al ambiente. El beneficio es para la comunidad. Existe un "caso". Si el reclamo fuese presentado por alguien que invocase un derecho subjetivo, no se le otorgaría legitimación, no existiría "caso", porque el remedio del cese de la ilegitimidad y de la afectación no puede beneficiar solo al actor ya que el bien ambiente al que alude la pretensión, conformado por la fauna y flora del río y la pureza de sus aguas, es indivisible. Décadas atrás, antes de que se admitiese la posibilidad de un proceso colectivo, esa ilegitimidad y afectación hubiese quedado excluida del control judicial, no hubiese existido "caso". Esta nueva noción de "caso" que difiere de la clásica, se da ante la prueba de la afectación del bien tutelado, no importa la posición del demandante en relación al bien colectivo, no existe titularidad individual, nadie puede disponer en forma exclusiva, excluyente.[26]

En el supuesto del ilegítimo aumento de la tarifa por falta de fundamentación debida, el remedio es el cese de la ilegitimidad y del daño al patrimonio de los usuarios, no de cada uno de los montos del daño. El reclamo de un usuario afectado integrante de un grupo beneficia a todos los integrantes del grupo, salvo que hayan expresado su oposición a ser representados. Es un derecho de incidencia colectiva cuyo objeto son bienes individuales homogéneos. Por tal motivo, cada usuario podría esgrimir un derecho subjetivo y obtener como remedio efectivo, como beneficio, el cese del aumento y de la afectación en forma individual. Juan Francisco Linares expresaba en 1986, en cuanto a la irrazonabilidad del monto de una tarifa, que la CSJN

26. TSJ CABA, "Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA y su acumulado expte. Nº 5868/08)", 1° de diciembre de 2008.

consideraba inadmisible la impugnación,[27] y decía que no se veía claro por qué, que lo más probable era que como los juicios se referían a causas de pequeños montos era imposible a los impugnantes producir la compleja y onerosa prueba pericial de ingeniería de valuación contable y que el tribunal en vez de referirse a la falta de prueba, optaba por sentar la regla de que la justicia no estaba autorizada por la ley del servicio a considerar la cuestión, como si fuera materia discrecional irreversible, y que eso no era así. Esto demuestra que era posible esgrimir un derecho subjetivo, pero que la Corte ante la falta de un proceso de incidencia colectiva en esa época, que hubiese hecho posible hacerse cargo de los gastos de un juicio de esa envergadura, como los que representan los estudios técnicos sobre la composición de la tarifa, argumentaba que la cuestión no era justiciable.[28]

g. *Alcance de la sentencia y su ejecución*. Relacionado con el remedio efectivo está el alcance de la sentencia y su ejecución. La extensión de la sentencia en el proceso colectivo deberá estar limitada, lo cual es característico de un "caso". Podemos decir, ineludiblemente limitada, con mucha mayor razón que en un proceso individual. Porque en el supuesto contrario, si la afectación fuese muy extendida, por ejemplo en cuanto a una norma de efectos generales, ello implicaría en la práctica una derogación, lo que se correspondería con una acción popular y no una en la que estén en juego derechos de incidencia colectiva. Por tal motivo la limitación en ese supuesto deberá darse, por ejemplo, respecto de un momento dado de una clase, grupo o colectivo, que siempre está variando. Así, en el fallo "Barila" en que se reclamó por el incumplimiento por parte del GCBA del artículo 43 de la CCABA y la Ley N° 1502 que establecen como obligación para el sector público de la CABA, respecto de su personal, cumplir con un cupo del 5% de personas con necesidades especiales, el juez Lozano expresó que las *condenas imprecisas* provocan una lesión al derecho de

27. Fallos CSJN: 184:306.

28. Linares, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pp. 531-532.

defensa ya que en la ejecución de la sentencia no se admite un debate pleno y que la función jurisdiccional debe respetar el principio de *unidad de la sentencia*, que obliga a resolver las pretensiones en una única ocasión (art. 145, inc. 7 del Código Contencioso Administrativo y Tributario [CCAyT]). Que en ese sentido la sentencia debe establecer que las personas con necesidades especiales, inscriptas en el registro pertinente, tengan el derecho a que se las nombre para cubrir vacantes disponibles al momento de emitirse la condena y hasta completar el porcentaje previsto por el régimen aplicable. Que esa precisión facilita la ejecución, no petrifica la sentencia con motivo de la cosa juzgada al contemplar que cambie la ley e incluso que sea derogada no rigiendo más el porcentaje en favor de personas con discapacidades y consagra el derecho ante el cambio de la ley de los que no hubiesen sido incorporados, conforme la cosa juzgada.

h. *Causa concreta.* Este requisito que se menciona en forma habitual para determinar si existe un "caso", se estima, comprende a todos.

   Si se dan todos los requisitos anteriores existe una causa concreta. Concreta significa que exista, se vea, sea real y como para que exista un caso deben existir todos los requisitos, uno solo que falte y el caso no será concreto, no existirá, no estará maduro, cristalizado, será conjetural (juicio u opinión en base a indicios, datos incompletos o supuestos), hipotético (basado en una suposición a partir de datos que sirven para iniciar una investigación), supuesto, no será genuino, será eventual, prematuro.

   También se dice que el caso o controversia debe ser preciso, bien delimitado, detallado, cierto (que no se pueda poner en duda), verdadero, indubitable, no especulativo. Que existan partes adversarias, argumentos encontrados, que definan con precisión lo que se debe resolver.

   El pronunciamiento del Poder Judicial será concreto, no abstracto, sobre una situación determinada, no una declaración general.

Análisis de causas tramitadas ante nuestro tribunal

Con el marco teórico desarrollado en el punto anterior pretendemos conocer mejor los reclamos judiciales que se dieron y que determinaron las vivencias a que hace referencia el título de este trabajo.

a. La *primera vivencia* que analizaremos se trató de un amparo como proceso colectivo por la violación de una normativa urbanística (Código de Planeamiento Urbano (CPU) Ley N° 449 de la CABA) en la autorización de la Administración para construir un edificio.[29] Se pretendía como *remedio* la nulidad de ese acto administrativo y en consecuencia la adecuación de la obra a los límites impuestos por esa normativa. Se invocaba la afectación del derecho de incidencia colectiva a un ambiente sano (arts. 14 y 26 de la CCABA.).
   En la sentencia de primera instancia se consideró que existía "caso". Sobre la existencia de "caso" el juez puede pronunciarse *a priori*, si es manifiesta; o en la sentencia, sin entrar en consecuencia al fondo del asunto. En esta ocasión se determinó la existencia de "caso" en la sentencia y a continuación se resolvió el fondo del asunto determinando la ilegitimidad de la autorización. La fundamentación que se dio para decidir la existencia de un "caso", en otras palabras, fue la siguiente:
   1. Que se invocaba la violación de la normativa urbanística, *la ilegitimidad*;
   2. Esa ilegitimidad debía producir una *afectación diferenciada*, especial, específica, en el derecho de incidencia colectiva al ambiente sano (arts. 14, 26 y siguientes de la CCABA), es decir diferente de la mera ilegitimidad por la violación de la normativa urbanística que a todos afecta. Esto porque el CPU tiene como uno de sus objetivos la preservación del ambiente urbano. Aunque la titularidad de ese tipo de derechos solo puede recaer en determinada comunidad, su objeto es un bien indivisible, en ningún caso existe un

29. Juzgado CAyT de la CABA N° 8, "Vera, Gustavo Javier c/GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)", Expte. A66485-2015/0, 4 de julio de 2017.

derecho de apropiación individual sobre el mismo.[30] La representación era ejercida por un habitante de la Ciudad. Se consideró que la autorización dada si era ilegítima por violación de la normativa urbanística hacía que en esa situación, frente a las circunstancias de hecho y la normativa al respecto, la obra se debía presumir como de impacto ambiental de relevante efecto y por consiguiente sujeta a una evaluación, por lo que al no ser evaluada surgía la posibilidad de que se ocasionase un daño ambiental. Es decir, la Administración no realizaba la evaluación del impacto ambiental porque consideraba legítima la autorización. Si no hubiese dado la autorización por considerar que la normativa lo impedía, la única alternativa para la construcción de la obra hubiese sido solicitar a la legislatura una excepción y allí se hubiese dado la obligación de la evaluación del impacto ambiental, dado que por su magnitud la obra se debía presumir de relevante impacto ambiental, conforme la normativa vigente. En síntesis, al no realizarse la citada evaluación surgía la posibilidad del daño al ambiente. Aunque no se lo especificó en la sentencia, ahora decimos que ese daño ambiental podría haberse dado respecto del congestionamiento de tránsito, faltante de agua corriente y cloacas, contaminación del aire, saturación de la recolección de basura, falta de armonía con el resto del tejido urbano, afectaciones estéticas, etcétera. Todos componentes insusceptibles de apropiación individual que conforman el bien indivisible ambiente.

3. La afectación diferenciada era *directa, no remota*. Existía una causalidad razonable entre la ilegitimidad y el perjuicio. Bastaba la ilegitimidad por violación de la normativa urbanística para que de ello se infiriese sin ninguna otra causa, que no se hiciese la evaluación del impacto ambiental. No se trataba de causas remotas, indirectas. El CPU y la normativa que exigía la evaluación del impacto ambiental buscaban proteger derechos o una zona de

30. Halabi, Fallos 332:111.

interés de la comunidad a un ambiente sano en tanto bien indivisible, y no derechos subjetivos cuyo objeto fuera un bien individual, como la propiedad y la salud de cada uno. La afectación lo era sobre una comunidad determinada. El derecho al ambiente sano consagrado en la CABA lo es de esa comunidad. Por otra parte, el legitimado extraordinario, como lo es un habitante, tiene que ser un habitante de la CABA (art. 14 CCABA).

4. La afectación al derecho al ambiente sano era producida por *una lesión actual o inminente* en cuanto a ilegitimidad, pues la autorización había sido dictada, y la afectación del derecho al ambiente se produciría definitivamente con la obra terminada. No era una ilegitimidad y daño diferencial hipotético, conjetural, supuesto.
5. El daño era *sustancial,* no insignificante, por la magnitud de la obra.
6. El reclamo de la parte actora buscó un *remedio efectivo*. La afectación diferenciada del derecho al ambiente podía ser remediada a través de la declaración de nulidad de la autorización de la obra y en ese supuesto si se deseaba continuar con la obra se debía tramitar una excepción de la legislatura con la consiguiente evaluación de impacto ambiental, como se dijo antes. Al no hacerse esa evaluación, por considerar la Administración que la obra era legítima, surgía la posibilidad de una afectación del derecho al ambiente sano. El remedio beneficiaba a la comunidad titular del derecho de incidencia colectiva a un ambiente sano. No podía ser un remedio que beneficiase a alguno en exclusividad pues el objeto del derecho era indivisible. Si alguien se hubiese presentado invocando un derecho subjetivo no se le hubiese otorgado legitimación, no hubiese existido "caso". La ilegitimidad no hubiese podido ser controlada en sede judicial.
7. La causa o controversia era *concreta,* visible, real, madura, cristalizada, existía, no era conjetural, hipotética, supuesta, eventual, especulativa, era genuina, precisa, bien delimitada, cierta, verdadera. Como se dijo se usan diferentes términos o palabras para nombrar un mismo concepto.

Causa concreta, comprende a todos los demás requisitos de un "caso" en cada circunstancia. Los requisitos no son nítidamente separables. La CSJN ha dicho que "causas judiciales" son aquellas en las que se persigue en concreto (es decir en forma real y precisa) la determinación de un derecho debatido entre partes adversas.[31] El derecho debatido (a través de las dos pretensiones encontradas) respecto del cual se buscaba la determinación en concreto era el derecho a un ambiente sano, posiblemente afectado por una posible ilegitimidad en materia urbanística. En síntesis, en *primera instancia* se consideró que existía un "caso", lo que permitió al Poder Judicial entrar a controlar la actuación de la Administración, dictando la sentencia que resolvió la controversia. Se condenó al cese de la ilegitimidad y a su efecto, el daño diferenciado al ambiente por no realizarse la evaluación de impacto ambiental, que posiblemente hubiese determinado que se causaba un daño al ambiente como bien indivisible.

La Cámara confirmó el pronunciamiento en cuanto a la existencia de un "caso", y la solución de fondo.[32] Uno de los jueces remitió a lo dictaminado por la Fiscalía de Cámara. Lo interesante, a nuestro criterio, que aporta ese dictamen es el concepto de amenaza. Se expresó que en los derechos de incidencia colectiva el concepto de amenaza como acto lesivo cobra mayor relevancia porque desplaza la noción de afectación directa. Amenaza significa que cierta cosa sea una posible causa de riesgo o perjuicio. Aquí el daño ambiental no se daba simplemente en forma cierta sino como posiblemente cierto ya que si no se realizaba la evaluación del impacto ambiental podía ocurrir que existiese ese daño y no fuese advertido. Otro de los magistrados agrega, a nuestro entender compartiendo el criterio de primera instancia, la vinculación entre las regulaciones sobre

31. Fallos CSJN: 156:318; 321 y 317:335.

32. Cámara de Apelaciones en lo CAyT de la CABA, Sala III, "Vera, Gustavo Javier c/ GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)", Expte. A66485-2015/0, octubre de 2017.

el planeamiento urbano y el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano sostenible y que eso basta para admitir una amplia legitimación.[33]
Finalmente, el TSJ revocó la decisión por entender que no existía "caso" por no darse el requisito de la afectación diferenciada sobre el derecho a un ambiente sano.[34] Expresó que la sola ilegitimidad de la normativa urbanística no significa que se produzca una afectación del ambiente, que en consecuencia no existía una afectación diferenciada y que al no darse ese requisito no existía "caso" judicial. El juez Lozano dijo que quien con arreglo al artículo 14 de la CCABA articula una acción destinada a la protección del ambiente debe ocuparse en su demanda de alegar y probar cuál es el riesgo o afectación.[35] Que la pretensión estuvo destinada exclusivamente a obtener la nulidad, la ilegitimidad de actos contrarios al CPU, pero no sobre bases ambientales. Que una visión prudente sería reconocer legitimación para instar un debate de esta especie a quienes muestren una afectación singular, como por ejemplo una pérdida significativa de valor de sus terrenos o construcciones o molestias que las normas infringidas tendieran a evitar. Ello, expresa, incluso sería congruente con una interpretación amplia del artículo 6 del CCAyT de la CABA, que en materia de legitimación establece que pueden interponer la demanda quienes invoquen una afectación, lesión o desconocimiento de derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico. El juez Casás expresa que el artículo 27 de la CCABA hace que las distintas regulaciones urbanísticas sean el resultado del planeamiento estatal para el ordenamiento y mejoramiento territorial y

33. Con cita al fallo del TSJ de la CABA, "Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/ queja recurso de inconstitucionalidad denegado", 1° de diciembre de 2008.

34. TSJ de la CABA, "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Vera, Gustavo Javier c/GCBA y otros s/ amparo", Expte. 15101/18, 26 de octubre de 2018.

35. Con cita al fallo del TSJ de la CABA, "Di Filippo, Facundo Martín c/ GCBA s/ amparo (14 CCABA s/ recurso de inconstitucionalidad concedido y su acumulado, Expte. N° 7731/10)", 14 de noviembre de 2011.

ambiental de la Ciudad. Que por eso se debe considerar legitimado al actor independientemente de lo que pueda decidirse respecto de la procedencia de sus planteos. La jueza Conde dijo que los derechos que confiere el artículo 14 de la CCABA, como por ejemplo a la protección del derecho al ambiente, no debe entenderse como sinónimo de tutela abstracta ni genérica. Que lo contrario podría alterar las competencias constitucionales.

Nuevamente se debe destacar que al considerar que no hay "caso", no es necesario entrar a considerar y resolver el fondo de la cuestión, en este supuesto si existió o no ilegitimidad en el acto de autorización de la obra. El Poder Judicial no debe controlar a los otros poderes si no hay "caso". No puede dar una declaración en abstracto, una opinión, una declaración genérica.

Vemos entonces que la obligación de la existencia de un caso judicial, no obstante tratarse de un proceso colectivo, mantiene su vigencia, como en el origen del Estado de Derecho, que plasma nuestra CN.

Del fallo del TSJ, más allá de la resolución específica, que se puede compartir o no, pero que pone fin al asunto por ser el Tribunal de última instancia lo que es propio de nuestro sistema constitucional, lo que se debe destacar a nuestro entender es que enfatiza la necesidad de que quien impugne en esta materia, realice un mayor desarrollo de la argumentación y del ofrecimiento de prueba sobre la afectación diferenciada y los demás requisitos de un "caso". Una mayor certeza se logra con peticiones y decisiones bien fundadas y con un adecuado ofrecimiento de prueba y desarrollo de la misma. Frente a la tensión a que se aludió al principio de este trabajo entre un control judicial más amplio con los procesos colectivos, los beneficios que ello significa y a la vez los riesgos, estos se tratan de morigerar con la reafirmación con énfasis de la limitación clásica, propia de nuestro sistema constitucional, de la obligación de la existencia de un "caso".

b. *La segunda vivencia* que analizaremos se trató de la impugnación del acto de derogación de un reglamento y el consiguiente restablecimiento de la vigencia de este último por medio de un amparo como proceso colectivo. El reglamento que se pretendía restablecer había establecido la participación de la ciudadanía en la designación de miembros del Tribunal Superior de Justicia de la CABA a través de la posibilidad de impugnar a los candidatos que fuesen presentados para esa designación.[36]
La ilegitimidad que invocaba el reclamo judicial presentado era la violación del principio de no regresividad.
La afectación diferenciada de la afectación por la mera ilegitimidad era al derecho de incidencia colectiva como a la participación.
En primera instancia se consideró que existía un "caso" y se resolvió sobre el fondo del asunto determinando que no existió ilegitimidad en la derogación del decreto por violación del principio de no regresividad, porque las convenciones que establecen el principio de no regresividad lo hacen respecto de derechos sociales económicos y culturales y no políticos como era el invocado, y porque existen normas de la CCABA y reglamentarias de la misma que posibilitan la participación de la ciudadanía en la designación de los miembros del TSJ, motivo por el cual ello impide estimar que existe una regresividad en la derogación del decreto que se quiere restablecer.
Nuevamente, al tratar el primer requisito de un "caso", se consideró que la *ilegitimidad* invocada era suficiente, no obstante lo que se decidiese en la sentencia.
El actor se presentaba como habitante de la CABA invocando un derecho de incidencia colectiva cuyo objeto, según estimaba, era un bien indivisible: la participación (citaba al art. 43 CN, y a los arts. 1, 10 y 14 CCABA). Este era el derecho afectado en forma diferenciada por la ilegitimidad de la derogación del decreto, que a todos afectaba.

36. Juzgado CAyT de la CABA N° 8, "Gil Domínguez, Andrés Favio c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", Expte. 39205/0, 18 de mayo de 2011.

En primer lugar se consideró que, conforme el artículo 14 de la CCABA, cualquier "habitante" de la CABA puede interponer acción de amparo cuando se vean afectados derechos de incidencia colectiva, sin que resulte necesario que sea "el afectado" quien presente la acción, por lo que la cuestión se reducía a constatar si en la situación dada existía un derecho de incidencia colectiva afectado (art. 14 de la CCABA).

Se consideró que era correcto considerar que se estaba frente a un derecho de incidencia colectiva, cuyo objeto era el bien indivisible de la participación, cuya titularidad era de la comunidad y que el actor actuaba por la misma en base al artículo 14 del CCABA. Derecho que podía ser afectado en forma diferenciada por la ilegitimidad invocada, que a todos afectaba. Que no se trataba de un derecho de incidencia colectiva cuyo objeto fuesen intereses individuales homogéneos, cuyos titulares fuesen los integrantes de un grupo, colectivo o clase ni de un derecho subjetivo.

Que la afectación concernía por igual a todos los destinatarios del decreto derogado, no había una afectación singular ni una afectación más reducida que la totalidad de los destinatarios, que comprendía a todas las personas físicas y jurídicas con domicilio en la CABA (cfr. art. 3, Dto. N° 1620/03). Que el carácter común e indiferenciado del agravio esgrimido, el derecho a la participación, conducía a su estimación como derecho de incidencia colectiva con un objeto indivisible, cuya titularidad no era susceptible de individualización. Esto porque la pretensión del amparista no se sustentaba en aspectos concernientes al ejercicio individual del derecho plasmado en la reglamentación derogada, sino en el derecho al mantenimiento del régimen general en sí mismo, para todos sus destinatarios. La pretensión estaba enfocada o focalizada en la incidencia colectiva del derecho (afectación a la participación). La no regresividad se centraba en la implementación de un régimen general. Que no existía un efecto derogatorio por estar frente a una norma general sino a su declaración de ilegitimidad, su inaplicabilidad en el supuesto dado. Que el efecto podía ser más o menos extenso según se tratase de

un derecho individual o derecho de incidencia colectiva, pero nunca derogatorio de la norma general. Es decir que el efecto expansivo de la sentencia no significaba que no debía existir un "caso". Que en el fallo "Thomas", el actor, con la simple invocación de ciudadano no demuestra un perjuicio especial, concreto,[37] que le causaría la ley cuestionada (Ley N° 26552). Que en esta causa en cambio el presunto perjuicio invocado por el actor se infiere de la simple derogación del decreto que permitía participar de la manera en que lo establecía. Que la causa se parecía al fallo "Halabi" y no a "Thomas". Que había un "caso" y no el supuesto de la acción prevista en el artículo 113, inciso 2 de la CCABA, en la cual no existe "caso" en el sentido de ilegitimidad y afectación diferenciada. Solo se persigue la mera vigencia de la legalidad.

Que no se hallaba en debate la imposibilidad del ejercicio de la participación en forma particular sino el mantenimiento de la reglamentación del derecho a la participación, que comprende a todos sus destinatarios y no puede alcanzar solamente al actor sin contrariar el principio de igualdad.

En otras palabras, que si se hubiese considerado que se podía ejercer un derecho subjetivo, el *remedio efectivo*, el beneficio, hubiese sido para una sola persona, siendo que el régimen establecía el derecho a la participación de todos los ciudadanos y el procedimiento establecido lo era con ese objeto. En consecuencia, tampoco podía considerarse que se estaba frente a un derecho de incidencia colectiva de intereses individuales homogéneos, porque siempre en ese tipo de derecho de incidencia colectiva se podría dar que solo uno ejerciese un derecho subjetivo.

La crítica que le podría formular ahora a lo argumentado es que tendría que haberse determinado una *limitación en el tiempo, v. gr.* para la comunidad determinada en el momento en que presentase la postulación el Poder Ejecutivo (PE) para designar a un miembro del TSJ. Esto se podría haber hecho efectivo a través de los datos consignados en el Documento Nacional de Identidad de los que se presentasen a objetar a

37. Cons. 4, párr. 1.

los candidatos que se propusiesen, en relación al domicilio en la CABA y la fecha de emisión del documento. En caso contrario, se daría una derogación en los hechos de la norma cuestionada, no su inaplicabilidad en un caso. Esto hace al *requisito de extensión y ejecución de la sentencia*.

Que en cuanto al requisito de afectación *diferencia directa*, no remota, ya se ha dicho que de la derogación del decreto surge sin ninguna interferencia el perjuicio invocado a la participación. El decreto derogado estaba dirigido a beneficiar a toda la comunidad. Ese beneficio o derecho o zona de interés a la participación, que estaba protegido, que era de la comunidad, estaba siendo afectado por la norma pretendidamente ilegítima. Eso determina la posibilidad de que la comunidad sea *parte*, que esté *legitimada*, que exista "caso". Diferente es como se va a resolver el fondo de la cuestión.

Lo mismo cabe decir del *requisito de la cuestión actual o inminente*, ya que de la derogación surge en ese momento la imposibilidad de participar.

No obstante del requisito de *lesión actual o inminente* se advierte ahora que no había sido postulado candidato alguno al tiempo de la demanda y la sentencia, motivo por el cual no había afectación del derecho a la participación. De ser así considerado no habría existido caso. No existía un derecho a la participación afectado en *forma actual*. En forma *inminente* era más dudoso que no existiese porque había quedado vacante un cargo y se sabía que se estaba por cubrir. Esto que ahora decimos lo va a señalar la Cámara como segundo argumento para considerar que no existía "caso".

La afectación era *sustancial* dada la importancia del derecho en juego, la participación, que hace a la vigencia del principio de soberanía del pueblo. El *remedio efectivo*, el restablecimiento del reglamento derogado y con ello el derecho a la participación, se habría dado para los componentes de la comunidad.

Finalmente, la controversia era *concreta* ya que existían todos los requisitos de un "caso". La controversia era real, se veía, estaba madura, cristalizada, no era conjetural, hipotética, supuesta.

Ahora vemos que si no se daba el requisito de la *extensión de la sentencia* y de la *lesión actual o inminente* la causa no era concreta. La Cámara rechaza la apelación intentada por la parte actora, y confirma la sentencia por otros fundamentos.[38]

Considera que el decreto del PE derogado que establecía una participación de los ciudadanos no confería un derecho protegido por el ordenamiento jurídico, sino un mecanismo para concretar la nominación que el artículo 104, inciso 5 de la CCABA atribuye al PE como competencia privativa. Que no está reconocido el derecho a impugnar judicialmente la idoneidad de los candidatos propuestos por el PE. Que lo que se recaba es la opinión de los ciudadanos para fortalecer la legitimidad de una selección que le corresponde de modo privativo. Que la reglamentación no consagra una situación jurídica que pueda ser invocada para impedir el ejercicio del deber de nominar al candidato seleccionado por el PE en función de reparos vinculados con la valoración de su idoneidad. Que el sistema constitucional de designación de jueces del TSJ regula competencias y no consagra derechos directos para reclamar control judicial en resguardo del concepto de idoneidad que cada interesado pudiera privilegiar al momento de quedar seleccionado un candidato postulado por el PE.

Vemos que la posición de la Cámara difiere de primera instancia en cuanto a que no considera que la normativa que se pretendía restablecer consagrase un derecho protegido para la participación o que hubiese una zona de interés, que en consecuencia hubiese un perjudicado.

Finalmente, como se anticipara, la Cámara argumenta que si hipotéticamente fuera posible superar la circunstancia antes mencionada, la ausencia de un trámite de selección en curso, resultaría suficiente para privar de actualidad a los planteos formulados por el actor.

c. La tercera vivencia que analizaremos se trató de un reclamo de inconstitucionalidad de la Ley N° 1004 de la CABA que esta-

38. Cámara de Apelaciones en lo CAyT de la CABA, Sala I, "Gil Domínguez, Andrés Favio c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", Expte. 39205/0, 16 de abril de 2014.

bleció la posibilidad de lo que se denominó Unión Civil entre parejas del mismo o distinto sexo,[39] planteado en un amparo como proceso colectivo. El efecto de esta Unión Civil era lograr el ejercicio de los derechos y obligaciones y beneficios que emanaban de toda la normativa dictada por la CABA que gozaban las personas casadas, por parte de personas no casadas que se uniesen civilmente de distinto o del mismo sexo. Todavía no se había reformado la Ley de Matrimonio Civil, motivo por el cual solo se podían casar las personas de distinto sexo. Tampoco había sido dictado el fallo "Halabi".

El pedido de inconstitucionalidad se fundó en: 1. La violación de la competencia del Gobierno nacional para dictar las normas referidas al matrimonio civil, establecida por el artículo 75, inciso 12 de la CN en cuanto le otorga la facultad de normar sobre derecho común y el artículo 126, por el cual las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. Una violación del artículo 31 de la CN; 2. La violación de la moral y buenas costumbres de la CABA, no entendida desde el punto de vista religioso sino como la de la sociedad en cada momento histórico, protegida por el artículo 19 de la CN. El actor se presentaba en este supuesto como padre de familia; 3. Un agravio a la institución matrimonial, que violaba el Código Civil en tanto que los matrimonios legalmente constituidos perderían el beneficio de la ley como premio a dicha unión formalmente constituida, que se fomenta la crisis del matrimonio y que se viola el artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica, que dispone que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

En primera instancia, al tratar la falta de legitimación planteada por el Gobierno demandado en forma previa, se consideró que el actor carecía de legitimación, es decir que no existía "caso". Los fundamentos, en parte reformulados conforme el marco teórico expuesto en el punto anterior, son los siguientes:

39. Juzgado CAyT de la CABA N° 8, "Busacca, Ricardo c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", Expte. 7710/0, 5 de septiembre de 2003.

En primer lugar se interpretó que el artículo 14 de la CCABA dispone que cualquier habitante puede interponer un amparo cuando se vean afectados derechos de incidencia colectiva y, en consecuencia, no es necesario que sea un afectado el que presente esta acción, tal como lo exige en cambio el artículo 43 de la CN. Que en consecuencia se debía determinar si existía un derecho de incidencia colectiva afectado.
Que en cuanto a la *ilegitimidad*, se debía estar a lo invocado por el actor, no obstante que en la sentencia se decidiese lo contrario.
Respecto del requisito de *afectación diferenciada*, se debía distinguir el que correspondiese a cada una de las ilegitimidades planteadas.
En relación a la *ilegitimidad por violación de la competencia del Gobierno federal* en materia de matrimonio civil, se consideró que tal como el actor ejerció su pretensión no invocaba ningún daño a alguien en lo personal, ni a un grupo o clase o colectivo, ni a determinada comunidad en un momento dado en cuanto a derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico. No invocaba *v.gr.* que se les impidiese algo de los beneficios que surgiesen de la Unión Civil. Pero si hipotéticamente hubiese planteado que los beneficios de la Unión Civil ocasionaban mayores gastos que hubiesen repercutido en mayores impuestos que significarían un perjuicio, esa pretensión tendría el imprescindible dato del daño, pero desde luego sería totalmente remota. No *se daba una afectación diferenciada, un perjuicio especial*. Su pretensión, aunque no lo dice expresamente, es solo la derogación de la norma general por inconstitucional y la afectación sería la de esa mera ilegalidad que a todos afecta. No existe un *daño directo* a algún derecho protegido o zona de interés protegidos por el ordenamiento jurídico; de existir hipotéticamente es remoto, no directo, *no es actual o inminente*, porque no se plantea ninguna situación determinada en el tiempo. Coherente con lo dicho, el *remedio efectivo* beneficiaría a todos, sin especificación del derecho o interés tutelado por el ordenamiento jurídico que fuese reparado, diferenciado de la mera ilegitimidad. Lo que planteó el actor es la pretensión típica de la acción declarativa de inconstitucionalidad del artículo 113, inciso 2 de

la CCABA. Se repite, no cita una norma aplicable que tienda a proteger a determinados destinatarios, vinculados, concernidos, interesados. La competencia del Gobierno federal para dictar el Código Civil a todos protege, a todos está destinada. Hace a la estructura del Estado, a la división de poder nacional y provincial. A todos concierne la existencia de esa estructura, lo cual fue plasmado jurídicamente en la Constitución Nacional. Conforme la pretensión del actor no se puede declarar la inaplicabilidad de la norma general para una situación particular, para una controversia, un "caso".

El efecto, sobre la situación particular podrá ser más o menos extenso según se trate de un derecho individual o de uno de incidencia colectiva, pero nunca derogatorio de la norma general. El efecto expansivo de la sentencia no significa que no deba existir "caso". El actor no argumenta ni ofrece probar mínimamente la afectación diferenciada que produce la ley que cuestiona.

Como no se dan los requisitos de un "caso" la causa no es *concreta*, no se ve, no es real.

Respecto de la *afectación del matrimonio civil*, se entendió que lo que habría querido decir el actor es que se daba una violación de la normativa que lo regulaba. Tomando como válida esa afirmación, no se apreció *una afectación diferenciada, un perjuicio especial de un derecho o interés protegido*. Los destinatarios del matrimonio civil no eran los destinatarios de la Ley de Unión Civil. Se trataba de dos realidades diferentes. El actor dice que los matrimonios legalmente constituidos perderían el beneficio de la ley como premio a dicha unión formalmente constituida, que al permitir la unión de personas del mismo sexo se conculca el régimen del matrimonio civil, que se fomenta su crisis. No precisa los derechos afectados. No desarrolla su afirmación argumentando al respecto ni ofrece prueba alguna. No especifica lo que pierde el que está casado porque otros no casados obtengan ciertos beneficios de la CABA, y en consecuencia no especifica en qué se conculca el régimen del matrimonio ni la crisis que se produce. Son situaciones diferentes y las manifestaciones que realiza el actor son abstractas sin referencia alguna a derechos

o intereses concretos. Los casados seguirían gozando de los beneficios de su régimen, incluso respecto de los que otorgase la CABA. El que estuviese casado seguiría rigiéndose por la normativa del matrimonio civil sin que nada de la Unión Civil pudiese alterar eso. Y para el futuro, los que quisieran casarse serían libres de hacerlo o de elegir la Unión Civil. Más allá de que eso encuadraría en el requisito de *lesión actual o inminente*. Por lo expuesto, al no haber una *afectación diferenciada*, se entendió que no era necesaria la evaluación de los otros requisitos de un "caso".

Por último, el actor plantea *la violación de las normas morales y buenas costumbres de la Ciudad de Buenos Aires* en su calidad de padre de familia. Nuevamente se toma por válida en principio esa invocación de ilegitimidad y se pasa a analizar si existe un "caso", no obstante lo vago de la afirmación de esa ilegitimidad. En primer lugar se determinó si existía una *afectación diferenciada*. Nuevamente se dijo que el actor invoca un derecho de incidencia colectiva, pero no argumenta ni ofrece prueba alguna sobre la afectación diferenciada, el perjuicio especial a algún derecho o interés protegido. Ni especifica aunque sea vagamente, para el tiempo de la demanda, si se trata de un derecho de incidencia colectiva de objeto bien indivisible o uno de intereses individuales homogéneos. Por consiguiente, ante esa carencia, si hipotéticamente se evaluase una afectación diferenciada que pudiese existir, se advierte que en la norma moral, con lo difícil que es determinar cuál es ella, no se distingue que quiera proteger a los padres de familia en especial, que a ellos esté dirigida, que estén entre los destinatarios, vinculados, concernidos, interesados. Contribuye a esto el hecho de que a todos afectaría por igual, a los padres de familia y a los que no lo sean. La existencia de la moral media, de existir, a todos está destinada, a todos interesa por igual. No hay una *afectación diferenciada, un perjuicio especial*. Pero a esto se agrega que no se advierte que sea *directa*, que haya una razonable causa entre la ilegitimidad invocada y la presunta afectación. La violación de la moral como padre de familia, ¿de qué manera lo perjudicaría en su accionar, de qué se lo

privaría ya que los efectos, los beneficios de la Unión Civil lo son para los que quieran unirse de esa manera? Ningún otro efecto expreso se contempla en la norma, ni razonablemente implícito. El actor podría haber alegado o probado que si se le otorgasen los beneficios a los que se uniesen civilmente lo perjudicaría en cuanto a afectación de recursos de la CABA que a él u otros padres de familia pudiesen ser destinados. Pero no lo hace. La Unión Civil registra una situación para los que quieran hacerlo, que hace a su esfera privada, y que produce efectos bien determinados, que no se vislumbra en qué afecta a un padre de familia.

Si el actor hubiese planteado un derecho subjetivo, se lo debería haber rechazado porque el remedio que hubiese pretendido, la ilegitimidad por violación de la norma moral y el cese de la Unión Civil no hubiese podido beneficiarlo solo a él. El cese de la Unión Civil respecto de él como padre de familia, y la vigencia de la misma respecto de todos los demás, no tendría efecto alguno ¿Qué podría haber hecho en esa situación solamente él? Pero si esto es absurdo, también lo es respecto de todos los padres de familia. ¿Qué podrían haber hecho o conseguido con la anulación de la Unión Civil? Si se pretendiese afirmar que fomenta que las personas no se casen, si esto fuese perjudicial, ello no es evidente, de público y notorio conocimiento, porque lo que sí se puede presumir es que se registran uniones ya existentes o que decidan unirse a través de ese instituto personas que no quieren casarse, no que no se casan porque tienen esta posibilidad, ya que el casamiento significa un régimen diferente.

Es palmario que si no se aplicase la ley por ilegítima el efecto se extendería a toda la comunidad, implicaría una derogación, porque no podría limitarse en el tiempo, como en el supuesto del derecho a la participación, tal como fue planteada la pretensión. Hace al requisito de la *extensión y ejecución de la sentencia*.

La Cámara por el voto de la mayoría revocó la sentencia apelada y admitió la legitimación de la parte actora en cuanto a su pretensión por violación de la moral y buenas costumbres

en su condición de padre de familia y rechazó la cuestión de fondo. La minoría confirmó la sentencia.[40]

La mayoría consideró que la parte actora esgrimió un derecho subjetivo.

Consideró que el actor en su carácter de legislador no se encontraba legitimado ya que en el supuesto dado no había alegado la imposibilidad de participación en la formación de la decisión de la legislatura de la cual formaba parte.

Que como vecino, por el artículo 14 de la CCABA pudo interponer la acción como habitante y esgrimir un derecho de incidencia colectiva. Que sin embargo, en la presente acción no se advertía cuál sería el derecho de incidencia colectiva afectado ya que no se observaba qué sector de habitantes se encontraba particularmente afectado, ni mucho menos representados por el actor y que, por otra parte existiría un vasto sector de habitantes cuyo interés era que se mantuviese la Ley. Que existían derechos encontrados.

Finalmente, considera que el actor está legitimado en virtud de un derecho subjetivo como padre de familia. Que el actor entiende estar moralmente agraviado por la mera existencia de la norma. Que tiene un derecho diferenciado, exclusivo, con relación a las demás personas ya que se lesiona su intimidad y la de su familia, se mortifican sus sentimientos. Que el control de constitucionalidad difuso produciría como efecto la inaplicabilidad de la norma para la persona del actor. Que el remedio planteado carece entonces de toda razonabilidad, ya que por la finalidad de la ley, su aplicación es de carácter facultativo para aquellos que, encontrándose bajo las condiciones de la misma, deseasen hacer uso de sus beneficios. Sin perjuicio de lo dicho analiza la ilegitimidad por violación de la moral y considera que no existe. Por último, considera que no existe afectación de los intereses del Gobierno federal porque la Unión Civil solo produce sus efectos dentro de la CABA, que

40. Cámara de Apelaciones en lo CAyT de la CABA, Sala II, "Busacca, Ricardo c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", Expte. 7710/0, noviembre de 2003.

la Unión Civil no es sinónimo de matrimonio, que por ello no existe invasión de competencia del Gobierno federal.
La minoría confirma la sentencia de primera instancia y considera que no existe "caso". Que la legitimación es la aptitud de ser parte en un proceso concreto e implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en el litigio, que existe legitimación cuando la pretensión reporta de algún modo al que formula provecho, utilidad, ganancia, beneficio, comodidad conveniencia de carácter colectivo en lo material o moral o, dicho de otro modo, evita un perjuicio. Que cuando el perjuicio es compartido por un conjunto de sujetos indeterminados no deja por ello de afectar a cada sujeto en particular, que en el caso de autos no se vislumbra cuál es el daño que la Ley N° 1004 produce al actor, ya que siendo facultativo para este formar una Unión Civil, la aplicación a su persona de la norma que repudia no puede causarle ningún daño; tal es así que en caso de declararse la inconstitucionalidad de la ley no se produciría ningún cambio en su situación personal. Que no se rechaza la procedencia de la acción en función de criterios restringidos acerca de la protección de derechos de incidencia colectiva, sino que el tribunal considera que en *el sub examine* no hay derecho alguno afectado del actor.
Tanto la mayoría como la minoría consideran que el remedio efectivo no existe para el supuesto dado. Se estima que la minoría es más clara en el sentido de que sin remedio efectivo no hay caso. No entra a resolver el fondo de la cuestión.

Conclusión

Al finalizar este trabajo se advierte que el propósito de una mayor certeza en el tema de los requisitos de un "caso" es de muy difícil logro, como lo anticipaban los autores citados al principio. Queda entonces como logro el intento, el poner de resalto la necesidad de seguir indagando, de fundamentar mucho más en la doctrina y en la jurisprudencia a fin de unificar criterios y con ello conseguir mayor certeza, ya que lo contrario significaría renunciar al derecho como instrumento

que regule nuestras conductas (dejar todo al puro arbitrio con la justificación que ello es mejor para fijar la política judicial), lo que significaría aumentar los riesgos que entrañan los procesos colectivos para la delimitación de la competencia del Poder Judicial, no obstante los beneficios que ellos procuran.[41]

41. Guibourg, Ricardo, "El Sincero Ocaso del Derecho", *op. cit.*; Figueira Markulin, Leandro Manuel, "El derecho más concreto. Sobre la importancia de exigir los fundamentos de las decisiones estatales", *La Ley, Sup. Adm.*, 2015 (septiembre). Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/2879/2015).

Cuestiones de competencia en los procesos colectivos

Juan Antonio Stupenengo*

Introducción

La principal dificultad que afronta el estudio de los procesos colectivos en nuestro país está dada por la ausencia de leyes que los reglamenten. Ello condujo a que, tras poner de manifiesto dicha deuda del Congreso nacional,[1] la Corte Suprema de Justicia de la Nación debiera establecer los criterios y pautas fundamentales a seguir en dichos procesos, ya sea a través de su jurisprudencia, como también por medio de la emisión de reglamentos, como lo son la Acordada N° 32/2014, de creación del Registro Público de Procesos Colectivos,

* Abogado, egresado con Diploma de Honor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho Administrativo en las carreras de grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor titular de Derecho Administrativo en el posgrado de la Universidad Nacional de La Matanza, Universidad Nacional de La Plata y profesor adjunto en la Universidad Nacional de Tucumán. Es profesor titular en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Nación y en el Programa de Especialización en Abogacía estatal, local y federal de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires. Autor del libro *Ejecución judicial del acto administrativo* (Astrea, 2017) y de más de veinte artículos publicados en revistas especializadas. Ha sido conferencista en numerosos congresos, seminarios y jornadas sobre su especialidad.

1. Fallos CSJN: 332:111, "Halabi, Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", 24/2/2009, cons. 12, tercer párrafo. Allí, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que "[n]o hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos".

y la Acordada N° 12/2016, por el que fue aprobado el Reglamento de Actuación de Procesos Colectivos.

El estudio de la competencia judicial para entender en los procesos colectivos se ve dificultado por aquella falta de legislación especial. Es que, con excepción de la regulación contenida en algunas pocas leyes sectoriales –como ser el art. 7 de la Ley N° 25675, General del Medio Ambiente, y el art. 36 de la Ley N° 24240, de Defensa del Consumidor–, a nivel federal y local no existe legislación específica que, teniendo en consideración las particularidades de este tipo de procesos, regule la competencia de los tribunales para entender en ellos.

Esto ha llevado a que la competencia deba ser necesariamente analizada a la luz de las normas diseñadas para los procesos individuales, contenidas principalmente en los ordenamientos procesales. Y si bien es cierto que estas normas resultan idóneas para la resolución de algunas cuestiones vinculadas con la competencia, no lo es menos que, en virtud de las particularidades propias de este tipo de procesos, son insuficientes para resolver muchas otras cuestiones complejas. En efecto, la existencia de clases con integrantes domiciliados en diversas jurisdicciones, la consiguiente multiplicidad de los lugares de cumplimiento de las obligaciones en juego, los efectos expansivos de las sentencias dictadas en su marco y la posibilidad de que se emitan pronunciamientos contradictorios, entre otros aspectos, conducen a que las clásicas normas procesales se hayan exhibido como manifiestamente insuficientes para regular las dificultades que, en materia de competencia judicial, suelen suscitarse en los procesos colectivos.

En función de lo anterior, el objeto de este trabajo consiste en analizar y sistematizar, sobre la base de la legislación y jurisprudencia existente –especialmente la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación–, los principales interrogantes que se han venido suscitando en materia de competencia judicial para entender en los procesos colectivos. Para ello comenzaremos analizando la pertinencia de la competencia local o federal, distinguiendo su procedencia en razón de las personas o de la materia, para luego tratar las cuestiones vinculadas con la competencia en razón de la materia y del territorio. Por último, nos abocaremos a analizar la competencia procedente en los casos de multiplicidad de procesos colectivos de idéntico o similar objeto.

Competencia federal o local

La competencia de los tribunales federales se encuentra regulada en el artículo 116 de la Constitución Nacional[2] –reglamentada en los arts. 1 y 2 de la Ley N° 48–, con arreglo al cual aquella puede proceder en razón de la materia o de las personas.

Analicemos por separado la forma en que dichas causales pueden configurarse en el marco de procesos colectivos y la interpretación que, sobre el punto, han efectuado los tribunales.

Competencia federal por la materia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Nacional, la competencia federal en razón de la materia procede cuando la causa –en lo que aquí interesa, el proceso colectivo– versa sobre puntos regidos por la Constitución, por Tratados Internacionales y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

Como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la competencia federal en razón de la materia se configura cuando lo medular del planteo remite necesariamente a desentrañar el sentido y los alcances de disposiciones contenidas en la Constitución Nacional, en Tratados Internacionales o en leyes de la Nación, cuya adecuada hermenéutica resultará esencial para la justa solución de la controversia.[3]

Sobre la base de este criterio se resolvió que corresponde a la competencia federal, por ejemplo, la demanda colectiva promovida por una asociación de bancos privados contra una municipalidad con el objeto de

2. Art. 116, Constitución Nacional: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75, y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero".

3. Fallos CSJN: 340:431, "Asociación de Bancos Privados de Capitales Argentinos y otro c/ Municipalidad de Córdoba s/ acción meramente declarativa", 11/04/2017.

impugnar –por ser contraria al art. 75, inc. 6, de la Constitución Nacional y a la normativa emitida por el Banco Central de la República Argentina– una ordenanza municipal por la que se exigía que las entidades bancarias locales contaran con baños para ambos sexos y para discapacitados.[4] También se entendió que correspondía la competencia federal en razón de la materia para entender en la acción colectiva en cuyo marco se planteaba la inconstitucionalidad de la Ley N° 2875 de la Ciudad de Buenos Aires –por la que se había dispuesto la creación de un Registro Público de Comercio y Contralor de Personas Jurídicas local– con fundamento en ser contrarias a las Leyes federales N° 21768 y N° 22280.[5]

También corresponden a la competencia federal, en razón de la materia, las causas colectivas vinculadas con el comercio interjurisdiccional, cuya regulación –conforme lo dispuesto en el art. 75, inc. 13, de la Constitución Nacional– corresponde en forma exclusiva al Congreso de la Nación. En función de ello corresponden a la competencia de los tribunales federales los procesos colectivos promovidos, por ejemplo, contra licenciatarias telefónicas con el objeto de que inserten en las facturas telefónicas determinadas leyendas;[6] o de que se declare la ilegalidad de todo el cableado aéreo instalado por aquellas en un municipio;[7] o de que se disponga el cese del servicio post pago de paquetes de datos y la devolución de importes percibidos por esa práctica;[8] o que se las condene a devolver las sumas que hubieren facturado en concepto de aportes de inversión al Fondo Fiduciario del Servicio Universal a los que se encuentran obligadas a efectuar.[9] También se admitió la competencia de los tribunales federales –siempre en razón de la materia y por tratarse de comercio interjurisdiccional–, para entender en la acción

4. Ídem.

5. Fallos CSJN: 333:2055, "Fiscalía General de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/proceso de conocimiento", 26/10/2010.

6. CSJN, "Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de General Roca ADECU c/ AMX de Argentina S.A.", 08/09/2015.

7. SCBA, "Asociación Inquietudes Ciudadanas c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ reclamo contra actos de particulares", *LL online*.

8. CA, Civ. y Com. Santa Fe, Sala II, "Proconsumer (Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur) c/ Telefónica Móviles Argentina s/ Sumarísimo", 16/12/2015.

9. CNCom., Sala D, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur Proconsumer c/ Telecom Personal S.A.", 06/07/2007, *LL online*.

colectiva promovida por una asociación de usuarios contra Aerolíneas Argentinas SA para que se abstuviera de cobrar precios diferenciales a sus clientes en razón de la nacionalidad del pasajero.[10]

En materia ambiental, la disposición contenida en el artículo 116 de la Constitución Nacional se encuentra reglamentada a través del artículo 7 de la Ley N° 25675, General del Medio Ambiente, en el que se dispone que, si bien la aplicación de la ley corresponde a los tribunales ordinarios –teniendo en consideración el territorio, la materia o las personas–, la competencia será de los tribunales federales cuando el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales. Este sería el caso, por ejemplo, si se tratara de la contaminación de un río inter-jurisdiccional.[11]

De todos modos, consideramos que no existe comercio interjurisdiccional –ni, por ende, corresponde la competencia federal– en aquellas acciones de clase en las que, en represen-tación de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos, se cuestiona la práctica comercial de una compañía con actuación en todo el país (por ejemplo, una entidad financiera, bancaria o aseguradora). Como se lo ha sostenido,[12] más que comercio interjurisdiccional o internacional –como el exigido en el art. 75, inc. 13, de la Constitución Nacional–, en estos casos existen relaciones individuales entre la compañía demandada y diversos consumidores domiciliados en distintos puntos del país.

Ahora bien, la configuración de la causal bajo análisis requiere que la aplicación al caso de la normativa federal sea preponderante y no necesariamente exclusiva; en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "la solución de la causa debe depender esencialmente de la aplicación e interpretación de normas de derecho

10. CNCom., Sala E, "Unión de Consumidores de Argentina c/ Aerolíneas Argentinas S.A.", 11/02/2010, *LL online*.

11. CSJN, "Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná Control de Contaminación y Restauración del Hábitat y otro c/ Carboquímica del Paraná S.A. y otro s/ amparo", 29/03/2016.

12. Alonso Perez Hazaña, Alejandro, "¿Competencia federal o local? El caso de las acciones colectivas multi-jurisdiccionales", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 285, La Ley, agosto de 2017; Rosales Cuello, Ramiro, y Méndez Acosta, Segundo, "La competencia de los procesos colectivos de tutela de derechos individuales homogéneos", *LL* 2019-C-1.

federal".[13] En cambio, serán de la competencia de los tribunales locales –y no de los federales–, las causas colectivas en las que, aun encontrándose involucrada normativa federal o un servicio público federal, se encuentran primordialmente regidas por el derecho común. Así, por ejemplo, por requerir la interpretación y aplicación preponderante de las normas federales del servicio de telefonía fija –más allá de la invocación tangencial de la Ley N° 24240, de Defensa del Consumidor, contenida en la demanda–, se entendió que los tribunales federales tenían competencia para entender en la demanda promovida por una asociación de usuarios y consumidores contra una licenciataria telefónica a fin de que se prohibiera incluir en las facturas el concepto "incremento de aportes patronales" y que se la condenara a reintegrar las sumas que hubieran abonado por dicho rubro.[14] En cambio, se asignó a los tribunales locales competencia para entender en la causa en cuyo marco se cuestionaba, con fundamento exclusivo en la Ley N° 24240, de Defensa del Consumidor, la incorporación en la factura pertinente del cobro de un tributo municipal sin norma que lo dispusiera.[15]

Por último, en virtud del principio de accesoriedad, admitida la competencia federal o local para entender en un determinado proceso colectivo, aquella corresponderá también para entender en el proceso colectivo por el que se persiga la ejecución de la correspondiente sentencia. Entendiéndolo así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que, por encontrarse en juego la ejecución de sentencias dictadas por los tribunales locales, eran estos últimos –y no los tribunales federales– los competentes para entender en la acción colectiva de hábeas corpus deducida con el propósito de hacer cesar el alojamiento de detenidos a disposición de la justicia provincial en cárceles ubicadas fuera del territorio de misma.[16]

13. Fallos CSJN: 330:628, "La Soledad S.R.L. c/ Trasnoa S.A. s/ cobros", 06/03/2007.

14. Fallos CSJN: 341:317, "Asociación de Consumidores del NOA c/ Telecom Argentina S.A. s/daños y perjuicios", 05/04/2018.

15. CFA Salta, "Consumidores Argentinos - Asociación para la Defensa de la Educación e Información de los Consumidores c/ Distribuidora de Gas del Norte S.A. (Gasnor S.A.) s/ competencia", 07/03/2012, *LLNOA* 2012 (mayo), p. 431.

16. Fallos CSJN: 338:432, "Superior Tribunal de Justicia de La Pampa s/ competencia", 27/05/2015.

Competencia federal por la persona

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Nacional, la competencia federal procede en razón de las personas cuando el Estado Nacional sea parte, o se suscitara controversia entre dos o más provincias, o entre una provincia y los vecinos de otra; o entre los vecinos de diferentes provincias; o entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Por ende, si en el proceso colectivo o de clase fuese parte el Estado nacional o un ente descentralizado –cualquiera fuera la materia sobre la cual versa el litigio–, aquel sería de la competencia de los tribunales federales. Entendiéndolo así el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declaró la incompetencia de los tribunales locales, a favor de la de los tribunales federales, para entender en una acción de amparo –destinada a obtener el retiro de cámaras transformadoras de energía eléctrica del interior de los establecimientos educacionales de la Ciudad– en cuyo marco el Ente Nacional Regulador de Energía había reclamado su prerrogativa a la competencia federal.[17]

Ahora bien, tratándose de acciones colectivas cobran especial relevancia las causales fundadas en la distinta vecindad de las partes. Más precisamente, cabe preguntarse si ellas se verifican ante la demanda promovida por una clase –integrada por vecinos de diversas provincias– en contra de una determinada provincia o en contra de uno de sus vecinos.

Estas causales fueron objeto de reglamentación a través de los artículos 1 y 2 de la Ley N° 48. En el primero de esos preceptos se dispone que

> La Suprema Corte de Justicia Nacional conocerá en primera instancia: 1° De las causas que versan entre dos o más provincias y las civiles que versen entre una provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros.[18]

Por su parte, en el artículo 2 de la Ley N° 48 se establece que

> Los Jueces Nacionales de Sección conocerán en primera instancia de las causas siguientes: [...] 2° Las causas civiles en que sean partes un vecino

17. TSJ, CABA, "Asesoría Tutelar nº 1 CAyT c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", 23/03/2011, *LL online*.

18. Art. 1, inc. 1, Ley N° 48.

de la provincia en que se suscite el pleito y un vecino de otra, o en que sean parte un ciudadano argentino y un extranjero.[19]

De manera que, en virtud de lo dispuesto en las normas detalladas, la configuración de las citadas causales –fundadas en la distinta vecindad de las partes– requiere la concurrencia de los siguientes recaudos:

a. Que se trate de una causa civil. Si bien durante años la Corte Suprema de Justicia de la Nación se atuvo a una noción amplia de "causa civil" –comprensiva incluso de aquellas en las que se ventilaba la responsabilidad provincial por falta de servicio–, desde el precedente "Barreto",[20] el Máximo Tribunal ha limitado significativamente el alcance de ese concepto, entendiendo que comprende tan solo a las controversias para cuya solución resultan sustancialmente aplicables disposiciones de derecho común emanadas del Congreso nacional de acuerdo a la competencia legislativa que le asigna el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional.[21]
b. Que la causa se sustancie entre una provincia y un vecino de otra o entre un vecino de una provincia y un vecino de otra. Este recaudo fue clásicamente aplicado de modo restrictivo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual –por aplicación de la disposición contenida en el art. 10 de la Ley N° 48–[22] ha exigido, para la configuración de las causales basadas en distinta vecindad, que cada uno de los pretensores y demandados, individualmente considerados, puedan invocar el fuero de excepción respecto de cada una de las personas alineadas en la parte contraria, ya sea por la distinta vecindad

19. Art. 1, inc. 2, Ley N° 48.

20. Fallos CSJN: 329:759, "Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", 21/03/2006.

21. CSJN, "Asociación de Empresas de Correo de la República Argentina c/ Provincia de Buenos Aires", 04/03/2008.

22. Art. 10, Ley N° 48: "En las sociedades colectivas, y en general en todos los casos en que dos y más personas asignables pretendan ejercer una acción solidaria o sean demandados por una obligación solidaria, para que caigan bajo la jurisdicción nacional, se atenderá a la nacionalidad o vecindad de todos los miembros de la sociedad o comunidad, de tal modo que será preciso que cada uno de ellos individualmente tengan el derecho de demandar, o pueda ser demandado ante los Tribunales Nacionales, con arreglo a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 2°".

> o nacionalidad, extremo que no se presenta si tanto la actora como alguno de los accionados son vecinos de la misma ciudad.[23] Siendo ello así, bastaría con que uno de los integrantes de la clase se domiciliase en la provincia demandada para que, por aplicación de la norma y de la jurisprudencia citada, no procediera la competencia federal.

Competencia en razón de la materia

En cuanto a la competencia material de los tribunales para entender en procesos colectivos cabe distinguir, por un lado, aquellos regímenes en los que ella se encuentra asignada sobre la base de un criterio objetivo –o sea, atendiendo a la materia involucrada– y, por otro lado, aquellos otros en los que la competencia ha sido atribuida en función de un criterio subjetivo –o sea, atendiendo a las partes que intervienen en el proceso–. Veamos.

Tribunales cuya competencia material se encuentra determinada en función de la materia involucrada

En la órbita federal y en la mayoría de las provincias la asignación de competencia material a los tribunales es atribuida atendiendo a su especialidad. En otras palabras, los tribunales que integran un determinado fuero tienen asignada competencia para entender en ciertas causas en función de su especialidad. Así, por ejemplo, la competencia federal de los tribunales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se divide en las materias civil y comercial, criminal y correccional y contencioso administrativo. A su turno, la competencia de los tribunales nacionales con asiento en la misma Ciudad se divide en civil, comercial, laboral y penal. Similar ramificación suele darse respecto de la competencia de los tribunales provinciales.

Ahora bien, como se ha dicho, aun cuando las normas atributivas de competencia judicial no suelen contener referencias a los procesos colectivos –sino, más bien, a aquellos de alcance individual–, ellas son

23. CSJN, "Castillo, Norma Edith c/ Ivancich, Tomás Pascual y otros", 15/09/15, FMP 022107629/2013/CS001.

indicativas de una especialización que el ordenamiento les reconoce a los tribunales, constituyendo una relevante circunstancia para tener en cuenta cuando, a falta de disposiciones legales que impongan una atribución distinta, aquellos mismos temas son objeto de la demanda.[24]

Con arreglo a este criterio:

a. Atendiendo a la competencia material de los tribunales nacionales ordinarios con competencia en lo civil y en lo comercial –para conocer en todas aquellas cuestiones regidas por las leyes civiles[25] y por las leyes comerciales,[26] respectivamente, cuyo conocimiento no haya sido especialmente atribuido a los jueces de otros fueros–, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial declaró la competencia de los tribunales del fuero para entender, por ejemplo, en la demanda colectiva tendiente a prevenir daños a los cuotapartistas de fondos comunes de inversión por la aplicación de la resolución CNV 646/2015, sosteniendo para ello que no se cuestionaba dicha norma en

24. Fallos CSJN: 340:169, "Ministerio de Economía y Finanzas Públicas – María Victoria González Cabrera c/ Cavalieri, Deolindo Bruno y otro s/ejecución fiscal", 14/03/2017; ídem, Fallos CSJN: 330:29, "Lutzky, Abel Abraham c/ Estado Nacional y otro s/amparo", 6/2/2007; entre otros.

25. Art. 43, Dec.-Ley N° 1285/58 (t.o. Ley N° 24290): "Los juzgados nacionales de primera instancia en lo civil de la Capital Federal, conocerán en todas las cuestiones regidas por las leyes civiles cuyo conocimiento no haya sido expresamente atribuido a los jueces de otro fuero. Conocerán, además, en las siguientes causas: a) En las que sea parte la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, excepto en las de naturaleza penal; b) En las que se reclame indemnización por daños y perjuicios provocados por hechos ilícitos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 del Código Penal; c) En las relativas a las relaciones contractuales entre los profesionales y sus clientes o a la responsabilidad civil de aquellos. A los efectos de esta ley, solo se considerarán profesionales las actividades reglamentadas por el Estado".

26. Art. 43 bis, Dec.-Ley N° 1285/58 (t.o. Ley N° 23637): "Los jueces nacionales de primera instancia en lo comercial de la Capital Federal, conocerán en todas las cuestiones regidas por las leyes mercantiles cuyo conocimiento no haya sido expresamente atribuido a los jueces de otro fuero. Conocerán, además, en los siguientes asuntos: a) Concursos civiles; b) Acciones civiles y comerciales emergentes de la aplicación del Decreto N° 15.348/46, ratificado por la Ley N° 12.962; c) Juicios derivados de contratos de locación de obra y de servicios, y los contratos atípicos a los que resulten aplicables las normas relativas a aquellos, cuando el locador sea un comerciante matriculado o una sociedad mercantil. Cuando en estos juicios también se demandare a una persona por razón de su responsabilidad profesional, el conocimiento de la causa corresponderá a los jueces nacionales de primera instancia en lo civil de la Capital Federal".

sí, ni el accionar de la Comisión Nacional de Valores –en cuyo caso hubiera correspondido la competencia de los tribunales en lo contencioso administrativo– sino que, antes bien, la acción apuntaba a la protección del consumidor financiero.[27] Sobre la base de ese criterio también se asignó competencia a los tribunales ordinarios en lo comercial para entender en la demanda promovida, en los términos de la Ley N° 24240 –Nacional de Defensa del Consumidor–, para que se condenara a una licenciataria telefónica a cesar en el cobro de las llamadas respondidas por el contestador automático.[28] Con el mismo criterio se asignó a los tribunales civiles competencia para conocer en la demanda colectiva que perseguía la declaración de inaplicabilidad de la cláusula contractual que permitía a la empresa de medicina prepaga demandada el cobro de aranceles complementarios por cada prestación brindada.[29]

b. En función de la competencia material atribuida legalmente a los tribunales nacionales del trabajo –para conocer en las causas regidas por las normas derivadas del contrato de trabajo, convenciones colectivas de trabajo, laudos con eficacia de convenciones colectivas o disposiciones legales o reglamentarias del derecho del trabajo–,[30] la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo declaró la competencia de los tribunales del fuero para entender en la acción de amparo intentada por la Asociación de Conciliadores Laborales de la República Argentina, en representación de los conciliadores laborales que actúan en el SECLO, a fin de que se dejara sin efecto la aplicación de la Ley N° 27348 por afectar derechos adquiridos.[31]

27. CNCom., Sala F, "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores (ADUC) c/ Agente de Administración de Productos de Inversión Colectiva de Fondos Comunes de Inversión Patagonia Inversora S.A.S.G.F.C.I. y otro s/ daños y perjuicios", LL 2017-A-23.

28. CNCom., Sala A, "Asociación por la Defensa del Usuario y Consumidor c/ Telecom Personal S.A. s/ sumarísimo", 30/12/2010.

29. CNCom., Sala A, "CEC Centro de Educación al Consumidor c/ Swiss Medical Group", 15/05/2007, *LL online*.

30. Art. 20, Ley N° 18345.

31. CNTrab., Sala I, "Asociación de Conciliadores Laborales de la República Argentina c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo", 30/06/2017, *LL* 2017-D-77.

c. Atendiendo a la competencia material de los tribunales federales en lo contencioso administrativo –para conocer en las causas regidas por normas y principios de derecho–,[32] se resolvió, por ejemplo, que debían entender en la demanda colectiva tendiente a la impugnación del régimen tarifario telefónico,[33] máxime si ello implicaba el cuestionamiento de las disposiciones del contrato de concesión;[34] igualmente en otra causa dirigida a que empresas concesionarias del servicio eléctrico devolvieran a los usuarios lo cobrado en concepto de IVA calculado sobre el cargo denominado "Fondo Nacional de Energía Eléctrica";[35] y, también, en la medida cautelar tendiente a obtener la suspensión del Decreto N° 1914/06, por el cual se creaba la Sociedad Argentina de Gestión de Actores Intérpretes Asociación Civil y se la facultaba a fijar aranceles a favor de intérpretes audiovisuales nacionales y extranjeros.[36]

Tribunales cuya competencia material se encuentra determinada en función de los sujetos intervinientes en el litigio. El caso de los tribunales en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En algunas jurisdicciones la competencia de los tribunales no se halla delimitada a través de un criterio objetivo o material sino, más bien, subjetivo; es decir, más que por las leyes que rigen la contienda, la competencia judicial se encuentra determinada por la calidad de quienes son parte en el proceso. Tal es el caso, por ejemplo, de la competencia de los tribunales en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, regulada por la Ley N° 7, Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad –que establece que aquellos

32. Art. 45, inc. a), Ley N° 13998.

33. CSJN, "Proconsumer c/ Compañía de Teléfonos del Interior S.A. s/ sumarísimo", 28/05/2008, por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal Adjunta.

34. CSJN, "Asociación de Usuarios Consumidores y Contribuyentes c/ Aguas Argentinas S.A.", 08/02/2000, LL 2001-A-324.

35. CFed. Civ. y Com., Sala III, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Edesur y otro", 05/03/2009, *LL* del 11/01/2010, p. 4.

36. CNFed. CA., Sala III, "Asociación de Teledifusoras Argentinas y otros c/ Estado Nacional", 01/06/2007, *LL online*.

entienden en todas las cuestiones en que la Ciudad sea parte, cualquiera fuera su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado–[37] y por el artículo 2 del Código Contencioso Administrativo y Tributario local, aprobado por la Ley N° 189, en cuya primera parte se establece que

> Son causas contencioso-administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado.[38]

En función de lo dispuesto en dichas normas, salvo excepciones, la competencia de los tribunales en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no depende de la materia sobre la que versa el litigio o la naturaleza de las cuestiones debatidas –que pueden no estar regidas por el derecho público local– sino, más bien, de la circunstancia de que sea, o no, parte en el proceso una autoridad administrativa; más precisamente, la administración pública local centralizada, desconcentrada y descentralizada, los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires en ejercicio de la función administrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad de Buenos Aires.[39]

Desde ya que la aplicación de este criterio subjetivo condujo a conflictos de competencia con otros tribunales; especialmente, los nacionales ordinarios con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Al resolver esta cuestión la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativizó el criterio subjetivo previsto en la Ley N° 7 y en el Código Contencioso Administrativo y Tributario local, centrando el criterio para determinar la competencia, más bien, en el derecho preponderantemente aplicable para la resolución del litigio. En esa línea, resolvió –en resumidas cuentas– que cuando el objeto de la pretensión colectiva atañe al derecho común, y no al derecho público local, aquella

37. Art. 41, ley 7, Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
38. Art. 2, Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.
39. Art. 1, Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

debe ser resuelta por la justicia ordinaria y no por los tribunales locales en lo contencioso administrativo y tributario.[40]

Desde entonces, por aplicación del citado criterio jurisprudencial, algunos tribunales –especialmente los nacionales ordinarios– tendieron a declarar su competencia en acciones colectivas que, aun dirigidas contra autoridades administrativas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tenían un objeto centrado en el derecho común y no, en cambio, en el derecho público local. Así, por caso, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo declaró la competencia del fuero laboral para entender en la impugnación efectuada por una asociación sindical respecto de resoluciones dictadas por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con relación a una convocatoria a elecciones de la Junta Interna de Delegados en un ente autárquico; ello, por entender que la cuestión se centraba en el derecho colectivo del trabajo.[41] En similar línea, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[42] y algunos tribunales locales inferiores[43] rechazaron su competencia –a favor de la de los tribunales nacionales ordinarios– para entender en acciones referidas a la inscripción de niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida casera. Para ello dichos tribunales alegaron que la controversia no se limitaba a una cuestión meramente formal de registro –propia del derecho público local– sino, más bien, del vínculo filial que debe reflejar ese documento, motivo por el cual la cuestión estaba primordialmente regida por el derecho común.

En la senda opuesta, otros tribunales judiciales –en especial, los porteños con competencia en lo Contencioso Administrativo y Tributario–, continuaron aplicando estrictamente el criterio subjetivo plasmado en la Ley N° 7 y en el Código Contencioso Administrativo y Tributario para declarar su competencia en acciones colectivas que,

40. CSJN, "Consorcio de Propietarios Montiel 3953/75 c/ Comisión Municipal de la Vivienda s/ ejecución de expensas", 05/07/07.

41. CNTrab., Sala VII, "Asociación Trabajadores del Estado (ATE) c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ juicio sumarísimo", 31/03/2014, *LL online*.

42. TSJ, CABA, "X., T. S. y otros s/ información sumaria s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", 04/11/2015.

43. Cám. Cont. Adm. y Trib. CABA., Sala III, "Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans [FALGBT] y otros c/ GCBA y otros s/ amparo", 05/19.

aun sin versar sobre derecho público local, estaban dirigidas contra las autoridades públicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Así, por ejemplo, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad declaró la competencia de los tribunales locales para entender en la acción de amparo colectivo iniciada por la Asesoría Tutelar local para obtener la externación de los menores internados en diversos nosocomios y que contaban con alta médica indicada por el equipo tratante.[44] También con arreglo a este criterio subjetivo los tribunales locales declararon su competencia para entender en la demanda, dirigida contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas–, a fin de que, previa declaración de inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del derogado Código Civil, se le ordenara la inscripción del matrimonio a celebrarse por dos personas del mismo sexo. Del mismo modo, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario[45] declaró la competencia de los tribunales del fuero para entender en acciones referidas a la inscripción de niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida. En todos estos casos se sostuvo que, a la luz de lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo y Tributario local, la competencia procedía siempre que fuera parte en el pleito una autoridad administrativa local "cualquiera que sea su fundamento u origen [de la causa], tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado".

Competencia en razón del territorio

La determinación de la competencia territorial de los tribunales para entender en las acciones colectivas constituye, sin duda, la cuestión que más debates ha suscitado como consecuencia de la falta de normas especiales. Es que las particularidades propias de este tipo de procesos –como ser, por caso, la existencia de clases con integrantes domiciliados en diversas jurisdicciones y la consiguiente multiplicidad de lugares de

44. Cám. Cont. Adm. y Trib., Sala I, "Asesoría Tutelar CAyT Nº 2 c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", 24/01/2013, *LL online*.

45. Cám. Cont. Adm. y Trib., CABA, Sala I, "Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c/ GCBA y otros s/ amparo", 04/08/2017, del voto del juez Balbín.

cumplimiento de las obligaciones en juego–, han dificultado la aplicación supletoria de las disposiciones contenidas en los ordenamientos rituales; en el orden federal y nacional, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN).

En efecto, en lo que aquí importa, en el CPCCN se encuentran reguladas las reglas generales[46] y especiales[47] para la determinación del tribunal territorialmente competente. Tratándose de procesos de clase cobra especial relevancia el criterio contenido en el artículo 5, inciso 3, del CPCCN, conforme al cual

> … [c]uando se ejerciten acciones personales, el del lugar en que deba cumplirse la obligación expresa o implícitamente establecido conforme a los elementos aportados en el juicio y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación.[48]

La aplicación de estas pautas a los procesos colectivos ha suscitado importantes divergencias; especialmente, en aquellos referidos a intereses individuales homogéneos. La dificultad vino dada, principalmente, por el hecho de que en este tipo de pleitos el frente activo se encuentra usualmente conformado por una clase integrada por un sinnúmero de personas muchas veces no individualizadas, lo cual suele impedir la determinación de un único lugar de cumplimiento de las múltiples obligaciones en juego. Por ende, ante la imposibilidad de aplicar la pauta enunciada en el artículo citado –o sea, la del lugar de cumplimiento de la obligación–, se ha debatido si corresponde, o no, aplicar el criterio subsidiario y, de ese modo, atribuir competencia territorial al juez del domicilio del demandado.

Como veremos, el criterio seguido por los tribunales para dirimir esta cuestión ha variado según que el proceso de clase se dirigiera contra particulares o, en cambio, contra el Estado nacional o sus entes descentralizados. Veamos.

46. Art. 5, CPCCN.

47. Art. 6, CPCCN.

48. Art. 5, incs. 3, 4 y 5, CPCCN.

Procesos colectivos o de clase dirigidos contra particulares

Tratándose de procesos de consumo dirigidos contra particulares –usualmente contra personas jurídicas privadas–, los tribunales han tendido a aplicar el criterio subsidiario estable-cido en el artículo 5, inciso 3, del CPCCN y, por ende, a reconocer competencia territorial al tribunal del domicilio de la compañía demandada e, incluso, a los tribunales donde dicha compañía tenía sucursales. Este criterio fue aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco Provincia de Neuquén SA s/ ordinario",[49] del 05/06/2012, en cuyo marco se discutía si la demanda de consumo promovida por la asociación actora –que involucraba contratos celebrados por la demandada en la sede social, sita en la provincia de Neuquén, y en la sucursal de la Ciudad de Buenos Aires–, debía tramitar ante los tribunales de una u otra jurisdicción. Por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación el máximo tribunal entendió aplicable el criterio subsidiario contenido en el artículo 5, inciso 3, del CPCCN. Más precisamente sostuvo que, en tanto que el lugar de cumplimiento de las obligaciones comprendía dos o más jurisdicciones y que el banco demandado poseía una sucursal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la asociación actora se encontraba facultada para deducir la demanda ante el juez de esta última jurisdicción. Este criterio fue reiterado por el máximo tribunal en numerosas ocasiones.[50]

Este fue también el criterio aplicado por los tribunales inferiores para asignar competencia a los jueces de los domicilios de las compañías demandadas para entender en las acciones de clase dirigidas a, por ejemplo, obtener de una aseguradora la declaración de nulidad de ciertas

49. CSJN, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco Provincia de Neuquén S.A. s/ ordinario", 05/05/2012, Competencia NG 945. XLVII. Ver comentario de Verbic, Francisco, "Competencia territorial en acciones colectivas de consumo", *LL* 2012-E-475, quien concluye que "[e]sta importante decisión, entonces, deja en claro que las personas jurídicas que operan comercialmente por medio de sucursales y establecimientos localizados en diferentes lugares del país, pueden ser demandadas en clave colectiva en cualquiera de esas jurisdicciones siempre y cuando alguno de los contratos tipo con relación a los cuales se produce la afectación homogénea de todo el grupo de usuarios se hubiera perfeccionado allí".

50. CSJN, "Consumidores Nicoleños y otro/a c/ Electrónica Megatone S.A. y otros s/ repetición de sumas de dinero", 26/03/2014, Competencia Nº 341 – XLIX.

cláusulas y la restitución de sumas de dinero;[51] que se la ordenara a una entidad bancaria restituir a los clientes determinados cargos financieros[52] y obtener, también de una entidad bancaria, el cese del cobro de sumas extraordinarias en concepto de seguro colectivo de vida de deudores y la pertinente restitución dineraria[53]. Asimismo, por aplicación del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación –por el que, como vimos, se asimila el domicilio social de la compañía demandada al de cualquiera de las sucursales– se atribuyó competencia a los tribunales del domicilio en los que una licenciataria telefónica tenía una sucursal para entender en la demanda promovida en su contra a fin de que fuera declarada la nulidad de todo cobro realizado en base al cargo SVA TB (Servicios de Valor Agregado de Telefonía Básica) practicado sin solicitud expresa por parte de los usuarios;[54] entre muchos otros casos.

Algunos precedentes aislados[55] aplicaron en estos casos, de manera analógica, la pauta contenida en el artículo 36 de la Ley N° 24240, Nacional de Defensa del Consumidor, en el que –tras ser reformado por la Ley N° 26361– se dispone que

> Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de este, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

51. CNCom., Sala A, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales s/ ordinario", 21/08/13, *LL* 2013-F-378. Para así decidir sostuvo que la regla del lugar del cumplimiento del contrato era inaplicable al no haberse individualizado los concretos acuerdos que se pretendía revertir.

52. CNCom., Sala A, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Banco de La Provincia de Buenos Aires", 18/03/2010, *La Ley Online*.

53. CNCom., Sala F, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco de Santiago del Estero S.A.", 17/05/2011.

54. CNFed. La Plata, Sala I, "Centro de Orientación, Defensa y Educación del Consumidor c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ ley de defensa del consumidor", 09/04/2015.

55. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 10, "BBVA Banco Francés S.A. c/ Asociación de Usuarios Bancarios Argentinos s/ diligencia preliminar", 07/12/11.

Sin embargo, la mayoría de los tribunales[56] y de los autores[57] entienden que dicho precepto legal es inaplicable a los procesos colectivos, pues limita su ámbito de aplicación exclusivamente a las acciones promovidas por los consumidores a título individual; más precisamente, ante el eventual uso abusivo de la cláusula de prórroga de jurisdicción.

Procesos colectivos o de clase dirigidos contra el Estado nacional y sus entes descentralizados

A diferencia de lo analizado en el punto anterior, los tribunales no han mostrado uniformidad a la hora de aplicar la pauta subsidiaria contenida en el artículo 5, inciso 3, del CPCCN –que asigna competencia territorial al juez del domicilio del demandado– a aquellas causas colectivas de consumo dirigidas contra el Estado nacional o sus entes descentralizados. Básicamente se han sostenido dos criterios.

a. Por un lado, se señaló que los procesos colectivos dirigidos contra el Estado nacional o sus entes descentralizados –dirigidos a obtener la nulidad de actos administrativos de alcance nacional– debían tramitar exclusivamente ante los tribunales federales con competencia en lo contencioso administrativo con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Para así resolver se sostuvo, básicamente, que, ante la imposibilidad de determinar en una causa colectiva con alcance nacional el lugar de cumplimiento de las obligaciones –como vimos, criterio de competencia territorial establecido en el art. 5, inc. 3, del CPCCN– debía subsidiariamente estarse al domicilio de la parte demandada. Al ser esta el Estado nacional o un ente descentralizado, entonces dicho domicilio era el sito en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, resultando entonces

56. CNCom., Sala A, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires", 18/03/10, *La Ley Online* (referencia: AR/JUR/12385/2010).

57. Sosa, Federico, "La competencia en las acciones colectivas vinculadas con derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos", *DCCyE* 2012 (diciembre), 01/12/2012, p. 81.

competentes los tribunales en lo Contencioso Administrativo Federal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.[58] De modo complementario, a favor de este criterio se suele citar cierta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –aunque sentada en procesos individuales–, con arreglo a la cual lo atinente a la revisión en sede contenciosa de actos administrativos adoptados por autoridades nacionales debe tramitar ante los tribunales del lugar de la autoridad de la que emanan.[59]

b. Por el otro, en cambio, se ha sostenido que aquellos procesos dirigidos contra el Estado nacional o sus entes descentralizados a fin de obtener la nulidad de actos administrativos de alcance nacional, pueden asimismo tramitar ante los tribunales federales con asiento en el interior del país, en tanto estos también ostentan competencia en materia contencioso-administrativa. Para así resolver se sostuvo, en síntesis, que la competencia territorial obedece a la proximidad del tribunal con el lugar en que se encuentra situado alguno de los elementos de la pretensión procesal. En ese sentido se agregó que por aplicación del artículo 4 de la Ley N° 16986, Nacional de Amparo, es juez competente aquel con jurisdicción en el lugar en el que el acto se exterioriza o pudiere tener efecto y que cuando un mismo acto u omisión afectare el derecho de varias personas debe entender en todas esas acciones el juzgado que hubiese prevenido. Del mismo modo –se ha dicho–, conforme el art. 5, inc. 3, del CPCCN es juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación expresa o contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación. Por ende, se agregó, en tanto el lugar de cumplimiento del acto por el cual se establece una

58. CNFed. CA., Sala III, "Estado Nacional – Ministerio de Energía y Minería c/ CEPIS s/ inhibitoria", 09/08/2018; ídem, Sala IV, "Asociación de Consumidores y Usuarios y otros c/ Ministerio de Energía y Mi-nería de la Nación y otro s/ exhorto", 01/11/2018.

59. CSJN, "Frigorífico Moreno S.A. c/ Estado Nacional (Servicio de Sanidad Animal) s/ suspensión de acto administrativo", 22/02/1990, Fallos: 313:142; ídem, "Estado Nacional (Ministerio de Economía c/ Juzgado Federal de la Provincia de Catamarca s/ inhibitoria", 25/08/1992, Fallos: 315:1738, por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación.

tarifa está dado por el de consumo o uso –es decir, el domicilio de la actora–, entonces el juez de dicho domicilio es el competente territorialmente para entender en el caso.[60]
A favor de este criterio de señaló que, en tanto el Estado nacional y los entes descentraliza-dos tienen domicilio especial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la aplicación del criterio contrario conduciría a que la totalidad de las causas colectivas iniciadas en su contra para la protección de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos debiera necesariamente tramitar ante los tribunales federales de la Ciudad de Buenos Aires, obligándose irrazonablemente a los demandantes a litigar de manera exclusiva en dicha jurisdicción territorial.

Tribunal competente en caso de multiplicidad de procesos. El Registro de Acciones Colectivas

Otro de los desafíos que plantea la falta de regulación de las acciones colectivas –íntimamente vinculado con la cuestión de la competencia, analizada hasta aquí–, es el relativo a la multiplicidad de procesos en trámite ante diversos tribunales, aunque con idéntico o similar objeto.

Además del consiguiente dispendio jurisdiccional, la multiplicidad de procesos colectivos de objeto idéntico o similar genera el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias. Ello puede conducir a que mientras un grupo de personas incluidas en un colectivo obtenga el beneficio de ciertas pretensiones, otro grupo, que reclama algo similar, resulte excluido, contrariándose de ese modo uno de los fundamentos que, precisamente, le da razón de ser a la acción colectiva. Esta situación también favorece la objetable multiplicación

60. CNFed. CA., Sala I, "Estado Nacional – Ministerio de Energía y Minería s/ inhibitoria", 21/02/2019; ídem, "Estado Nacional – Ministerio de Hacienda – Secretaría de Gobierno de Energía c/ Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad s/ inhibitoria", 27/08/2019; ídem, "Estado Nacional – Ministerio de Energía y Minería s/ inhibitoria", 21/02/2019, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 122, 2019, p. 299; ídem, "Estado Nacional – Ministerio de Hacienda – Secretaría de Gobierno de Energía c/ Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad s/ inhibitoria", 27/08/2019.

de acciones colectivas con objetos superpuestos tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución –cautelar o definitiva–, favorable a los intereses del legitimado activo o de interferir en la decisión dictada en el marco de otro expediente.

Este punto fue puesto de resalto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el célebre precedente "Halabi",[61] en el que se exhortó a que fueran implementadas adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

En lo que al caso importa, la posibilidad de dictado de sentencias contradictorias justifica la radicación ante un mismo tribunal de todos los procesos, colectivos o no, que tengan el mismo o similar objeto; ello, a fin de mantener la necesaria unidad de criterio sobre la materia debatida en dichos procesos.

Ahora bien, la inaplicabilidad a este tipo de procesos de las técnicas ofrecidas por el derecho procesal clásico para evitar aquel riesgo –como la acumulación de pretensiones y la conexidad–,[62] ha conducido a la búsqueda de nuevos criterios tendientes a aventarlo en el marco de procesos colectivos con objeto idéntico o similar.[63] Entre dichos criterios se encuentran los siguientes:

a. El criterio de la *prevención o temporaneidad*, en virtud del cual los procesos colectivos de objeto idéntico o análogo, es decir, aquellos iniciados con motivo de la afectación del mismo derecho de incidencia colectiva, deben ser sustanciados ante el tribunal que previno, entendiéndose por tal a aquel ante el cual tramita el proceso iniciado, registrado o sustanciado en primer término.

61. CSJN, "Halabi", cons. 20, *op. cit.*

62. Dichas técnicas exigen para su procedencia la identidad de sujetos, objeto y causa, la cual no necesariamente se configura en materia de procesos colectivos. En efecto, aun mediando diversidad de sujetos, objeto e, incluso, causa podrían recaer sentencias contradictorias entre procesos colectivos que versaren sobre un mismo bien colectivo o sobre una misma causa fáctica o normativa común. Ver, en este sentido, CNFed. CA, Sala V, "Fibra Papelera S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Planificación Federal y otro", 13/04/2010; ídem, "Alais, Marcelo c/ Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios - Secretaría de Energía y otros", 15/07/2010.

63. CSJN, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre S.A. y otro s/ ordinario", 10/07/2018, Fallos: 341:739.

Si bien este criterio fue esbozado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace ya varios años en el célebre precedente "Ekmekdjian,[64] lo cierto es que fue modernamente diseñado en los precedentes "Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A.", del 23/09/2014, y "García, José y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ amparo", del 10/03/2015. En el primer precedente, en cuyo marco se discutía la legalidad o no de las Resoluciones N° 50/2010 y N° 36/2011 de la Secretaría de Comercio de la Nación, por las que se había fijado el precio máximo del servicio de televisión por cable, la Corte Suprema de Justicia de la Nación advirtió acerca del incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provenían de diferentes tribunales del país y señaló que la insuficiencia normativa en la materia no impedía que se adoptaran pautas mínimas indispensables de prelación para que se evitaran pronunciamientos contradictorios derivados de procesos colectivos en los que se ventilan pretensiones sobre un mismo bien jurídico. En el segundo de los precedentes citados, la Corte subrayó que, por la importancia que correspondía asignar a la preferencia temporal en el marco de los procesos colectivos, el trámite de las diferentes causas debía unificarse en aquel tribunal que hubiera prevenido en la materia.

Sin embargo, el establecimiento normativo de este criterio recién tuvo lugar mediante su incorporación al Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos –aprobado por la Acordada N° 12/2016, del 05/04/2016– que, en lo que aquí interesa, dispuso que la inscripción de una causa en el Registro Público de Procesos Colectivos creado por la Acordada N° 32/2014 producía la remisión, al tribunal ante el cual aquella tramitaba, de todos los procesos iniciados cuya pretensión presentara una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia

64. CSJN, "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros", 07/07/1992, Fallos: 315:1492. Allí el tribunal sostuvo que "en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal, previo reclamo al órgano emisor de la ofensa, quien podrá excepcionarse de cumplir con otras pretensiones de igual o semejante naturaleza simplemente con la acreditación de la difusión de la respuesta reparadora".

colectiva.[65] Incluso si con posterioridad se promoviera una demanda individual, aunque fundada en un derecho de incidencia colectiva para cuya protección ya se halla inscripto un proceso de clase, entonces también corresponde su inscripción en el Registro Público de Procesos Colectivos y, por ende, su remisión al tribunal que previno. Ello pues, como se ha resuelto, no debe confundirse la facultad del afectado de hacer valer su derecho en forma individual, con la naturaleza esencialmente colectiva del derecho en que sustenta su pretensión.[66]

En función de lo anterior, en dicho reglamento también fue instaurado un procedimiento a través del cual, si iniciada una demanda surgiera del informe del Registro la existencia de un juicio en trámite –registrado con anterioridad con sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva–, el tribunal debe remitir el expediente, sin otra dilación, a aquel donde tramita el proceso inscripto. De lo contrario, si considera que no se verifican las condiciones para la tramitación de las causas ante el mismo tribunal, debe hacer constar dicha circunstancia por resolución fundada y comunicarla al tribunal que hubiese inscripto la otra acción y al Registro. Por su parte, el juez al que se hubiera remitido el expediente debe dictar, a la mayor brevedad, una resolución en la que determine si su radicación ante el tribunal resulta procedente. En caso afirmativo, comunicará esa decisión al tribunal donde se inició el proceso. De lo contrario, si entiende que la radicación no corresponde, mediante resolución fundada debe disponer la devolución del expediente al tribunal remitente. En ambos supuestos se comunicará la decisión al Registro.[67]

b. El criterio de la *causa con sentencia definitiva*, en virtud del cual la circunstancia de que un tribunal haya dictado sentencia definitiva en cualquiera de los procesos de objeto análogo o idéntico resulta determinante para decidir la radicación, ante

65. Art. VII, Reglamento de Procesos Colectivos aprobado por la Acordada N° 12/2016.

66. Cám. Fed. Seg. Soc., Sala II, "Gómez del Valle, Carlos Alberto c/ ANSES s/ amparos y sumarísimos", 21/05/2018, *LL online*.

67. Art. IV, Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos.

sus estrados, de las restantes causas involucradas, descartando de ese modo la aplicación de otros criterios.

Este concepto fue sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA", del 10/07/18, en cuyo marco resolvió que, aun cuando la asociación actora había promovido ante distintos tribunales múltiples demandas con idéntico objeto –impugnando el concepto de "riesgo contingente" que venían cobrando las entidades financieras demandadas en cada uno de ellos–, la circunstancia de que uno de los tribunales intervinientes hubiera dictado sentencia definitiva conducía a que, por resguardo del principio constitucional de juez natural, debieran radicarse ante él la totalidad de los procesos colectivos en cuestión, descartándose la aplicación de cualquier otro criterio de asignación.

c. El criterio de la *causa más avanzada*, en virtud del cual los procesos colectivos de idéntico o análogo objeto deben ser sustanciados ante el tribunal en el cual tramita la causa que se encuentra en más avanzado estado procesal; es decir, aquella que se halla más próxima al dictado de la sentencia definitiva. Para justificar la aplicación de este criterio se sostuvo que el avance del trámite de las actuaciones impide la posibilidad de desprenderse de ellas.

Ante la inaplicabilidad de la Acordada N° 12/2016 en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –y, por ende, del régimen de prevención allí previsto–, el criterio bajo análisis fue aplicado por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad para justificar que las múltiples causas colectivas promovidas ante dicho fuero con el objeto de que se determinara la legalidad, o no, de la actividad desarrollada por Uber debieran tramitar –más que ante el tribunal que había prevenido– ante aquel otro que había dado mayor grado de avance a la causa, como por ejemplo, el dictado de una medida cautelar, el requerimiento de informes a distintas dependencias, la puesta en conocimiento de la

existencia a diversos organismos públicos o la readecuación de su trámite, de amparo a juicio ordinario.[68]

Por último, más allá de las bondades del sistema implementado por las Acordadas N° 32/2014 y N° 12/2016, lo cierto es que el carácter relativo de su eficacia práctica se advierte a poco que se repare en la cantidad de sentencias contradictorias emitidas en el marco de procesos en trámite antes diversos tribunales. A nuestro criterio ello se debe, por un lado, a su escaso grado de cumplimiento por parte de los tribunales –que no siempre ordenan la pertinente inscripción en el Registro de Acciones Colectivas–, y, por el otro, a la inexistencia de un registro que comprenda a las causas en trámite ante los tribunales federales y locales.

Conclusiones

En función de lo que llevamos dicho podemos arribar a las siguientes conclusiones:

a. La determinación de la competencia de los tribunales para entender en las acciones colectivas se ve dificultada por la falta de regulación de esta clase de procesos. Ello conduce a que aquella deba ser analizada de acuerdo con las normas dictadas que rigen la competencia judicial en los procesos individuales –contenidas principal-mente en los ordenamientos procesales–, aunque ellas resultan insuficientes en virtud de las particularidades propias de este tipo de procesos.
b. En lo que respecta a la distinción entre la competencia federal o local, debe tenerse presente que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 116 de la Constitución Nacional y 1 y 2 de la Ley N° 48, aquella procede:
    i. Con motivo de la materia involucrada, cuando la causa –en lo que aquí interesa, el proceso colectivo– versara sobre puntos regidos por la Constitución, Tratados Interna-

68. Cám. Cont. Adm. Trib. CABA, Sala II, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur – PROCONSUMER c/ GCBA y otros s/ acción meramente declarativa", 28/04/2016.

cionales y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

En materia ambiental, esta disposición se encuentra reglamentada a través del artículo 7 de la Ley N° 25675, General del Medio Ambiente, en el que se dispone que, si bien la aplicación de la ley corresponde a los tribunales ordinarios, la competencia será de los tribunales federales cuando el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales.

En lo que hace a acciones fundadas en derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos, entendemos que no existe comercio interjurisdiccional –ni, por ende, corresponde la competencia federal– en aquellos procesos en los que se cuestiona la práctica comercial de una compañía con actuación en todo el país.

ii. Con motivo de las personas que intervienen en el pleito, cuando fuera parte el Estado nacional, o se suscitara entre dos o más provincias, o entre una provincia y los vecinos de otra; o entre los vecinos de diferentes provincias; o entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Tratándose de acciones colectivas cobran especial relevancia las causales fundadas en la distinta vecindad de las partes. De todos modos, en virtud de la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a las disposiciones contenidas en los artículos 1 y 2 de la Ley N° 48 –en los que el recaudo de la distinta vecindad fue reglamentado– bastaría con que uno de los integrantes de la clase se domiciliase en la provincia demandada para que, por aplicación de la norma y de la jurisprudencia citada, no procediera la competencia federal.

c. La determinación de la competencia material de los tribunales para entender en procesos colectivos depende del criterio establecido en la ley atributiva de competencia. De ese modo:

i. En la órbita federal y en la mayoría de las provincias la competencia material para entender en los procesos

colectivos está dada por la especialidad de la materia involucrada en la causa.

ii. Si bien la competencia material de los tribunales en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires está determinada sobre la base de un criterio subjetivo –en virtud del cual aquellos entienden en todas las cuestiones en que la Ciudad sea parte, cualquiera fuera su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado–, aquel ha sido relativizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, centrando el criterio para determinar la competencia, más bien, en el derecho preponderantemente aplicable para la resolución del litigio.

d. La determinación de la competencia territorial para entender en procesos colectivos resulta particularmente compleja. Es que las particularidades propias de este tipo de procesos como ser, por caso, la existencia de clases con integrantes domiciliados en diversas jurisdicciones y la consiguiente multiplicidad de los lugares de cumplimiento de las obligaciones en juego, han dificultado la aplicación supletoria de las disposiciones contenidas en los ordenamientos rituales; en el orden federal y nacional, en el artículo 5, inciso 3, del CPCCN, en el que se asigna competencia territorial al juez del lugar en que deba cumplirse la obligación y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato.

   De todos modos, mientras que la aplicación del criterio contenido en dicha norma a causas dirigidas contra particulares no ha generado mayores controversias –admitiéndose el criterio subsidiario contenido en ella y, por ende, la competencia del tribunal del domicilio del demandado–, sí la ha generado en aquellas otras causas dirigidas contra el Estado nacional o sus entes descentralizados.

e. En la órbita federal, la cuestión generada por la multiplicidad de procesos colectivos con idéntico o similar objeto en trámite ante diversos tribunales ha sido regulada mediante el dictado de las Acordadas N° 32/2014 y N° 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por las cuales fueron

creados, respectivamente, el Registro Público de Procesos Colectivos y Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos. Por su intermedio fue establecido el criterio de la prevención o temporaneidad, en virtud del cual los procesos colectivos de objeto idéntico o análogo –es decir, aquellos iniciados con motivo de la afectación del mismo derecho de incidencia colectiva– deben ser sustanciados ante el tribunal que previno, entendiéndose por tal a aquel ante el cual tramita el proceso iniciado, registrado o sustanciado en primer término.

La precisa identificación de la clase afectada como requisito de admisibilidad de los procesos planteados en clave colectiva

Claudia Irene Villar*

La problemática de los procesos colectivos presenta dos líneas de fuerza, como una avenida de doble mano, cuyos carriles corresponde diferenciar para matizar sus pertinentes campos operativos y las técnicas con que deben ser abordados.
Augusto Mario Morello[1]

El fenómeno del proceso colectivo. La necesidad de contar con reglas procesales específicas

En la actualidad resulta un hecho ampliamente conocido que los procesos colectivos[2] han llegado a ocupar un lugar central en todo el mundo. La Argentina no ha sido ajena a esta evolución y –ante la realidad impuesta– ha intentado generar herramientas procedimentales en aras de permitirle al ciudadano acceder a una justicia acorde a la ya reconocida garantía constitucional de tutela judicial efectiva.

Este fenómeno al que hice referencia nace con la reforma constitucional del año 1994, en tanto los artículos 41, 42 y 43 modificaron

* Abogada. Especialista en Derecho Tributario de la Universidad de Belgrano y Especialista en Magistratura de la Universidad de San Martín. Se desempeña como docente en distintas universidades en Derecho Administrativo y materias de la especialidad. Actualmente es coordinadora de la Oficina Jurisdiccional en lo Contencioso Administrativo de la Asesoría General Tutelar del Poder Judicial de la CABA.

1. Morello, Augusto Mario, "El proceso civil colectivo", *JA* 1993-I-861.

2. Repárese a que me refiero a "procesos colectivos" o "procesos planteados en clave colectiva" y no a "amparo colectivo" en tanto no solo la vía del amparo es idónea para plantearlos. La CSJN ha viabilizado otros procesos distintos de aquél, puede verse al efecto la causa "Padec c/ Swiss Medical s/ nulidad de cláusulas contractuales", Fallos: 336:1236, juicio ordinario que perseguía la nulidad de las cláusulas abusivas de un contrato.

claramente la fisonomía del concepto tradicional de "parte". Ello determinó que el juez se enfrentase en su labor cotidiana a "procesos con partes múltiples",[3] lo que hacía imperioso que aquella fuera complementada con normas acordes que establecieran nuevas reglas, con patrones claros y uniformes que regularan de modo específico ese nuevo escenario.

Ante la ausencia del dictado de esas reglas, y transcurridos muchos años desde la mencionada reforma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronuncia en el caso "Halabi",[4] en donde entiende que la acción de clase proveniente del derecho anglosajón estaba contenida en el texto constitucional (más precisamente en el art. 43 segundo párr.). Y si bien no hace una creación definitiva reguladora de todo el sistema de clases (como ha ocurrido en otros países en donde su larga jurisprudencia ha regulado minuciosos detalles procesales),[5] reconoce el derecho y pone en mora al legislador para que lo regule de una vez por todas.[6] Por tal razón, Lorenzetti afirma que ese fallo "es un motivador que crea un diálogo institucional de poderes, pero no puede ser la regulación definitiva de un instituto tan complejo…".[7]

Cabe recordar que nuestro país ostenta una clara tradición de creación pretoriana de acciones. En este sentido vale recordar los ca-

3. Aquí se hace necesario aclarar que no todo proceso con partes múltiples es un proceso colectivo ya que puede verificarse la existencia de un litisconsorcio necesario o facultativo, extremo que no lo convierte en un proceso planteado en clave colectiva, como se verá.

4. CSJN, Fallos: 332:111, H. 270. XLII,"Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986" del 24/2/09, *JA* 2009-II-627.

5. Colombia por ejemplo es uno de esos países.

6. Sagües –de modo crítico– sostiene que en "Halabi" la Corte asumió "roles audaces, en alguna medida cuasi legisferantes, ya que más allá de la conveniencia de regular por el Congreso a las acciones de clase […] lo cierto es que la constitución no imponía necesariamente tal modalidad procesal (desde luego, no la prohibía). De los debates de la convención constituyente de 1994 no emerge que la convención haya establecido tal alternativa como un imperativo para jueces o legisladores. Por ende, era muy difícil afirmar que existía mora inconstitucional ante tal silencio congresional, y exigir que los jueces, con o sin ley, las instrumentasen" (Sagües, Néstor Pedro "La acción de clase se despega del amparo", en *Revista Digital de la Asociación de Derecho Constitucional*, N° 211, marzo de 2016).

7. Ver su exposición en el cierre de las Jornadas de los Procesos Colectivos desarrolladas en la Universidad Torcuato Di Tella en noviembre de 2016. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=E6LEp6EzMGA [fecha de consulta: 15/10/2019].

sos "Siri"[8] y "Kot"[9] que dieron origen al amparo, y posteriormente el caso "Ekmekdjian"[10] donde se admitió la legitimación del actor para que el conductor de un programa de televisión leyera una carta que hablaba del agravio al sentimiento religioso de los ciudadanos católicos como consecuencia de una de las expresiones vertidas en una emisión, respecto de Jesucristo y la Virgen María, reconociéndose –de este modo– el derecho a réplica.

En esa misma línea caben ser mencionados, como casos relevantes, "Viceconte",[11] "Labatón",[12] "Verbitsky",[13] "Mujeres por la Vida"[14], "Asociación Benghalensis",[15] "Mignone",[16] "Asociación de Esclerosis

8. CSJN, Fallos: 239:459, "Siri, Angel S.", 27/12/1957.

9. CSJN, Fallos: 241:292, "Kot, Samuel S.R.L. s/ Acción de amparo. Acto de particulares (5-958)", 05/09/1985.

10. CSJN, Fallos: 315:1422, "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ Recurso de hecho", 07/071992.

11. CN. Fed. Contencioso Administrativo, Sala IV, Buenos Aires, "Viceconte, Mariela c/ Ministerio de Salud", 02/06/1998, *LL Suplemento de Derecho constitucional* del 05/11/98. La actora había promovido una acción de amparo en contra del Estado nacional para que produjera la vacuna "Candid 1" y la suministrara a la totalidad de la población afectada con fiebre hemorrágica en Argentina, implementándose una campaña publicitaria. Se hizo lugar a la demanda con fundamento en el derecho social a la salud (art. 14 bis de la CN).

12. CN. Fed. Contencioso Administrativo, Sala V, Buenos Aires, "Labatón, Ester c/ Poder Judicial de la Nación s/ amparo ley 16.986", 12/09/1996, *LL Suplemento de Derecho Administrativo,* 27/11/98. La actora era discapacitada y adujo discriminación hacia su persona con base en la imposibilidad de ejercer su profesión de abogada, por no tener acceso de rampas en los tribunales en la Ciudad de Buenos Aires, por lo que se veía vulnerado su derecho a la igualdad con el resto de los profesionales no discapacitados.

13. CSJN, Fallos: 328:1147, "Verbistky, Horacio, Hábeas corpus". En esta oportunidad, el periodista Verbitsky junto con el Centro de Estudios Legales y Sociales interpusieron una acción de "hábeas corpus" a fin de que cesara el estado de 6000 personas que se encontraban detenidas en comisarías de la provincia de Buenos Aires en estado de ser juzgadas, por la enorme sobrecarga del sistema.

14. CSJN, M. 970. XXXIX, "Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro -filial Córdoba- c/ E.N. -P.E.N.- M° de Salud y Acción Social de la Nación s/ Amparo", 31/10/2006.

15. CSJN, Fallos: 323:1339, "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986", 01/06/2000.

16. CSJN, Fallos: 325:524, "Mignone, Emilio Fermín s/ amparo", 09/04/2002.

Múltiple de Salta",[17] "Mendoza",[18] y "Hospital Materno Infantil de Salta",[19] entre tantos otros.

El gran aporte de "Halabi", además de reiterar la necesidad de que se legisle sobre el tema,[20] es que establece de un modo sistemático tres categorías de derechos posibles. Digo que las "sistematiza", porque ya la Corte se había referido a ellas en anteriores pronunciamientos.[21] Y es allí en donde queda clara la importancia de establecer a priori –frente a un conflicto concreto– la tipicidad del derecho debatido, pues solo a partir de allí se estará en condiciones de analizar las restantes aristas que puede presentar un proceso colectivo (tal como la legitimación particular para cada tipo de derecho, los efectos de la cosa juzgada, entre otros), como así también un concepto fundamental sin el cual

17. CSJN, Fallos: 326:4391, "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud – Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar", 18/12/2003.

18. CSJN, Fallos: 329: 2316, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros (daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)", 08/07/2008. .

19. CSJN, Fallos: 329:474.

20. Sagües expone que "…el tema es delicado, ya que, en términos más amplios, con esa tesis cada vez que aparezca en el escenario contemporáneo un nuevo instituto procesal que se repute conveniente para la comunidad, la Corte podría verse tentada a recepcionarlo e imponerlo a todos los demás jueces, so pretexto de que así se satisfacen los principios constitucionales y convencionales del debido proceso, del acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva. Así podría ocurrir, *v. gr.*, con el proceso monitorio, las tutelas urgentes, las denominadas medidas autosatisfactivas, y otros dispositivos novedosos cada vez más frecuentes en el derecho procesal. De este modo, surge el riesgo de que la judicatura podría saltar olímpicamente al legislador, y comenzar ella misma a legislar, *omissio* medio, al menos como legislador suplente y precario (hasta que lo haga el Poder Legislativo). En definitiva, crear pretorianamente a un instituto procesal, como lo fue el amparo en el orden federal argentino en "Siri" y "Kot SRL", debe ser una decisión profundamente reflexiva y producto inexorable de una definición constitucional indiscutible que sí o sí, exija tal alternativa. No se trata aquí, en efecto, de ser juez-legislador por mera conveniencia o utilidad, sino por inferencia obligada de un nítido imperativo constitucional. Esto es, la cobertura judicial de los vacíos normativos, en los casos de inconstitucionalidad por omisión, tiene que ser el resultado de un análisis estricto de una obligación, mandato o encargo constitucional que el legislador claramente ha incumplido (Sagües, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México, Porrúa, 2013, p. 196).

21. Ver la disidencia del Dr. Lorenzetti y la Dra. Argibay en "Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro Cfilial Córdoba C c/ E.N. CP.E.N.C M° de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", *op. cit.*

el Poder Judicial no puede actuar: me refiero a la noción de "causa o controversia", elemento que es necesario que exista siempre.[22]

En efecto, la Corte distingue entre: a) derechos individuales, comúnmente definidos como los intereses de un sujeto sobre un objeto determinado con carácter exclusivo y excluyente respecto de terceros, esto es, el interés individual y exclusivo del titular sobre el objeto (material o inmaterial), b) derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, supuesto en que la pretensión ha de tener por objeto, necesariamente, la tutela de un bien colectivo, diferente de la protección de bienes individuales (patrimoniales o no patrimoniales) y c) derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos, caso en el que el estándar supone la afectación de derechos individuales divisibles pero lesionados por un hecho único o complejo que afecte a una pluralidad relevante de sujetos y en el que la pretensión queda concentrada en los elementos homogéneos del grupo afectado y no en el daño diferenciado que cada sujeto sufre en su esfera individual.[23]

Entiendo importante señalar que siempre debe existir una "colisión efectiva de derechos",[24] y en ese sentido la Corte enfatiza que la comprobación de la existencia de un caso es imprescindible. Sin embargo, y en este punto radica el talón de Aquiles de un gran número de demandas que terminan siendo rechazadas por motivos procesales,[25] la noción de ella adquiere una configuración diferente en cada una de

22. Así lo impone el art. 116 de la Constitución Nacional y el 106 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, punto reiterado por la CSJN en el caso "Thomas, Enrique c/ENA s/amparo", Fallos 333:1023, considerando 4, en donde remarcó que la configuración de caso o controversia –con una tipicidad diferente en este tipo de contienda– resulta un recaudo imprescindible.

23. CSJN, "Halabi", *op. cit.* Fallos, 335:1080, "Cavalieri Jorge y otro c/ Swiss Medical SA s/amparo, 26/06/2012 "Padec", *op. cit.*

24. CSJN, Fallos: 2:253, 24:248, 94:51, 130:157, 243:177, 256:103, 263: 397.

25. Sin perjuicio de mencionar que la inexistencia de causa ha sido predicada en numerosas causas, destaco que ese argumento también fue erigido para fundar el rechazo de amparos en donde se debatían derechos sociales fundamentales, tal como ocurrió en el reciente fallo del TSJ *in re* "Rachid, María de la Cruz y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido" del 10 de octubre de 2018, que trataba acerca de la impugnación del protocolo médico para atención en la CABA de mujeres que invocaran la figura del aborto no punible dispuesta por el art. 86 inc. 2 del Código Penal, como así también del veto que el ejecutivo de la CABA hiciera de la ley emanada de la Legislatura al respecto.

las tipologías de derechos enunciados, extremo central para decidir sobre la admisibilidad formal de la pretensión planteada.

Así, en la primera hipótesis –derechos individuales–, la regla es que ellos son ejercidos por su titular en la segunda –derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos–, su ejercicio corresponde al Defensor del Pueblo, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. Finalmente, en el tercer supuesto –derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos–, cuando se pretende su protección deben concurrir varios elementos. El primero es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría y determinar –quizás– un litisconsorcio. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. Y el tercer elemento radica en la constatación de que el ejercicio individual de la acción no aparece justificado, aunque ello no es necesario cuando, pese a tratarse de derechos individuales, "exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados".[26]

Finalmente, en cuanto la acción en sí, instrumentada en una demanda judicial concreta, la Corte indicó que los tribunales debían verificar: a) la precisa identificación del grupo o colectivo afectado; b) la idoneidad de quien pretende asumir su representación; c) la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo; d) la instrumentación, por el juez, de un adecuado régimen de notificación de todas las personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, para que ellas puedan optar por quedar fuera o dentro del pleito; y e) la implementación de medidas de publicidad que eviten la multiplicación o superposición de procesos

26. "Halabi" *op. cit.*, cdo. 13.

colectivos con el mismo objeto, a fin de aventar el peligro de sentencias disímiles o contradictorias.[27]

Enfrentados a esta nueva tipicidad conflictual la doctrina se ha preguntado si las normas clásicas –concebidas para los litigios tradicionales– podrían ser aplicables y en su caso extensivas,[28] coincidiendo en una respuesta negativa, pues a esta altura es indiscutible la necesidad imperiosa de contar con una legislación específica, sistematizada y acorde que pueda dotar de contenido al debido proceso colectivo.[29]

En esa inteligencia, la necesidad de elaborar el marco procesal adecuado para el trámite de los procesos colectivos convoca al análisis de sus especiales particularidades, de manera que el derecho procesal alcance la finalidad que le es propia: la averiguación y reconocimiento de la verdad material. Lo cierto es que habiendo transcurrido ya diez años desde el dictado de "Halabi", no existe a nivel nacional norma alguna que regule los procesos colectivos en forma prolija, sistemática y adecuada ya que las únicas dos leyes con previsiones sobre la materia (la Ley General del Ambiente N° 25675 y la Ley de Defensa del Consumidor N° 24240), no contienen todas las reglas procesales especiales para ese tipo de procesos,[30] debiendo forzarse la aplicación de las directrices clásicas que fueron concebidas para una realidad distinta, las cuales son claramente insuficientes.[31]

27. "Halabi" *op. cit.*, cdo. 20.

28. Morello se pregunta: "¿Servirá a los fines de la tutela apelar al litisconsorcio o la acumulación de procesos? La experiencia indica que no son ellos funcionales para abastecer estas realidades frecuentes en las ciudades urbanas y dinámicas de fines del milenio. Insistir en esas sendas provocaría otra manifestación desfasada de "más de lo mismo", que forzarían a escala desproporcionada, figuras pensadas para ser utilizadas dentro de otras proporciones y que, si se las lleva a un registro subjetivamente distinto, se las saca de madre, con resultados adversos a su razonable y circunscripto juego normal" (Morello, Augusto Mario, "El proceso civil colectivo", *op. cit.*).

29. Precisamente uno de los principales problemas que se advierten al intentar aplicar normas procesales clásicas radica en el derecho de defensa del demandado quien al intentar oponer excepciones debe encorsetarlas en las excepciones clásicas cuando quizás pretende aducir la falta de conformación de la clase y debe necesariamente deducirla como una falta de legitimación activa.

30. Repárese por ejemplo en los recaudos que debe ostentar la demanda lo que hace que deba seguir rigiendo el artículo 330 del CPCCN y concordantes.

31. Desde que la Corte Suprema dictó el célebre caso "Halabi" en el año 2009, ya han transcurrido diez años donde varios proyectos de ley han sido presentados en el Congreso de la Nación Argentina, sin haberse logrado aún la sanción de una ley que regule

En efecto, la complejidad que exhibe el fenómeno de estos procesos colectivos hace que las reglas procesales tradicionales resulten ineficaces para contemplar las particulares aristas que presentan este tipo de causas (la legitimación, los efectos de la cosa juzgada, entre otros), por lo que se hacen necesarias reglas específicas para regularlos. Estas directrices incluso, deben ser conocidas de antemano por el justiciable para afianzar la seguridad jurídica y evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales, pues como ha dicho el Alto Tribunal en la causa "Kersich":[32] "El proceso judicial no puede ser un 'juego de sorpresas' que desconoce el principio cardinal de buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas (Fallos 331:2202)".

Sentado lo que antecede, es objeto del presente trabajo no solo reiterar –como lo hace la doctrina de modo conteste– la imperiosa necesidad de que se dicte una legislación procesal acorde, sino también destacar la importancia del estudio del derecho del proceso en cuanto a los recaudos de admisibilidad de la demanda colectiva. En este caso, luego de una sucinta referencia a los requisitos que necesariamente debe poseer el escrito de inicio, me enfocaré específicamente al tratamiento de la precisa identificación de la clase afectada, ya que lo considero –junto al concepto de causa o controversia, la procedencia de la vía elegida y la representación adecuada–, como uno de los pilares centrales para lograr la admisibilidad formal del proceso e instar así a que el órgano judicial se avoque al pronunciamiento del fondo del asunto.

La admisibilidad formal de una demanda colectiva

Sentada pues la inexistencia de una regulación legal específica, quien promueva un proceso y pretenda plantearlo en clave colectiva deberá necesariamente cumplir con ciertas cargas procesales[33] a fin de

este tipo de procesos. Existen varios proyectos en danza en la Cámara de Diputados, pero todos los otros perdieron estado parlamentario.

32. CSJN, Fallos 337:1361, "Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo", cdo. 11.

33. La carga procesal es la conducta voluntaria que expresa en el proceso la parte ante las alternativas que contempla la norma dinámica procedimental –y la eventual actividad consecuente que despliega cuando la conducta manifestada es positiva– en el marco del ejercicio de su derecho de defensa en juicio, que produce una consecuencia

traspasar con éxito la admisibilidad formal de su reclamo e instar al juzgador a que examine y se pronuncie sobre la procedencia sustancial de la pretensión planteada.

Para que dicha tarea resulte más sencilla, como medida previa es menester identificar las directrices aplicables que establecen los requisitos que debe necesariamente contener el escrito de inicio, a saber:

a. En primer lugar, si bien ostenta sus características propias, y aunque parezca una verdad de Perogrullo, toda demanda –y aun las planteadas en clave colectiva–, deben cumplir con los recaudos establecidos por el artículo 330 del CPCCN[34] designando con precisión los sujetos, el objeto y la causa del litigio, entre otros. Solo quiero enfatizar en este punto la importancia de efectuar el relato de los hechos en su dimensión colectiva, ya que el modo de enunciarlos adquiere una relevancia altísima para persuadir al juez acerca de la existencia del proceso colectivo.
b. En segundo lugar, es indispensable que el actor cumpla con los requisitos impuestos por las Acordadas de la CSJN N° 32/14 y N° 12/16 (aquellos que son comunes a cualquier proceso colectivo y los específicos propios de cada tipología),
c. Deben cumplirse además con las pautas que –por vía pretoriana– fue estableciendo la CSJN a través de distintos fallos.

Si bien excede el objeto de este trabajo analizar los puntos específicos que deben cumplirse cuando se plantean los diferentes procesos según se refieran a bienes colectivos o a intereses individuales homogéneos, debe quedar claramente establecido que para que la demanda esté correcta, deben fundamentarse –y en su caso probarse– los elementos que cada tipología prevé.

jurídica determinada. Goldschmidt afirma en referencia a ellas que "El que puede, debe; la ocasión obliga (es decir, grava) y la más grave culpa frente a sí mismo, es la de haber perdido la ocasión" (Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, traducción de la 2ª ed. alemana por Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1936, p. 203).

34. Concordante con el art. 269 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA.

Así, si se quiere resguardar un bien individual homogéneo será necesario –además de cumplir con la norma procesal local aplicable en cuanto a lo que debe mencionar la demanda–:

a. precisar la causa fáctica o normativa que provoca la lesión a los derechos individuales, por lo que debe argumentarse y justificarse la razón por la cual el juez debería habilitar ese proceso colectivo demostrando que existe una afectación común de hecho o de derecho que involucra a cada uno de los particulares afectados;
b. Focalizar la pretensión en los efectos comunes y no individuales. Como en todo proceso colectivo, en el que lo característico es el grupo afectado, el accionante debe pretender en pos del conjunto y no circunscribiéndose a él;[35]
c. Alegar la razón por la cual el acceso individual a la justicia por parte de los miembros del grupo afectado no se encuentre justificado, recaudo que puede ser dejado de lado si el caso llevado ante el juez involucra aspectos referidos a materias como el ambiente, el consumo, la salud o afecta a grupos vulnerables; o hay un fuerte interés estatal en su protección;
d. Identificar con precisión y claridad el grupo afectado, elemento que analizaré específicamente en los títulos que siguen;
e. Justificar la adecuada representación del colectivo, el cual constituye un punto fundamental pues implica la defensa idónea de la clase afectada por lo que el accionante debe mostrarle al juez por qué es un representante capaz de defender a toda la clase de modo adecuado;
f. Indicar si existen otras acciones en donde se ventilen pretensiones semejantes, y en su caso, los datos del o los expedientes. De este modo, y tal como lo prevén las Acordadas *ut supra* referidas, en el caso de que existieran otros procesos con pretensiones similares deberán ser acumulados.

35. De todas formas, como apunta Manterola, nada obsta al afectado, en la misma demanda o antes de su notificación, a reunir una pretensión colectiva y otra individual (art. 87, CPCCN); la primera focalizada en el grupo y la segunda basándose en los daños sufridos individualmente por él y cuya indemnización peticiona (Manterola, Ignacio Nicolás, "Proceso colectivo, concepto, elementos y procedimiento", *El Derecho*, AÑO LVI, T. 278, Nº 14422, junio de 2018).

Seguidamente me concentraré en la necesidad de precisar en la demanda en forma detallada la clase afectada, ya que considero que, junto con la procedencia de la vía elegida, la configuración de causa y la representatividad adecuada son los puntos más frágiles que exhiben las demandas planteadas en clave colectiva.

La precisa identificación de la clase afectada

Tal como lo adelantara en los capítulos antecedentes, existe un gran número de procesos planteados en clave colectiva que resultan rechazados por cuestiones de índole estrictamente procesal, extremo que se agrava si se repara en el hecho de que –en gran número de ellos– se debaten derechos sociales que requieren urgente tutela. Puede vislumbrarse así, la postergación en el reconocimiento del derecho que sufren los involucrados, ya que estos procesos –luego de transitar años en trámite– llegan a las instancias superiores y fenecen con un pronunciamiento que predica su inadmisibilidad formal.[36]

De allí se deriva que el estudio y análisis del derecho procesal o de forma es fundamental y más aún en este tipo de procesos en donde la carencia de legislación específica que regule su trámite hace que deban analizarse con mayor detenimiento los requisitos exigidos por la jurisprudencia para poder cruzar la valla de admisibilidad y así lograr que el tribunal se avoque a examinar el fondo de la pretensión propuesta.

Centrándonos exclusivamente en el recaudo anunciado en el título, la jurisprudencia establecida por el Alto Tribunal es conteste en cuanto a la necesidad de que en este tipo de procesos y especialmente en aquellos donde se debaten intereses individuales homogéneos, se proceda a identificar correctamente la clase. Este extremo fue expuesto categóricamente en "Halabi",[37] y luego reiterado en distintos pronunciamientos. Así ha expresado:

> … resulta razonable exigir a quienes pretenden iniciar procesos colectivos una definición cierta, objetiva y fácilmente comprobable de la clase, lo cual exige caracterizar suficientemente a sus integrantes de forma tal que resulte posible a los tribunales corroborar en la etapa inicial del

36. Tal el caso "Rachid", *op. cit.*

37. "Halabi", cdo. 20.

> proceso, tanto la existencia de un colectivo relevante como determinar quiénes son sus miembros.[38]

Como puede nítidamente advertirse, la identificación precisa –y no genérica– del colectivo lesionado es uno de los requisitos donde los jueces reparan especialmente y al que se debe prestar debida atención, ya que la imprecisión, laxitud o vaguedad de su conformación puede acarrear consecuencias procesales graves, como veremos más adelante.

Tan importante es este requisito que el Alto Tribunal se ha encargado de manifestar en forma expresa las razones por las cuales entiende a este recaudo como esencial al promover una demanda planteada en clave colectiva. Al efecto dijo:

> … la definición de la clase es crítica para que las acciones colectivas puedan cumplir adecuadamente con su objetivo […] la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta u acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos establecidos en la jurisprudencia de esta Corte para la procedencia de la acción. Solo a partir de un certero conocimiento de la clase involucrada el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encontrará comprometido de no admitirse la acción.[39]

De lo transcripto se desprende claramente que el conocimiento de la clase involucrada es central para que –a partir de allí– puedan evaluarse distintos recaudos referidos a la procedencia de la acción y definirse no solo la legitimación procesal para demandar (puerta de entrada al proceso), sino también los efectos de la cosa juzgada (puerta de salida). Además, la concreta determinación de la clase tiene una importancia fundamental en cuanto a la publicidad del proceso, ya que

38. CSJN, Fallos: 566:2012, "Asociación Protección de Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma negra cía. Industrial Argentina y otros", cdo. 11, 10/02/2015.

39. CSJN Fallos: 339:1223, "Abarca, Walter José y otros e/ Estado Nacional -Ministerio Energía y Minería y otros. amparo ley 16.986", 06/09/2016; Fallos: 338:40, "Asociación Protección de Consumidores c/ Loma negra s/ amparo", 10/02/2015; Fallos: 336:1236, "Padec c/ Swiss Medical s/ nulidad de cláusulas contractuales", *op. cit.*; Fallos: 339:1077, "Centro de Estudios para la promoción de la igualdad c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", 18/08/2016; Fallos: 337:753, "Consumidores Financieros c/ Banco Itaú s/ ordinario", 24/06/2014, entre otros.

una vez establecido el registro definitivo el juez debe comunicar su existencia instrumentando la forma de hacer saber a quienes integran ese grupo sobre la interposición de la acción y permitir que estos puedan sumarse a la litis, o, por el contrario, excluirse del litigio (*opt out*).[40]

En este sentido, la CSJN ha exhortado en distintos pronunciamientos a quienes pretenden iniciar procesos colectivos a efectuar una definición cierta, objetiva y fácilmente comprobable de la clase, lo cual exige caracterizar suficientemente a sus integrantes de forma tal que resulte posible a los tribunales tanto corroborar, en la etapa inicial del proceso, la existencia de un colectivo relevante como determinar quiénes son sus miembros. Por ello, deben exponer de forma circunstanciada, y con suficiente respaldo probatorio, los motivos que llevan a sostener que la tutela judicial efectiva del colectivo representado se vería comprometida si no se admitiera la procedencia de la acción.

En síntesis, el punto central de identificar correctamente el colectivo afectado radica en evitar tratar de modo desigual a situaciones análogas o a la inversa.

La relevancia de este recaudo y su impacto en otras condiciones del proceso que la CSJN expresa en los considerandos de los fallos citados, ha determinado que se encuentre expresamente previsto como exigencia en la Acordada N° 12/16, mediante la cual aprobó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, como uno de los requisitos comunes para la promoción de acciones tanto en defensa de derechos colectivos, como de intereses individuales homogéneos.[41]

Asimismo, la doctrina resalta que la precisa determinación del colectivo afectado es un requerimiento necesario para resguardar el derecho de defensa en juicio, tanto de los miembros de la clase –en tanto ausentes en la tramitación–, como así también del demandado. Respecto de los primeros, permite disponer los mecanismos más apropiados para la publicación y notificación de la existencia del juicio, a los fines de que los interesados puedan controlar la idoneidad del sujeto que pretende asumir su representación en el juicio y efectuar las presentaciones que estimen pertinentes; y en el caso del segundo, porque el demandado debe conocer, o –con cierto grado de diligencia– tener la posibilidad de

40. Art. 54 de la Ley N° 24240.

41. Acordada N° 12/16, art. II, punto 2 a(ii).

advertir, según los elementos obrantes en la demanda, el alcance que podría merecer una sentencia estimatoria del reclamo formulado.[42]

Lo cierto es que, si bien el Alto Tribunal ha reiterado la importancia de la determinación del colectivo afectado en distintos fallos, no ha ido más allá, pues no ha fijado otra pauta expresa que permita advertir otras directrices para exponer su conformación. Es por esta razón que no le resulte tarea sencilla al operador jurídico al enfrentarse a un caso concreto establecer la correcta conformación de la clase para así cumplir con la debida identificación del colectivo afectado.

En este sentido, la CSJN ha ido delineando ciertos criterios a través de los fallos que dicta en los distintos casos que se le someten a decisión, con lo cual podemos –inductivamente– mencionar algunas pautas.

La más importante radica en que esa "precisa identificación de la clase" es de índole cualitativa, pues si bien la identificación de la clase tiene que permitir el encuadre de los miembros del grupo como tales, eso no supone que el actor deba identificarlos individualmente, mucho menos cuando se trata de un grupo que puede modificarse a cada momento como es aquel que los legitimados colectivos pretenden defender en ciertos casos.[43] Sin perjuicio de ello, cabe tener en cuenta que el carácter cuantitativo del grupo también debe ser cuanto menos establecido *prima facie* ya que –como fuera señalado– la "pluralidad relevante" de personas afectadas configura un recaudo que bien puede considerarse como de procedencia de este tipo de acciones.

En el caso específico de los intereses individuales homogéneos, al manifestar la conformación del colectivo debe poder mostrarse al juez que existen elementos comunes a toda esa clase, los cuales pueden depender de una causa fáctica o normativa. En el caso de aducirse una

42. Gianini, Leandro, *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, La Plata, Librería Editora Platense, 2007, p. 184.

43. Tal sería el caso de aquellos amparos que persiguen una tutela preventiva, por ejemplo, el caso "Rachid" el cual se trató de un amparo preventivo planteado en clave colectiva. Allí se buscaba evitar un daño inminente y no reparar el ya producido. En efecto, en ese caso en el que el daño era inminente –en contraposición a un daño actual– era imposible individualizar con nombre y apellido quién sería a futuro la niña, adolescente o mujer afectada en su salud mental que pudiera necesitar acceder a la práctica del aborto no punible.

causa fáctica, esta debe ser probada[44] para persuadir al magistrado de que –pese a haber una lesión individual– ese proceso debe ser llevado adelante en clave colectiva. Así, el actor deberá acreditar la presencia de un grupo de personas a las cuales la causa fáctica o normativa común ocasiona una afectación o perjuicio en forma homogénea, aunque –cabe remarcar– siempre enfocado en la relación causal que determinó la producción del daño, pero no en el alcance individual del daño soportado. En este sentido, la pretendida homogeneidad no se configura si existe un mismo interés, pero las situaciones son heterogéneas o –claramente– si existen diversidad de intereses.

Asimismo, deben evitarse las fórmulas vastas, vagas o de extrema laxitud, pues la CSJN ha rechazado demandas colectivas fundadas en la imprecisión y generalidad al proponer el colectivo. Vale citar aquí el emblemático caso "Asociación Protección de Consumidores c/ Loma Negra s/ amparo",[45] en donde la actora pretendía representar una clase global que involucraba a todas las personas físicas y jurídicas que hubieran adquirido directa o indirectamente cemento Portland de cualquier calidad y en cualquier modalidad de comercialización, en forma gratuita u onerosa, como destinatarios finales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, aclarando que debían incluirse a todos los consumidores directos, otra que abarcaba a todos los consumidores indirectos, y finalmente una subclase de consumidores indirectos que involucraba a las personas que hubieran adquirido inmuebles nuevos o recién construidos, o que hubieran encargado a un tercero la construcción de un inmueble o estructura construida mediante la utilización de cemento.

El Alto Tribunal rechazó la demanda con sustento en que el universo de situaciones que la actora pretendía abarcar resultaba "excesivamente vasto y heterogéneo y además presenta singularidades que impiden resolver la cuestión planteada, útilmente y con efecto expansivo en el marco de un único proceso".[46]

44. Al efecto, la doctrina ha dicho que teniendo en cuenta que la conformación de la clase se expone en una etapa temprana del proceso, esa prueba en caso de que los elementos comunes sean fácticos puede tramitarse como una típica diligencia preliminar. Salgado, J. M., "Clase, certificación y registro de procesos colectivos", *LL* 2014-E-510, comentario al fallo "Municipalidad de Berazategui c/Cablevisión S.A. s/amparo".

45. Art. 54 de la Ley N° 24240.

46. "Loma Negra", *op. cit.*, cdo. 6.

Destacó –luego de recordar que la definición de la clase es crítica para que las acciones colectivas puedan cumplir su objetivo–, que "… ante la ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen las acciones colectivas, su admisión formal requiere, entre otros aspectos, que el demandante identifique en forma precisa al grupo o colectivo afectado que se pretende representar", extremo que estimó incumplido pues entendió que la demanda había sido deducida en términos vagos que habían puesto al magistrado:

> … en la inadmisible situación de tener que escrutar el universo de adquirentes directos de cemento portland y, a partir de las genéricas afirmaciones allí expuestas y sin contar con los elementos suficientes, constatar si entre ellos existe un grupo relevante respecto del cual, en atención al volumen y cantidad de las operaciones realizadas, los montos involucrados y el destino que dieron al bien adquirido, se verifican los recaudos que, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, habilitan la procedencia de la acción colectiva.[47]

Idéntico temperamento adoptó el Alto Tribunal en la causa "Consumidores Libres Cooperativa Ltda. Prov. Serv. Acc. Com. c/ AMX Argentina (Claro) s/ proceso de conocimiento",[48] aunque por diferentes razones pero que –sin embargo– es interesante comentar ya que la conformación de la clase que hiciera la actora determinó la suerte de la demanda entablada.

El caso tenía por objeto que se ordenara a AMX Argentina (Claro) que cesara en el cálculo erróneo del Impuesto al Valor Agregado sobre el servicio de telefonía que prestaba a todos sus clientes Responsables Inscriptos y que restituyera lo cobrado en demasía, como así también la imposición de multa prevista en la ley de defensa del consumidor. La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal había declarado la falta de legitimación de la asociación actora por el mero hecho de tratarse de una pretensión colectiva de contenido patrimonial.

La CSJN –luego de reconocer legitimación activa a las acciones de usuarios y consumidores para iniciar acciones colectivas relativas

47. "Loma Negra", *op. cit.*, cdos. 7 y ss.

48. CSJN, Expte. N° 1193/2012 (48-C) /CS1, "Consumidores Libres Cooperativa Ltda. Prov. Serv. Acc. Com. c/ AMX Argentina (Claro) s/ proceso de conocimiento", 09/12/2015.

a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, incluso de naturaleza patrimonial–, de todas formas, decidió rechazar la demanda entablada, aunque por otros fundamentos.

En efecto, la CSJN expuso que la recurrente no había sido consecuente en la definición del colectivo que pretendía representar en tanto en su demanda y en oportunidad de producir prueba había incluido dentro de la clase a "los clientes responsables inscriptos", pero posteriormente adujo que su planteo alcanzaba a "todos los usuarios y consumidores" que habían sufrido afectación con causa en la conducta achacada a la empresa. Y, a partir de aquí, aplicando el principio de congruencia procesal, estableció que "Sin embargo, la sentencia de primera instancia, que no fue apelada por la actora, despejó cualquier duda respecto de los alcances subjetivos del proceso al limitarlo solo a los clientes responsables inscriptos".

Habiendo adquirido firmeza y quedando establecida en forma definitiva la conformación de la clase, la CSJN sostuvo que la actora incumplió con su carga de realizar una precisa identificación del grupo o colectivo afectado, toda vez que

> ... en consideración al especial encuadramiento impositivo de los sujetos integrantes del colectivo delimitado, la accionante debió cumplir de un modo razonable con la carga de precisar el grupo relevante de usuarios que, no obstante haber contratado como responsables inscriptos el servicio de la demandada, le otorgaron a este un destino compatible con el ámbito subjetivo previsto en el artículo 1 de la ley 24.240.[49]

Con base en estas premisas, el fallo concluyó confirmando el rechazo de la demanda toda vez que

> ... el cumplimiento de este recaudo resultaba indispensable atento a que fue la propia actora quien encuadró su acción en los términos del artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor. Sin embargo, las genéricas afirmaciones contenidas tanto en la demanda como en las posteriores presentaciones realizadas en la causa, en modo alguno resultan suficientes para tener por corroborada, aun de modo indiciario, la existencia y conformación de un colectivo de consumidores que la asociación pudiese representar en los términos de la ley 24.240.[50]

49. CSJN, "Consumidores Libres", *op. cit.*, cdo. 9.
50. Ibídem, cdo. 11.

Es interesante asimismo advertir que los tribunales inferiores han aplicado categóricamente la doctrina establecida por la CSJN en los precedentes citados[51] en cuanto a exigir la correcta delimitación de la clase, en numerosas causas y en diversos fueros.[52]

Hasta aquí ha quedado suficientemente expuesto que el requisito de identificación claro y preciso de la conformación de la clase es esencial, por lo que cabe preguntarse cuál es la consecuencia de su falta de cumplimiento.

Tal como he venido sosteniendo, la existencia en sí de una clase constituye un presupuesto de admisibilidad de la acción que incumbe acreditar a quien pretende promover la demanda –conforme las directrices procesales ya conocidas–, pues su naturaleza jurídica reviste el carácter de una verdadera carga procesal. Si bien la calificación de esa naturaleza en otro tipo de procesos ante su falencia traería, sin más, una consecuencia procesal inmediata –tal como la interposición de excepciones por parte del demandado o el rechazo de la demanda–, lo cierto es que en este tipo de procesos se impone una solución distinta.

51. CSJN en "Halabi", consid. 20; "PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales" P.361.XLIII, consid. 16; "Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Banco Itau Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario", N° C.1074.XLVI, consid. 7; "Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario", N° C.519.XLVIII, consid. 7.

52. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C "Consumidores Financieros Asociación Civil c/ Banco Patagonia S.A. s/ ordinario" 11/11/2014. Aquí se trató de una demanda contra la entidad bancaria a fin de que se reintegrara a una serie de consumidores los montos que había percibido por un cargo que las entidades financieras cobraban a sus clientes cuando estos giraban cheques sin la suficiente provisión de fondos o se excedían en el acuerdo, cargo denominado "riesgo contingente". La Cámara expuso que "el conjunto de los miembros de la pretendida clase aparece así muy ambiguo o vagamente definido, lo cual torna difícil determinar quiénes habrían de integrar el conjunto y demuestra la ausencia del "colectivo" sin el cual la acción de marras aparece desprovista de sentido"; Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala III, "Usuarios y Consumidores Unidos c/Telefónica Móviles Argentina S.A. s/proceso de conocimiento", 31/10/2006. Esta causa refería al reclamo de los consumidores a quienes se les había incrementado en forma unilateral el precio por segundo del valor de comunicación. El Tribunal dijo que "... en lo concerniente a la identificación precisa del colectivo involucrado en la presente causa, resulta insuficiente la referencia genérica efectuada en punto a la defensa de los derechos de los usuarios de telefonía celular de Movistar", y en virtud de ello, admite la apelación ante la falta de precisión del decisorio y ordenó a la Sra. juez de primera instancia a pronunciarse sobre la conformación de la clase afectada, identificando al colectivo involucrado, en función del alcance que se pretendía dar a la causa en los términos del escrito de inicio; entre tantas otras.

En este sentido, entiendo que –frente a su insuficiencia o ineptitud–, se impone la intimación al actor a subsanar los defectos incurridos en la conformación de la clase –en el plazo que el juez estime conveniente– bajo apercibimiento de declarar inadmisible la demanda deducida. En este sentido, la doctrina afirma que esta solución tiende a evitar el dispendio jurisdiccional de tramitar todas las etapas del juicio (y eventualmente las instancias superiores, vía apelaciones) cuando la demanda impetrada no ostenta la aptitud y suficiencia que cabe exigir para la tramitación de un proceso colectivo.[53]

En el sentido expuesto, la Acordada N° 12/16[54] expresamente prevé que una vez interpuesta la demanda es facultad del juez requerir aclaraciones o precisiones al respecto (art. III), las cuales –una vez evacuadas– le permitirán dictar la resolución prevista en el artículo V, ordenando así la inscripción del proceso como colectivo, y en la cual debe "identificar provisionalmente la composición del colectivo, con indicación de las circunstancias que hacen a su configuración" (art. V, punto 1). Es por ello que entiendo que, en esta etapa larval del proceso, el accionante tiene la oportunidad de reformular la clase, precisarla con mayor exactitud, o bien dividirla en subclases, como se verá en el capítulo siguiente.

Cabe remarcar que, luego de conferirse traslado de la demanda y garantizando el derecho de defensa, la accionada también podrá interponer excepciones previas,[55] ya que en el caso de advertir la deficiente conformación de la clase, o su falta de homogeneidad, deberá ser canalizada ya sea como de defecto legal, o bien falta de legitimación activa.[56] Estas excepciones, una vez resueltas por el magistrado o diferidas –en

53. Brun, Carlos y Jaime Facundo, "Las acciones de clase y la determinación del colectivo representado en juicio", *Thompson Reuters*, Doctrina del día 04/03/2015.

54. Cabe remarcar que los Tribunales con competencia en Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, destacan que "Si bien dicha reglamentación rige para los tribunales federales y nacionales, es una guía integral para llevar adecuadamente el trámite de procesos colectivos, de modo que podría aplicarse de modo residual en todo aquello que fuera pertinente", y así lo aplican para establecer recaudos procesales en los procesos colectivos. Ver Cám. Cont. Adm. CABA, Sala II, "Centro de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires-Asociación Civil y otros c. GCBA s/ amparo", Exp. 38880-2017/0, del 13/12/2017.

55. Siempre que el proceso de que se trate admita la interposición de excepciones de ese carácter.

56. Ver el caso CSJN, "Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/ daño ambiental" A. 1274. XXXIX.

su caso– para tratarlas con el fondo del asunto, habilitarán para que aquel proceda a dictar la resolución en la que quedará definitivamente establecido el colectivo afectado, la cual también es recurrible (art. VIII).

Clases y subclases

Ya he comentado suficientemente la importancia de identificar de forma precisa la clase afectada, pero sucede en muchos casos que si ella es demasiado amplia o laxa y conspira contra el desarrollo del proceso sea conveniente –y a veces necesario– dividirla en "subclases", tal como se explicó en el capítulo antecedente.

Pensemos por un momento en una demanda referida al tema de tarifas: ¿sería justo y adecuado tratar al reclamo de un usuario residencial del mismo modo con uno que no lo es? Probablemente no, y es por esta razón que la CSJN ha dado distinto tratamiento a las subclases involucradas, tal como ocurrió en el renombrado caso "CEPIS"[57] referido al cuestionamiento de las resoluciones del Ministerio de Energía y Minería de la Nación donde se fijaron nuevos precios y tarifas para el servicio del gas.

Precisamente en ese caso, la Corte luego de destacar a lo largo de los extensos considerandos la importancia de identificar de modo preciso el colectivo involucrado, expuso:

> … en buena parte de los procesos colectivos en los que se debatieron cuestiones referidas a la razonabilidad del aumento tarifario en cuestión […] no se ha dado cumplimiento […] en especial a lo atinente a la definición precisa del colectivo involucrado y la adecuada notificación de los integrantes del grupo […] Con relación a la definición del colectivo, cabe señalar que este incumplimiento por parte de los jueces actuantes en dichos procesos ha conllevado al dictado de decisiones sectoriales sin distinción de categorías de usuarios, tratando de manera igual situaciones heterogéneas.[58]

57. "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", FLP 8399/2016/CSI. Allí la Corte consideró que solo en el caso de los usuarios residenciales se encontraba acreditada la dificultad de acceso a la justicia.

58. CSJN, Expte. Nº FLP 8399/2016/CS1, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", 18/08/2016 cdo. 41.

Sobre la base de lo expuesto, y de otras consideraciones adicionales, concluyó que solo los usuarios residenciales cumplían con los tres requisitos de ejercicio establecidos en "Halabi", no advirtiendo que respecto de los usuarios no residenciales haya existido dificultad de acceso a la justicia.

En atención a ese temperamento asumido por el Alto Tribunal, los tribunales inferiores han dispuesto –en algunos casos aun de oficio– el establecimiento de subclases cuando aquellas denunciadas en el escrito de inicio resultaban demasiado laxas o generales, a fines de evitar situaciones de desigualdad en algunos casos, o bien con sustento en un mejor ordenamiento del proceso.[59]

En efecto, cabe mencionar la emblemática causa "Travers Jorge c/ GCBA s/ otras demandas contra la autoridad administrativa",[60] referida al caso "UBER", donde la Sala II decidió dividir al frente actor (que había sido encabezado por Proconsumer en defensa de los usuarios (pasajeros y conductores), en dos subclases y a tal fin, constituyó al Sr. Travers en representante de los conductores, toda vez que este alegó en su apelación ser un sujeto con una afectación de derechos distinta a la de los usuarios que utilizaban la plataforma para contratarlo.

El fundamento utilizado por la Cámara para proceder del modo indicado fue precisamente evitar situaciones de desigualdad, y que cada uno pudiera hacer ejercicio integral, adecuado y sin condicionamientos de su derecho de defensa conforme los derechos e intereses que se pretendían proteger. De lo contrario, el Sr. Travers (y los conductores) hubieran quedado expuestos a lo que la representación –y consecuente

59. Corresponde recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Kersich" (Fallos 337:1361) ha sostenido que en materia de procesos colectivos, "... los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales ..." y, a tales efectos, recordó que el órgano judicial posee amplias facultades a fin de lograr el correcto ordenamiento del proceso, con la única prohibición de modificar el objeto de la pretensión. Por lo demás, lo señalado en el párrafo anterior encuentra fundamento en el hecho de que en este tipo de actuaciones se encuentran morigerados ciertos principios vigentes del tradicional proceso adversarial civil y, en general, se encuentran elastizadas las formas rituales, a fin de evitar, en definitiva, que el litigio se convierta en una actuación anárquica en la cual resultaría frustrada la jurisdicción del Tribunal y, así, la satisfacción de los derechos e intereses cuya tutela se procura (Fallos 330:1158).

60. Cám. Cont. Adm. y Tributario de la CABA, Sala II, Expte. N° C 2411-2016/0, "Travers, Jorge c/ GCBA s/ otras demandas contra la autoridad administrativa", 10/11/2016.

asistencia letrada– de la clase considerara pertinente (en el caso Proconsumer que agrupaba a todos los usuarios), siendo que el foco de conflicto en que se asentaban cada una de las pretensiones, si bien tenían base común, era de diversa índole y alcance a partir de los derechos cuya tutela era perseguida a través de la promoción del proceso.

Por ello, entre los sujetos que integraban el frente actor en pos de que la aplicación UBER pudiera ser utilizada, el Sr. Travers era el único que dirigía su defensa en favor de que se declarara legítima la actividad desplegada por los conductores de vehículos que hacían uso de aquella. Y como corolario de lo establecido, se dispuso que Proconsumer ejerciera la defensa de los derechos de los usuarios-pasajeros mientras que el Sr. Travers haría lo propio en cuanto a los usuarios-conductores.[61]

Idéntico temperamento fue asumido en el expediente "Asesoría Tutelar N° 1 c/ GCBA y otros s/ amparo (tomas de escuela)",[62] causa donde se adujo la afectación de diversos aspectos referidos a la implementación de la reforma educativa "Secundaria del Futuro", en particular en torno a una alegada falta de información y participación. En el marco de ese proceso –que si bien había sido iniciado por la Asesoría Tutelar de Primera Instancia Nº 1 en representación de los niños, niñas y adolescentes a quienes podía afectar la reforma– lo cierto es que recibió la presentación de otros universos de individuos quienes alegaban idéntica afectación.

Aquí, la jueza interviniente, dispuso dividir a la parte actora en las siguientes subclases: un grupo al que denominó "alumnos", conformado por los niñas, niños y adolescentes que asisten a las escuelas de gestión pública de la Ciudad de Buenos Aires; otro grupo, al que se llamó "padres", integrado por los padres, madres y/o tutores de los referidos alumnos; y en tercer lugar a otro grupo al que denominó "docentes", integrado por los docentes del nivel medio de establecimientos de enseñanza pública de la Ciudad de Buenos Aires.[63]

Como puede concluirse, la herramienta de utilizar y proponer subclases al confeccionar la demanda puede resultar útil e idónea para cumplir con las pautas que exige el Alto Tribunal en cuanto a la identificación del colectivo afectado.

61. "Travers", *op. cit.*, resolución del 10/11/2016.

62. Expte. N° 23915/2017. Puede ser consultada en: http://consultapublica.jusbaires.gob.ar/

63. "Asesoría Tutelar Nº 1", *op. cit.*, resolución del 14/11/2017.

Colofón

De las consideraciones expresadas emerge que la precisa identificación de la clase afectada constituye –junto a la noción correcta de causa o controversia, la vía procesal idónea y la representación adecuada– los aspectos fundamentales para trabajar correctamente la admisibilidad formal de los procesos colectivos y así lograr una efectiva tutela de los derechos que se intentan proteger.

Por ello, y más allá de que debe exhortarse a los legisladores a que finalmente sancionen una ley que regule los aspectos estructurales de los procesos colectivos, mientras dura ese proceso es menester que quienes promueven acciones de este tipo estudien detenidamente la jurisprudencia y establezcan correctamente el alcance de su pretensión y los distintos recaudos formales exigidos por la Corte para así lograr que los jueces analicen la pretensión de fondo.

En cuanto a los proyectos presentados para regular los procesos colectivos (algunos han perdido estado parlamentario pero otros se encuentran en danza), cabe mencionar que la mayoría de ellos adolecen de un defecto común: la copia casi textual de modelos de acciones de clase previsto en la Regla Federal de Procedimiento Civil N° 23 de los Estados Unidos de América, norma que fue concebida para una sociedad distinta ajena a nuestra particular idiosincrasia y que difícilmente pueda adaptarse a nuestro país. Tampoco se han efectuado modificaciones que impliquen una adaptación que tenga en cuenta las diferencias culturales, políticas, constitucionales, ni de estructura jurídica positiva. Incluso, tal como afirma Verbic[64] no faltan los proyectos que insisten con la figura del amparo colectivo.[65]

En razón de lo expresado es menester que los proyectos de ley que intenten regular los procesos colectivos efectúen un examen y estudio de la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema, y en este marco que

64. Verbic, Francisco, "Tutela colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia", en *Revista de Derecho Procesal*, número extraordinario, mayo de 2012.

65. Expedientes en la Cámara de Senadores: S-1045/11, S-0204/11, S-3396/10, S-018/11. Expedientes en la Cámara de Diputados: 4055-D-2011, 4033-D-2011, 2540-D-2011, 5996-D-2010. Todos ellos disponibles en la página oficial de cada una de las Cámaras: http://www.senado.gov.ar/ y http://www.diputados.gov.ar/

incluyan de forma específica la necesidad de identificar en el escrito de inicio la conformación de la o las clases, estableciendo lineamientos concretos para su conformación, la posible existencia de subclases, y regulando un procedimiento hasta su establecimiento definitivo que respete el derecho de defensa de ambas partes.

Cierro estas reflexiones con una respetuosa exhortación a los legisladores para que, con la mayor celeridad posible, otorguen prioridad a reglar y dar contenido al debido proceso colectivo, ya que el estado actual no permite al justiciable conocer de antemano las reglas del proceso, generando una palmaria incertidumbre jurídica al estar sujetos al criterio de cada juez a quien toque intervenir en cada causa.