

CAPÍTULO II

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

SUMARIO

1. Las categorías de derechos y su defensa	II-1 / 97
2. En la legislación anterior a la reforma constitucional.....	II-6 / 102
3. Los nuevos derechos y garantías de incidencia colectiva	II-8 / 104
4. Algunos ejemplos.....	II-11 / 107
4.1. Derecho a la competencia y al control de los monopolios	II-11 / 107
4.2. Derechos colectivos de los usuarios: Sus intereses econó- micos. Tarifas y ganancias excesivas e irrazonables	II-13 / 109
4.3. Derecho a la no discriminación	II-16 / 112
4.4. Derecho a un medio ambiente sano.....	II-17 / 113
4.5. Los bienes y derechos colectivos en el derecho privado ...	II-18 / 114
5. La legitimación en los derechos de incidencia colectiva	II-20 / 116
5.1. El principio general.....	II-20 / 116
5.2. Los tres supuestos constitucionales	II-20 / 116
5.2.1. El propio afectado.....	II-21 / 117
5.2.2. Las asociaciones lato sensu que propendan a esos fines	II-22 / 118
5.2.3. Otros casos	II-23 / 119
6. Procesos en que se aplica.....	II-24 / 120
6.1. No solamente el amparo.....	II-24 / 120
6.2. La opción por una vía de mayor debate y prueba	II-26 / 122
7. El proceso de conocimiento de la ley de defensa del consu- midor.....	II-27 / 123
7.1. La legitimación de las asociaciones	II-27 / 123
7.2. La legitimación adicional obligatoria del ministerio público	II-27 / 123
7.3. Proceso de conocimiento	II-28 / 124

7.4. Cláusulas nulas y recomposición del contrato.	
Interpretación más favorable al consumidor o usuario...	II-28 / 124
7.5. En caso de duda a favor del consumidor	II-30 / 126
7.6. Plazos de caducidad y prescripción.....	II-30 / 126
7.7. Cómputo de la prescripción	II-31 / 127
8. Las restricciones empíricas y cómo superarlas.....	II-32 / 128
8.1. Primera restricción empírica	II-32 / 128
8.2. Segunda restricción empírica.....	II-32 / 128
8.3. Tercera limitación	II-33 / 129
9. La resistencia al cambio	II-33 / 129
10. El esquema clásico y su evolución.....	II-35 / 131
10.1. Derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple	II-35 / 131
10.2. Interés difuso	II-35 / 131
10.3. La ley de defensa del usuario y del consumidor.....	II-35 / 131
10.4. Los arts. 41 a 43 de la Constitución.....	II-35 / 131
10.5. El derecho a la previa audiencia pública.....	II-36 / 132
11. Algunas novedades en materia de licencias y renegociaciones	II-39 / 135
12. Prospectiva	II-40 / 136

Capítulo II

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA¹

1. Las categorías de derechos y su defensa

Siempre ha existido alguna distancia entre el derecho de fondo a que una persona podía considerarse titular y la posibilidad práctica de pedirlo en justicia. Si bien ya desde el derecho romano el pretor decía “dame el hecho, yo te daré la acción,”² en la práctica a veces se presentan dificultades. Así, en el siglo XIX se distinguía el derecho subjetivo propiamente dicho o primitivo —propiedad, libertad, etc.—; el todavía no reconocido por la autoridad pública llamado interés o derecho en expectativa, que dependía para su nacimiento de un acto de la administración: Recién entonces se tornaba adquirido y tenía tutela como el primero.³

Nace así, en derecho administrativo, la distinción entre derecho subjetivo, con plena tutela administrativa y judicial y el interés legítimo. Del segundo se dirá durante más de un siglo que a veces tiene tutela judicial en los sistemas llamados contencioso administrativos, pero no la tiene en otros sistemas como el judicial vigente en nuestro orden nacional. De allí pasamos en Europa, con el correr del tiempo, incluso a la responsabilidad por los intereses legítimos.⁴

En nuestro país existieron también innovaciones, aunque mucho más tardías, jurisprudenciales y doctrinarias,⁵ en la admisión de la tutela judicial de los

¹ Ver al respecto JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia,” *LL*, 2003-B, 1333.

² *Da mihi factum, dabo tibi jus*: dame el hecho, yo te daré el derecho. Esta óptica pretoriana es preferible a la que elaborara después HANS KELSEN, centrando el peso en la acción y no en la pretensión: *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960, p. 122.

³ Esta distinción fue reconocida en América desde LARES, TEODOSIO, *Lecciones de derecho administrativo*, México, 1852, pp. 60-1, México, D.F., UNAM, reimpresión 1978.

⁴ CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffrè, 2011, 4ª ed., p. 622 y ss. Allí transcurrió el siglo, acá pareciera que no.

⁵ MORELLO, AUGUSTO M., “La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal,” *JA*, 1978-III, 321; *LL*, 1979-A, 225; “La defensa de los intereses difusos,” *JA*, 1982-IV, 700; “Las nuevas exigencias

intereses difusos en las acciones de clase. En sus primeras etapas se las admitió especialmente para la tutela del medio ambiente y aún hoy constituyen la vanguardia de la innovación y el grueso de los precedentes. Dieron sin embargo lugar a una fuerte y a veces acérrima defensa del orden constituido.⁶ Algunos autores y fallos mantuvieron posiciones restrictivas de una tutela judicial amplia y efectiva⁷ incluso luego de la reforma constitucional, como si ella no hubiera existido y no hubiera tratados internacionales que cumplir.⁸

Empero, la discusión ha quedado resuelta al menos en este punto por el sistema jurídico, no solamente en materia ambiental con los arts. 41 y 43 segundo

de tutela (experiencias y alternativas para repensar la política procesal y asegurar la eficacia del servicio),” en *La justicia entre dos épocas*, La Plata, Platense, 1983, p. 57 y ss.; MORELLO y STIGLITZ, GABRIEL, “Hacia un ordenamiento de tutela judicial de los intereses difusos,” *JA*, 1985-IV, 651; *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, La Plata, Platense, 1986, p. 201 y ss.; “Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia,” *LL*, 1987-D, 364; “Los intereses difusos y su adecuada protección judicial. Operatividad del amparo colectivo,” *DJ*, 1991-2, 471; MORELLO y CAFFERATTA, NÉSTOR A., *Visión Procesal de Cuestiones Ambientales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 155 y ss.; MORELLO, HITTERS, JUAN PABLO y BERIZONCE, ROBERTO C., “Fundamentos al proyecto de ley sobre representación de los intereses difusos,” *JA*, 1985: 657; “La defensa de los intereses difusos,” *JA*, 1982-IV, 700; STIGLITZ, GABRIEL, “Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente,” *LL*, 1983-A, 783; ROSATTI, HORACIO D., *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 75 y ss.; CANO, GUILLERMO J., “Un hito en la historia del derecho ambiental argentino,” *LL*, 1983-D, 568; “Acerca de la acción popular y otros temas de derecho ambiental,” *ED*, 107: 876; BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Acción popular de inconstitucionalidad en Neuquén,” *ED*, 114: 152; “Intereses difusos y medio ambiente,” *ED*, 123: 539; “Los intereses difusos en una cuestión de derecho minero,” *ED*, 124: 457; PIGRETTI, EDUARDO A., “La acción de los ciudadanos y de las asociaciones de protección del ambiente,” *LL*, 1987-A, 1053; RIVAS, EDUARDO, “Derechos subjetivos, intereses difusos y acciones populares,” *ED*, 135: 861; JIMÉNEZ y CONSTANTINO, JUAN ANTONIO, “Intereses difusos: su protección. Efectos y alcances,” *ED*, 142: 834; LÓPEZ ALFONSÍN, MARCELO A y DALLA VÍA, ALBERTO, “Los llamados «intereses difusos» y la protección constitucional del medio ambiente,” *ED*, 147: 784; SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “Acción de amparo, intereses difusos y acción popular,” *JA*, 1994-I, 523; DE FARAMINÁN GILBERT, JUAN MANUEL, “El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la protección del medio ambiente,” *LL*, 1995-E, 1135 y ss. Ver también BARRA, RODOLFO C., *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, p. 261 y ss., p. 274; “La situación jurídica del administrado. Derecho subjetivo e interés legítimo,” *RAP*, n° 11, p. 7 y ss., p. 15 y ss.; BALBIN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 477 y ss.

⁶MARIENHOFF, MIGUEL S., *ED*, 105: 244; *ED*, 106: 922. Otras posiciones en GRECCO, CARLOS MANUEL, “Legitimación contenciosoadministrativa y tutela judicial del interés legítimo,” *LL*, 1981-C, 879; “Ensayo preliminar sobre los denominados intereses «difusos» o «colectivos» y su protección judicial,” *LL*, 1984-B, 865, especialmente punto VI; CNFed. CA, Sala V, *LL*, 1995-E, 516; BARRA, “La acción de amparo en la Constitución reformada,” *LL*, 1994-E, 1087. Crítica la solución, sin negar su vigencia a la época, REJTMAN FARAH, MARIO, “Los derechos sin tutela judicial. Los intereses difusos,” *Discrepancias*, 1: 35, Buenos Aires, FACA, Federación Argentina de Colegios de Abogados, 1983.

⁷Tales posiciones restrictivas son polifacéticas y cambiantes. Así la CSJN *in re Gorordo* y el plenario *Romero*, que mencionamos en el t. 4, *op. cit.*, cap. III, § 18.3; cap. VIII, § 1.6; cap. X, § 2.1 y 9.2; *infra*, cap. XIII. CNFed. C.A., Sala II, *Asociación Amas de Casa*, *LL*, 2003-B, 280.

⁸Como señala SABSAY, DANIEL A., “El «amparo colectivo» consagrado por la reforma constitucional de 1994,” en GONZÁLEZ MORENO, FELIPE (editor), *Las acciones de interés público*, Santiago de Chile, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1997, p. 387 y ss., p. 404, “una corriente minoritaria tiende a interpretar su alcance con la mayor restricción posible.”

párrafo de la Constitución,⁹ sino antes de ella con la ley de defensa del usuario y del consumidor y otras normas que confieren amplia legitimación judicial.¹⁰ El usuario lo es de servicios públicos, el consumidor lo es de bienes y servicios prestados en libre competencia. Cabe agregar al afectado¹¹ y al vecino, pero aun es materia discutida si un legislador que invoca su calidad de tal puede tener la misma legitimación del vecino, afectado, usuario, etc.¹² En particular, la Constitución de 1994 introduce en el art. 43 los derechos de incidencia colectiva, categoría más extensa de tutela y derecho de fondo que parece destinada a empalidecer la importancia de la previa distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, e incluso del interés difuso. Del mismo modo la amplísima legitimación que existe para denunciar la violación a derechos humanos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹³ constituye una fuerza expansiva necesaria de la legitimación en el ámbito interno, aunque no todos estén todavía dispuestos a admitirlo. Esa amplia legitimación lleva también, inexorablemente, a que los efectos de la sentencia puedan en definitiva ser *erga omnes*.¹⁴

⁹GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed., pp. 575-595, 618 y ss.; BIDART CAMPOS, "La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución," *ED*, 166: 860; MORELLO, "El amparo después de la reforma constitucional," *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, 1994, n° 7; SABSAY, *op. loc. cit.*; GOZAÍNI, OSVALDO A., "La noción de afectado y el derecho de amparo," *LL*, 1996-D, 1004.; ROSSI, ALEJANDRO, cap. V de GORDILLO, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1998, 3ª ed.

¹⁰Que expusieramos en "Derechos de incidencia colectiva," en *El Derecho Administrativo Argentino*, Hoy, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 274 y ss.; ABERASTURY (H.), PEDRO y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 62. Esta es la recepción constitucional de este tipo de derechos, porque ya antes estaba en la ley 24.240 de defensa del usuario y del consumidor y doctrina precedente: Sala IV, *ADECUA c/ ENARGAS*, *LL*, 1998-F, 338. Al respecto ver cap. III de este vol. Ver también STIGLITZ, RUBÉN y STIGLITZ, GABRIEL, *Contratos de adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 5 y ss.

¹¹Ampliar en MORELLO y CAFFERATTA, *op. cit.*, p. 170 y ss.

¹²VALLS, MARIO F., "El canal federal. La legitimación ambiental, la independencia de poderes y el desarrollo sustentable," *JA*, 1999-IV-71. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte se ha mantenido pacífica en las últimas décadas y con sus diferentes composiciones, en cuanto a denegar la legitimación procesal a los legisladores, con la sola excepción de aquellos casos en los cuales éstos pudieran acreditar que se vieran afectados derechos personales o se encontrasen los mismos directamente ilegítimamente impedidos de ejercer sus funciones. Ver CSJN, *Dromi, Fallos*, 313: 863, 1990; *Polino, Fallos*, 317: 335, 1994; *Thomas, Fallos*, 333: 1023, 2010. Una posición contraria puede verse en SÁENZ, JUAN IGNACIO, "Legitimación del ciudadano, el elector y el contribuyente. La legalidad objetiva como bien colectivo," en BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A. (dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2013, pp. 95-129.

¹³Lo explicamos en el primer tomo, *Parte general, op. cit.*, cap. VI, § 1, nota 5 y sus remisiones y en el vol. *Hacia el derecho administrativo global*, el cap. "La justicia administrativa internacional," §1.

¹⁴Ver "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," *LL*, 1997-F, 1318, con los casos *Blas* (*LL*, 1998-A, 288) y *Barsanti* (*LL*, 1998-A, 293) de la Sala I y sus múltiples antecedentes (*Ekmejdjian, Monges, Labatón, Dalbon, Youssefian, Schroder*, etc.). Los efectos *erga omnes* de la sentencia, reconocidos en *Blas* y *Barsanti* por la Sala I, fueron confirmados por la CSJN en 1998. Los aplicó nuevamente la Sala IV en *Viceconte*, *LL*, 1998-F, 305, firme por haberse rechazado la queja; la Sala I en *Verbrughe*, *ED*, 185: 995; la Sala II en *Gambier*, *LL*, 1999-E, 623, etc. Ver *infra*, cap. III, para

Resulta de todo ello que el tema del derecho subjetivo *stricto sensu* esté destinado a perder importancia a medida que se extiende la tutela a otras situaciones; el derecho de incidencia colectiva es una noción superadora tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo. Esta tendencia superadora viene siendo preanunciada en todos los ordenamientos contemporáneos. Es cada vez más frecuente en el derecho comparado englobar en un sólo concepto el derecho subjetivo y el “interés personal, legítimo y directo.”¹⁵ Es más, éste a su vez resulta comprensivo, en determinadas situaciones, de los intereses colectivos,¹⁶ intereses difusos, intereses comunitarios, preservación de la legalidad urbanística, protección de los derechos de los vecinos, adecuada prestación de servicios públicos y el mismo interés público o de la colectividad.¹⁷ La experiencia bien indica que los derechos colectivos son más legítimamente defendidos por entidades no gubernamentales o vecinos, usuarios, afectados,¹⁸ que por las administraciones públicas, estas últimas frecuentes agentes de daño y no de protección jurídica, sujetos pasivos antes que activos de la pretensión de tutela.

En España, en lugar de extender el concepto de interés legítimo a los supuestos de intereses difusos, como es el caso del medio ambiente y la reparación del daño ambiental, recurren a la figura de la acción pública, obteniendo el mismo resultado a través de una acción diferenciada.¹⁹ De todas maneras la tutela judicial que garantiza la Constitución española lo es tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo. En nuestro derecho, antes de la reforma constitucional, se alzaban algunas voces contra la ampliación de la tutela judicial;²⁰ pero es una posición insusceptible de ser mantenida luego de la reforma constitucional de 1994.

más fallos. Asimismo, ver LAVIÉ PICO, ENRIQUE V., “Los efectos *erga omnes* de las sentencias,” en BRUNO DOS SANTOS (dir.), *op. cit.*, pp. 229-267.

¹⁵ Así la ley orgánica de la Corte Suprema, que explica BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VII, *La justicia contencioso-administrativa*, Caracas, EJV, 1997, 3ª ed., p. 78 y ss.

¹⁶ Ampliar en SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Madrid, 1980, p. 126 y ss., quien explica que los intereses colectivos se concretan en asociaciones o intereses de grupo.

¹⁷ LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pp. 299-301, p. 493 y ss. y sus referencias, donde también se advierte la proximidad de ambas instituciones. El caso del medio ambiente es quizás el más claro en que hay tanto tutela del derecho subjetivo como del derecho de incidencia colectiva a la salud y un medio ambiente sano. Lo explicamos en *Derechos Humanos*, *op. cit.*, 2007, 6ª ed. Ver también BREWER CARÍAS, *op. cit.*, p. 84 y ss.; “El derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas,” *Revista de Derecho Público*, Caracas, EJV, 1985, 22: 14.

¹⁸ *Torello*, Sala II, derecho a la salud y como usuaria del PAMI, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER; *Gambier* (I), teatro Odeón, defensa del patrimonio cultural de la ciudad, Sala II, 18-VI-98, causa 25.841/97; *Gambier* (II), propaganda política con fondos públicos, *LL*, 1999-E, 623, etc.

¹⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Pamplona (Navarra), Civitas, 2012, 6ª ed., p. 160.

²⁰ PALACIO, LINO ENRIQUE, “La protección judicial de los intereses difusos,” en *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, n° 26, p. 24 y ss. No es la opinión predominante entre los procesalistas.

Las normas administrativas han comenzado a reconocer, indistintamente, “a los particulares, *grupos de ellos...*,”²¹ lo cual también reconoce en ese nivel normativo, dicha legitimación colectiva, máxime que la norma dice procurar “sinergias positivas.”²² Incluso cuando el ordenamiento constitucional reconoce en forma amplia la legitimación por los derechos de incidencia colectiva, en los primeros años de la reforma constitucional su aplicación fue limitada.

El detonante fueron las múltiples lesiones a los millones de usuarios telefónicos, que llevaron a miles de amparos iguales y por ende al convencimiento material de que eso carecía de sentido y de utilidad práctica no solamente para los justiciables sino también para la justicia. La CSJN rechazó algunos de esos planteos, que en consecuencia tramitaron por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por privación de justicia.

En cualquier caso, la jurisprudencia federal de los demás tribunales fue afirmando cada vez con más fuerza esa legitimación, llegando —en un círculo completo— virtualmente al principio del pretor romano, enunciado al comienzo de este capítulo y ahora consagrado en la Constitución. Ese proceso de adaptación comenzó en *Schroder* en materia de medio ambiente, cuando el tribunal dijo “el problema de la legitimación de los particulares no debe constituir una verdadera denegación del acceso a la justicia de quienes se ven afectados por una medida estatal. Si la apertura de la jurisdicción no es garantizada [...] ¿qué garantía de juridicidad se ofrecerá a los ciudadanos, si no pueden contar con una auténtica defensa de sus derechos?”²³

El criterio se extendió a distintos servicios públicos y grandes proyectos estatales, concluyéndose que “como tiene dicho esta Cámara, remitiendo en última instancia la legitimación a un punto de derecho sustancial (en la medida en que negar la legitimación equivale a negar el derecho) no cabe [...] sino sólo apreciar [...] la concurrencia de un interés tutelable.”²⁴ Hoy en día las cinco Salas tienen precedentes análogos y más amplios, muchos posteriores a la privación de justicia que efectuó la anterior CSJN. Se trata de materia de orden público, de la cual

²¹ Decr. 229/00, art. 9°: “A los efectos de la aplicación del presente Decreto, se consideran Servicios a los Ciudadanos a las prestaciones que el Estado brinda, por sí o por terceros, a los particulares, *grupos de ellos* o personas jurídicas, a fin de satisfacer sus necesidades, en virtud de las responsabilidades y competencias que le son propias.”

²² Así lo expresa el cons. 12 del decreto 229/00.

²³ CNFed. CA, Sala III, *Schroder*, LL, 1994-E, 449, que lideró el nuevo rumbo en los tribunales federales de este fuero. Ampliar en ROSSI, *op. loc. cit.*; SABSAY, DANIEL A. y ONAINDIA, JOSÉ M., *La Constitución de los argentinos*, Buenos Aires, ERREPAR, 2009, 7ª ed., p. 163 y ss.

²⁴ Resume así la Sala IV la jurisprudencia de la Cámara en *Youssefian*, LL, 1997-F, 270, y precedentes de otras Salas, LL, 1998-B, 546 y RAP, 228: 124, Buenos Aires, 1997. La diferente resolución de la CSJN en este último caso, a propósito de los aeropuertos, no es un precedente que invalide lo expuesto, como lo prueban ulteriores pronunciamientos. Ver la enunciación que hacemos en el cap. III, § 5 y 6.

ningún tribunal puede desentenderse. En todo caso la propia CSJN en su actual composición sentó firmemente el criterio amplio.²⁵

2. En la legislación anterior a la reforma constitucional

En el esquema de la Constitución de 1853-1860 los derechos tutelados judicialmente eran los derechos subjetivos, individuales y exclusivos; en la Constitución de 1994 se agregan los derechos de incidencia colectiva (arts. 41 a 43).²⁶

Los casos de acceso a la tutela jurisdiccional por derechos de incidencia colectiva,²⁷ en el sistema de 1853-1860 devenían de la legislación o la práctica jurisdiccional, no de la interpretación o aplicación constitucional directa y formal. Constituían una excepción a la regla de la legitimación judicial fundada en el derecho subjetivo. La acción de clase o *class action* del derecho norteamericano era virtualmente inexistente en el viejo derecho argentino,²⁸ aunque destacadas

²⁵ CSJN, *Union de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. Ley 24.240 y otro s/ proceso sumarísimo*, 6-III-14, pronunciamiento en el cual se hizo lugar a la demanda interpuesta en representación del derecho de los usuarios de telefonía móvil a que no se les cobre la “Tasa de Control, Fiscalización y Verificación” y del “Aporte al Fondo Fiduciario del Servicio Universal.”

²⁶ Ver GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “Los derechos de incidencia colectiva como derechos fundamentales,” en BIDART CAMPOS y GIL DOMÍNGUEZ (coords.), *A una década de la reforma constitucional. 1994-2004*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 209 y ss.

²⁷ Utilizamos a los efectos de esta obra la terminología de la Constitución de 1994, aunque también se ha podido hablar de intereses o derechos difusos, debilitados, legítimos, etc. Sobre estos problemas terminológicos nos remitimos al t. 1, *op. cit.*, cap. I, § 6.3. Por su lado, resulta interesante remitirse a la terminología empleada a través del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Este último, al definir su ámbito de aplicación, dispone en su art. 1° que “La acción colectiva será ejercida para la tutela de:

I) Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria, por una relación jurídica base;

II) intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.”

El dato relevante aquí es que la Corte ha optado por utilizar el término de intereses o derechos individuales homogéneos en la causa *Halabi*, a efectos de designar aquella situación en la cual un conjunto significativo de personas encuentra un derecho subjetivo —individual— afectado por una causa fáctica común y en forma homogénea. Este estado de cosas habilita entonces la legitimación procesal para la interposición de una demanda colectiva en la misma forma en que ello procede cuando se encuentra involucrado un derecho difuso o de incidencia colectiva. Sobre este particular, ver *infra*, cap. III, *El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva*.

²⁸ Durante años la doctrina bregó por la incorporación de este tipo de acciones a nuestro derecho ritual, como se advierte en el erudito trabajo de BIANCHI, ALBERTO B., “Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala,” *RAP*, 235: 13 (Buenos Aires, 1998); del mismo autor, *Las acciones de clase*, Buenos Aires, Ábaco, 2001; se llegó a percibir que la ley 24.240 y la Constitución de 1994 han superado posturas tales como la de MARIENHOFF, *ED*, 105: 244; *ED*, 106: 922; *LL*, 1986-C, 899, etc. Ver JIMÉNEZ MEZA, MANRIQUE, *Justicia constitucional y administrativa*, San José, IJSA, 1999, 2ª ed., pp. 211-44, “El derecho subjetivo público de la acción procesal y su relación con la acción popular y la «class action».” Finalmente, la Corte culminó por acoger estos temperamentos, al producir un *leading case* en la materia, en el cual declaró que las

voces se alzaban en la solución innovadora.²⁹ Entre las excepciones a dicha regla empírica cabía mencionar de antaño los partidos políticos y los gremios, a los cuales se reconoció una legitimación colectiva; lo mismo con las asociaciones y entidades de derechos humanos en materia de desaparecidos. Igual excepción, sin embargo, no se aplicó a las cámaras empresarias en defensa de los derechos de sus agremiados, ni a las corporaciones profesionales salvo supuestos aislados de expresa previsión legal como el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

acciones de clase se hallaban reguladas en el propio art. 43 de nuestra norma fundamental. Ver CSJN, *Halabi, Fallos*, 332: 111, 2009; y notas de SABSAY, DANIEL ALBERTO, “El derecho a la intimidad y la «acción de clase»,” *LL*, 2009-b, 401; GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?,” *LL*, 2009-B, 186 y “Un nuevo concepto de «caso» en la jurisprudencia de la Corte y su incidencia en el proceso y en el procedimientos administrativos. (A propósito de los fallos «Halabi» y «Defensor del Pueblo»),” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *LL, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario*, 2010, pp. 52-62; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso «Halabi»,” *LL*, 2009-B, 565; SOLA, JUAN VICENTE, “El caso Halabi y la creación de las «acciones colectivas»,” *LL*, 2009-B, 154; CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Derechos de incidencia colectiva. Los efectos *erga omnes* de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva,” *LL* 2009-B-646; LOZANO, LUIS FRANCISCO, “A propósito del fallo «Halabi»,” *LL* 2009-F-777; BIANCHI, ALBERTO B., “Intervención estatal de las comunicaciones privadas y acciones colectivas en un fallo importante,” *ED*, 2009, 429; TORICELLI, MAXIMILIANO, “Un importante avance en materia de legitimación activa,” *LL*, 2009-B, 202; ROSALES CUELLO, RAMIRO y GUIRDLIAN LAROSA, JAVIER D., “Nuevas consideraciones sobre el caso «Halabi»,” *LL*, 2009-D-424; SAGUÉS, NÉSTOR P., “La creación judicial del «amparo acción de clase» como proceso constitucional,” *JA*, 2009-II, 25; MAURINO, GUSTAVO y SIGAL, MARTÍN, “«Halabi»: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva,” *JA*, 2009-II, 39; DE LA RÚA, FERNANDO y SARAVIA FRÍAS, BERNARDO, “Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal,” *LL*, 2009-C, 247; SPROVIERI, LUIS E., “Las acciones de clase y el derecho de daños a partir del caso «Halabi»,” *JA*, 2009-II, 52; DATES, LUIS E. (H), “Las denominadas «acciones de clase» en el proceso administrativo,” en TAWIL, GUIDO SANTIAGO (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 969-1018; POZO GOWLAND, HÉCTOR, “El aporte de la Corte Suprema en la regulación de los procesos colectivos,” en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación - Máximos precedentes - Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 957-1003, quien analiza las líneas trazadas por la Corte para la configuración de los procesos colectivos luego de este fallo y los precedentes *Halabi*, *Cavaliere* y *PADEC*. Sin embargo, nuestra Corte ha sometido la procedencia de esta acción a la presencia de ciertos recaudos, entre los cuales debe considerarse la escasa trascendencia económica de los reclamos individuales que se aglutinan en un mismo proceso. Ello a punto tal que la mentada poca significancia patrimonial tornase inconveniente la interposición de un reclamo individual. Al sujetar esta acción a tal requerimiento con ciertos supuestos de excepción, parece claro que el Tribunal ha perfilado una acción de contornos y finalidades distintas a la *class action* del derecho norteamericano que tanto desarrollo tuviera justamente en el campo del litigios donde se reclamaba el resarcimiento de daños. Ver GILARDI MADARIAGA DE NEGRE, CECILIA, “La legitimación de las asociaciones y las acciones colectivas-las acciones de clase,” y TIMPANARO, ADRIÁN R., “Las acciones de clase. Consideraciones respecto a su régimen procesal ante la ausencia de una ley que lo reglamente,” en BRUNO DOS SANTOS (dir.), pp. 63-93 y 287-304 respectivamente. Esta distinción patrimonial ha llevado a que MAIRAL, HÉCTOR A., se pregunte “¿Uno o dos derechos administrativos?,” t. 7, cap. IX. Una posible explicación es el criterio de la defensa del débil contra el poderoso, para lo cual nos remitimos al t. 10, *A mi padre: “Éste soy yo” (Carl Rogers) - Diálogos con Agustín Gordillo*, Buenos Aires, FDA, 2014, 1ª ed., Libro I, *A mi padre: “Éste soy yo” (Carl Rogers)*.

²⁹ *Supra*, nota 6.

El cambio constitucional de 1994 se vio preanunciado por diversos pronunciamientos en materia de medio ambiente,³⁰ y por la ley de defensa del consumidor 24.240.³¹ Ambos cuerpos normativos se articulan adecuadamente, pues la ley 24.240 crea *ex ante* una vía y una serie de principios jurídicos que la Constitución de 1994 amplía y complementa.³² Esto responde a la tendencia de la evolución del orden jurídico, que ya hemos mentado en otro lugar.³³

Hay quienes sugieren que la ley de defensa del consumidor, que es expresamente aplicable a los servicios públicos privatizados, no sería de aplicación como ley reglamentaria de la Constitución de 1994, por ser una ley anterior. Sin embargo esto no es así. Basta con recordar el antiguo principio romano de que *revocatio legis praxistentis non praxsumitur*. (No se presume la derogación de la ley preexistente.)

También se ha hecho mérito del tiempo de verbo utilizado por la Constitución de 1994, que sugiere una ley futura. Pero esto es como desaplicar, nada menos que al constituyente, el principio de que el derecho se supone conocido por todos. No podemos interpretar el texto suponiendo que el constituyente ignoraba y además de ello, *implícitamente y por ignorancia, negaba validez y eficacia a una ley para entonces vigente*. No es un “método de interpretación” que otorgue la congruencia que debe aportarse al orden jurídico. Por supuesto que esa legislación es aplicable y se articula bien con el nuevo texto constitucional, como ya lo reconoce la jurisprudencia y la doctrina.³⁴

3. Los nuevos derechos y garantías de incidencia colectiva³⁵

El texto constitucional no se limita a lo dispuesto —a título ejemplificativo— en la primera parte del segundo párrafo del art. 43: Derecho a la no discriminación,

³⁰ CNFed. CA, Sala III, *Schroder, LL*, 1994-E, 449 y los demás precedentes de aquel entonces mentados por ROSSI, cap. V de GORDILLO y otros, *Derechos Humanos, op. cit.*, 3ª ed.

³¹ Esta ley se halla complementada por la 24.787 y modificada por la 26.361. Ver FARINA, JUAN, *Defensa del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Astrea, 2008, 4ª ed., p. 547 y ss.; MOSSET ITURRASPE, JORGE y LORENZETTI, *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1994, p. 194 y ss.; MOSSET ITURRASPE, *Defensa del consumidor (Ley 24.240)*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003, 2ª ed., p. 172 y la bibliografía allí citada; STIGLITZ, RUBÉN y STIGLITZ, GABRIEL, *Derechos y defensa del consumidor*, Buenos Aires, La Rocca, 1994, p. 344 y ss.

³² Así como hay reglamentos que preexisten a la ley, nada tiene de excepcional que una ley preexista a la Constitución, los hechos sociales a la jurisprudencia, la jurisprudencia a la norma, etc. Ver LORENZETTI, RICARDO LUIS y SCHOTZ, GUSTAVO J. (coords.), *Defensa del consumidor*, Buenos Aires, UA, Ábaco, 2003, pp. 113-122.

³³ Ver t.1, *Parte general, op. cit.*, cap. II “Pasado, presente y futuro del derecho administrativo,” esp. § 5 “Los órganos de control del proceso,” § 5.1 “La insuficiencia cualicuantitativa de los controles,” p. 29, § 5.2 “Nuevos órganos y modalidades de control,” pp. 29-39, § 5.3 “El sistema y intersticios,” p. 40.

³⁴ Ver el desarrollo del cap. III del fallo *ADECUA c/ ENARGAS* de la Sala IV, *LL*, 1998-F, 338. Ver también BIANCHI, *op. cit.*, *supra*, nota 28 y BADENI, GREGORIO, *Tratado de derecho constitucional*, t.1, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 444.

³⁵ SC Mendoza, Sala II, *Círculo Médico de Mendoza c. Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza*, 1997, *LL*, *Revista Voces Jurídicas*, 1998-1, 231) y *Monner Sans, Ricardo*, Juzg. Federal CA

al medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor. En efecto, la cláusula final que incluye “a los derechos de incidencia colectiva en general” es, a texto expreso e inequívoco, genérica. En otras palabras, lo principal y más general del segundo párrafo es el final de la frase, no su comienzo.

La lectura del segundo párrafo del art. 43 es entonces “Podrán interponer esta acción en lo relativo a los derechos de incidencia colectiva en general, [tales como, a título enunciativo] [a] cualquier forma de discriminación, a los derechos que protegen al ambiente,³⁶ al usuario y al consumidor.” Por lo tanto comprende todo el capítulo segundo dedicado a “Nuevos derechos y garantías,” pues de ello se trata: De derechos de este alcance genérico, más los que surgen de los tratados de derechos humanos previstos en el art. 75 inc. 22. Tenemos con ellos una doble remisión e inclusión en el art. 43: Todos los derechos de incidencia colectiva de los arts. 36 a 42 y también los derechos colectivos que emergen de los tratados celebrados o a celebrarse. Así:

a) el derecho a participar en los partidos políticos, el de estos a actuar (art. 38) y las formas de participación que consagran los tratados y el art. 42;

b) el derecho subjetivo a la resistencia contra las violaciones al sistema democrático (art. 36),

c) el derecho de incidencia colectiva a que no haya corrupción en la función pública (art. 36, cuarto párrafo en su remisión al tercero y anteriores),

d) se reconoce —aunque se remite a la ley— el derecho de iniciativa (art. 39) y consulta popular (art.40),

e) el derecho subjetivo y de incidencia colectiva a la salud y a un medio ambiente sano (art. 41 y 43).

La enumeración de derechos en materia de servicios públicos continúa:

f) derecho a la protección de los intereses económicos de los usuarios (art. 42),

g) a la libertad de elección (art. 42) o sea, que no haya monopolios sino los “naturales” o “legales;” en consecuencia, el derecho “a la defensa de la competencia”

n° 1, LL, 1998-D, 219. Entre muchos otros que luego veremos cabe recordar *Defensoría de Menores n° 3 c/Poder Ejecutivo municipal s/acción de amparo*, expte. 46-99, sentencia del 2-II-97, Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, LL, 14-VIII-2000, p. 7, TSJ, 2000-2-702; *Asociación Benghalensis*, causa 33.629/96, CNFed CA, Sala I, 7-II-97 (cautelar) y 19-XII-97 (sentencia definitiva) LL, 2001-B, 216 (sentencia de la CSJN, año 2000.) En este caso se trataba de la salud individual, grupal y colectiva. Se ordenó al Estado proveer de medicación para el tratamiento del sida. Es similar a *Viceconte*, Sala IV, LL, 1998-F, 305, en que se ordenó fabricar la vacuna contra el mal de los rastrojos; CSJN, M. 970. XXXIX *Mujeres por la Vida - Asociación Civil Sin Fines de Lucro - Filial Córdoba - c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación*, sent. 31-X-06, LL, 2006-F, 464; CSJN, *Halabi, Fallos*, 332: 111, 2009.

³⁶El bien jurídico tutelado es el medio ambiente, bien colectivo además de individual; ver también, *ex ante*, la ley 24.051 de 1991 (LL, *Antecedentes Parlamentarios*, 1996-B, 1646.) y decreto 831/93.

(ídem, segundo párrafo y 43 segundo párrafo), o sea, a tener por principio, un sistema de libre competencia en la provisión de bienes y servicios;

h) al control de los monopolios naturales y legales (art. 42, segundo párrafo),

i) a la participación,³⁷ que se manifiesta en la integración ciudadana en la dirección de los servicios públicos (art. 42, tercer párrafo) y se complementa con la garantía de audiencia pública, que a su vez articula el derecho a la defensa previa del art. 18 con el derecho de incidencia colectiva del art. 42,³⁸

j) y en general a la tutela del usuario y consumidor (arts. 42 y 43, segundo párrafo).³⁹

k) El derecho a la información, que procura contribuir a tutelar el decr. 229/2000.⁴⁰

Dice en tal sentido dicho decr. 229/00, art. 3º, inc. *a)*: “Derecho a obtener información clara, veraz y completa sobre las actividades desarrolladas por la Administración Pública Nacional,” *d)* “Derecho a conocer el estado de tramitación de las actuaciones administrativas en las que tenga la condición de interesado y a obtener copias de los documentos contenidos en ellas,” *e)* “Derecho a identificar a las autoridades y personal que tramitan los procedimientos y a responsabilizarlas cuando legalmente corresponda,” *f)* “Derecho a obtener copia sellada de los documentos que presente y a no presentar aquellos no exigibles de acuerdo con la normativa vigente,” *g)* “Derecho a acceder a los registros y archivos públicos con las limitaciones legalmente establecidas,” art. 4º inc. *e)* “Derecho a la información: los usuarios y beneficiarios de servicios comprendidos en el presente programa deben contar con la posibilidad de tener un efectivo acceso a la información en las condiciones que establece la normativa vigente,”⁴¹ *g)* “Transparencia: Los organismos prestadores de servicios a los ciudadanos en tanto tales, deben realizar la publicidad de su gestión, en cuanto a conocer qué puede razonablemente esperarse en cada caso, como garantía de efectividad y eficiencia en la asignación de sus recursos humanos, económicos y financieros,” art. 5º, inc. *a)* “Informar a los usuarios sobre la naturaleza, contenido, características y formas de prestación de los servicios que brinda el organismo y los requerimientos para acceder a los mismos,” *b)* “Determinar los niveles o estándares de calidad actuales en la provisión de los servicios que se suministran a los usuarios y las metas cuantificables para su desempeño futuro,” *c)* “Establecer un sistema de monitoreo y evaluación del cumplimiento de los estándares sobre la base de un conjunto

³⁷ Ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. II, “Pasado, presente y futuro del derecho administrativo,” § 4.2.2.3, “La participación administrativa;” *infra*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública” y sus referencias.

³⁸ Conf. IOSUE, SANDRA M. y CUPO, FERNANDO, “Los derechos de los usuarios *vs.* emergencia estructural,” *LL*, 2003-E, 294-302, esp. § 3, 6º párr. Ver BRUNO DOS SANTOS, MARCELO; FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO y LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO. “La participación pública y el acceso a la información: herramientas para mejorar la calidad institucional. Comentarios al decreto N° 1.172/03,” *RAP*, 315: 91-113, 2004.

³⁹ Ver GELLI, *Constitución...*, *op. cit.*, pp. 595-614 y 618 y ss.

⁴⁰ El decr. 1172/03 aprueba los reglamentos generales del acceso a la información pública. Ver BRUNO DOS SANTOS, FERNÁNDEZ LAMELA y LÓPEZ OLVERA, *op. cit.*, pp. 91-133.

⁴¹ Ver KUSINSKY, DARIÓ E., “Cuando la Justicia sí funciona: Un caso sobre información pública,” *LL*, 2008-E, 429; MARTÍNEZ GARBINO, CAROLINA ISABEL, “Acceso a la información pública bajo el prisma judicial,” *LL*, 2009-B, 417; “Acceso a la información bajo el prisma de la Administración,” *LL*, 2009-C, 953.

homogéneo de indicadores,” d) “Realizar una amplia difusión de los resultados, en un lenguaje claro y accesible para el conjunto de la población.”

El Congreso tiene una deuda manifiesta en legislar sobre esta materia.

Todo el capítulo de “nuevos derechos y garantías” se refiere a derechos de incidencia colectiva, tanto en su faz sustantiva como procesal. Su corolario procesal se encuentra en el art. 43. Por congruencia interpretativa, cabe reconocer también *legitimación judicial para su defensa y ejercicio*. Es la antigua doctrina de los casos *Siri*⁴² y *Kot*,⁴³ reiterada en toda la jurisprudencia actual.⁴⁴ El que la Constitución habilite *el amparo* para la defensa de los derechos de incidencia colectiva no importa una *obligación* de recurrir a él, sino una potestad del actor, que puede elegir vías de mayor debate y prueba. Este derecho adjetivo es parte de los nuevos derechos y garantías constitucionales, por lo que es una norma federal de obligatoria aplicación en el ámbito provincial, al igual que la acción en defensa del usuario y del consumidor, tal como surge de los arts. 52 y 53 de la ley —también federal— de orden público 24.240, con las modificaciones ley 26.361.⁴⁵ Es también un canal importante de participación popular, que ha permitido a algunos letrados con vocación de contribuir al interés público, luchar eficazmente por los derechos propios y de la colectividad entera: *Halabi, Monner Sans*, etc.

4. Algunos ejemplos

4.1. Derecho a la competencia y al control de los monopolios

El art. 42 sienta el principio general de la libertad de elección y junto con el 43 el derecho “a la defensa de la competencia.”

El mismo art. 42 en su segundo párrafo establece que todas las autoridades (por ende tanto legislativas como administrativas y *en su defecto judiciales*), deben proveer lo necesario al “control de los monopolios naturales y legales.”

En esto la Constitución está a tono con los nuevos principios supranacionales del derecho administrativo europeo, que son precisamente el “derecho de la

⁴² *Fallos*, 239: 459.

⁴³ *Fallos*, 241: 291; *LL*, 92: 632.

⁴⁴ Se trata del retorno al tratamiento pretoriano, no legislativo del amparo, que hemos recordado en “«Corralito,» Justicia federal de primera instancia y contención social en estado de emergencia,” *LL*, 2002-C, 1217. Es lo mismo que señalamos a un nivel más general en NIETO, ALEJANDRO y GORDILLO, AGUSTÍN, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p.83-84, nota 13.

⁴⁵ Se ha sostenido que “...la circunstancia de que la actora haya demandado por la vía prevista en los arts. 52, 53 y 54 de la ley 24.240, no constituye un óbice para la aplicación de este precepto, en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo[...] En efecto, aquélla también constituye un procedimiento abreviado, tendiente a evitar que se consuma la violación de derechos y garantías constitucionales, concretamente de los derechos de los usuarios y consumidores previstos en el art. 42 de la Constitución.”, del voto del Dr. ENRIQUE S. PETRACCHI en las causas *PADEC c/Swiss Medical SA s/ nulidad de cláusulas contractuales*, *LL*, 2013-E, 589 y *Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. Ley 24.240 y otro s/ proceso sumarísimo*, del 6-III-14. Ver, en el mismo sentido, los votos de la Dra. CARMÉN ARGIBAY en las causas mencionadas.

competencia” o *competition law*, dentro del cual se encuadran el control de los monopolios, la prohibición de abuso de posición dominante, la prohibición de determinadas ayudas estatales, etc.⁴⁶ En la Argentina, a contramano del mundo, en los comienzos del siglo XXI se pasó a utilizar un sistema generalizado de subsidios que finalmente quebró, como era inevitable.

Ya no se trata de la vieja legislación antimonopólica ni de la nueva legislación de abuso de poder dominante en el mercado.⁴⁷ Aunque no haya abuso de poder dominante, el monopolio vuelve a ser una figura que genera por sí, constitucionalmente, la defensa de los usuarios y consumidores.⁴⁸ Este es el derecho constitucional que debe aplicarse, más allá de las opiniones personales que puedan sustentarse; no parece sin embargo una solución *prima facie* irrazonable, habida cuenta que la internacionalización de la economía está produciendo una progresiva concentración de capitales.⁴⁹ Así como el derecho de la competencia y control de los monopolios ha tenido un vigoroso crecimiento en el derecho administrativo supranacional europeo, así también cabe esperar su ampliación en nuestro país a partir de la reforma constitucional. La ley 25.156 establece en sus arts. 6º, 8º y 13 la necesidad de la notificación para su examen previo al Tribunal de Defensa de la Competencia, de las fusiones entre empresas o transferencias de fondos de comercio —entre otros supuestos—, que impliquen que la suma del volumen de negocio total de conjunto de empresas afectadas supere un monto determinado.⁵⁰ En defecto de su autorización, el art. 13 establece la posibilidad de que el Tribunal subordine el acto al cumplimiento de las condiciones que establezca; o que deniegue la autorización solicitada, quedando abierta la vía judicial. La privatización de antiguos servicios prestados por el Estado no debe ser *siempre*

⁴⁶Ver SCHWARZE, JÜRGEN, *European Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell Ltd., 1995, reimpresión 2006, p. 360 y ss., coedición con la *Office for Official Publications of the European Communities*, Luxemburgo, 1995; es traducción de *Europäisches Verwaltungsrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988; CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffrè, 2011, 4ª ed..

⁴⁷Ver *infra*, cap. VI, § 4.4, “Su aplicación a la defensa del usuario” y cap. VII, § 9.1, “Defensa del usuario y consumidor, de la competencia, lealtad comercial, etc.”

⁴⁸Debe tenerse en cuenta que la regulación jurídica de la competencia en los mercados ha reconocido históricamente dos grandes vertientes: a) *La teoría prohibitiva*, adoptada por EE.UU., que fulmina *per se* la existencia de un acuerdo que pueda implicar una posición monopólica (criterio recepcionado por la Ley Sherman, que buscó la prohibición absoluta de las prácticas colusorias o de trust), tendencia que fue seguida en nuestro país por la ley 12.906, antecedente del decreto-ley 22.262/80, de defensa de la competencia, hoy también derogado por la ley 25.156; y b) *la teoría intermedia*, adoptada por el sistema europeo, que se basa en una prohibición relativa, o sea que se establecen prohibiciones pero con excepciones y se basa no en el monopolio sino en el control o prevención de abuso de las posiciones dominantes y de acuerdos restrictivos de la competencia. Ver FARGOSI, HORACIO, “Apostilla sobre la Ley de Defensa de la Competencia,” *ADLA*, XL-C, 2521 y ss.

⁴⁹Las fusiones se han convertido en el mecanismo habitual de concentración económica, para obtener recursos con los cuales entablar conquistas de mercado a nivel global: Sprint Corp. y MCI WorldCom, Mobil y Exxon, Citicorp y Travelers, Ameritech y SBC Comm, BankAmerica y Nations-Bank, Media One y AT&T, Carrefour y Promodes, America On Line y Time Warner, etc.

⁵⁰En el país, la suma de 200 millones de pesos.

monopólica, sino cuando haya alguna concreta y específica razón de política legislativa, o técnica. Así, como en otros tantos aspectos, el avance es aparente, no real, pues el tribunal administrativo mentado por la ley jamás fue implementado y el mecanismo de aplicación se mantiene firmemente retenido en manos de la administración central. Un caso de *justice retenue* que no quiere pasar a la *justice déléguée*, cual si nuestro reloj histórico atrasara un par de siglos. Como nos ha ocurrido en materia económica en el siglo XXI. (Ver *infra*, t. 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*.) La tendencia contemporánea es, desde luego, crear tribunales administrativos independientes de la administración central para que dicten el primer acto administrativo, sujeto luego a control judicial suficiente y adecuado. Lo hemos explicado en varios lugares.⁵¹ La tendencia es que tales monopolios sean llevados hacia la libre competencia, eliminando los que no tengan sustento fáctico suficiente. Ello nace del sistema constitucional.⁵²

4.2. Derechos colectivos de los usuarios: Sus intereses económicos. Tarifas y ganancias excesivas e irrazonables

El art. 42 enuncia el principio del control de los monopolios y el derecho de la competencia, al establecer el derecho de los usuarios a la protección de sus “intereses económicos.” Ello incluye el principio de que las tarifas deben ser justas y razonables⁵³ en el contexto de todo el desarrollo contractual ajustado de

⁵¹ Ver nuestros arts. “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en: *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, 2003, pp. 19-32; “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Public Law Review/Revue Européenne de Droit Public*, Londres, Esperia, vol. 21, N° 2, verano 2009, pp. 699-727, <http://gordillo.com/articulos/art3.pdf>.

⁵² USLENGHI, ALEJANDRO JUAN, “El control de los servicios públicos de gestión privada,” en I.E.D.A., *Estudios de derecho administrativo II*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 161: “la evolución tecnológica y las más recientes construcciones ideológicas han puesto en crisis la creencia en el carácter irreformable de los monopolios naturales, dando lugar a la construcción de regímenes jurídicos que prevén un cierto mercado allí donde campeaba el monopolio estatal o la concesión monopólica a una empresa privada.” USLENGUI, “Control de los entes reguladores,” *RAP*, 2001, 273: 9-13.

⁵³ MAIRAL, HÉCTOR A., “La determinación de las tarifas en concesión de servicios públicos,” *RADA*, 2: 53, Buenos Aires, 1971; BIANCHI, “La tarifa en los servicios públicos (Del *Rate of Return* al *Price-Cap*),” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 503 y ss.; ver mi art. “Las tarifas en los servicios públicos privatizados. El régimen de audiencias públicas,” en LORENZETTI y SCHOTZ, *op. cit.*, p. 112 y ss. Ver asimismo el cons. 10 del fallo de la CSJN, *Ángel Estrada*, sup. especial *El caso Ángel Estrada*, con nuestro comentario “Ángel Estrada,” *JA*, 2005-III, 1115, entre otros. Ver también SALOMONI, JORGE LUIS, “Sistema jurídico, emergencia, conflictos de derechos y revisión de las tarifas de los servicios públicos,” *ED*, 27-III-2002; GRECCO, CARLOS MANUEL, “Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (A propósito de la privatización de ENTel),” *RADA*, 5: 481, año 1990.

acuerdo a los períodos quinquenales de revisión que suelen prever los pliegos. Es también, por supuesto, un derecho de los usuarios “que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable,”⁵⁴ pues ello se traslada a la sociedad.

No se trata de innovaciones conceptuales profundas, pero en un país que pasó de un sistema con predominio del sector público de la economía⁵⁵ a una fuerte privatización con otorgamiento de monopolio legal temporario, el efecto práctico de su aplicación o inaplicación a esta nueva realidad es de importancia innegable.⁵⁶ También hay que computar, por cierto, un reciente conato, difícilmente llamado a tener éxito, de revertir la tendencia, volviendo a una economía mixta. O se producen contradicciones como estatizar YPF para luego entregarle a CHEVRON la explotación del *shale gas*.

Otra variante del mismo principio es la excesiva onerosidad del contrato en relación a los usuarios⁵⁷ y también el principio del equilibrio de la ecuación económico financiera del contrato: Esa equivalencia honesta o relación razonable no solamente puede verse afectada en perjuicio del contratante, con el consiguiente reajuste en más del contrato, sino también en perjuicio del Estado o la sociedad, como ocurre precisamente cuando las ganancias son irrazonables o excesivas, caso en el cual corresponde el reajuste en menos. En la actualidad atravesamos una experiencia atípica: Haber vuelto, pensamos que por necesidad sólo temporariamente, al sistema de subsidios y subvenciones para mantener artificialmente bajas las tarifas de los servicios públicos y hasta los precios de la economía en general. Obviamente es una situación insostenible en el tiempo, además de económicamente superada desde antaño como mecanismo generalizado de intervención en la economía.

⁵⁴ El Consejo de Estado francés, en esa tesitura, viene hablando desde comienzos de siglo XX de la equivalencia honrada u honesta (*équivalence honnête*) entre las cargas y los beneficios del concesionario (*Ministre des Travaux Publics vs. Compagnie Générale Française des Tramways*, Comisario de Gobierno LÉON BLUM, *Conseil d'État*, 21-III-1910.) ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. I, *Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 453.

⁵⁵ GORDILLO, *Empresas del Estado*, 1966; *Derecho administrativo de la economía*, 1966; *Derecho administrativo de la planificación*, Bogotá, 1968, etc. El segundo libro mencionado se ha reproducido en el tomo 9 de esta colección, el primero y tercero, en lo pertinente, en el tomo 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*.

⁵⁶ Ver nuestro libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., reproducido *infra*, t. 11.

⁵⁷ CASIELLO, JUAN JOSÉ, “La adecuación del contrato,” *LL*, 1995-B, 1265: “la excesiva onerosidad sobreviniente encuentra solución por vía de un ajuste de las prestaciones correspectivas.” El concepto de “excesiva onerosidad,” por lo demás, se encuentra expresamente previsto en el contrato de transferencia a las licenciatarias de telecomunicaciones, tanto a favor como en contra de ellas (arts. 10.9, 10.9.1, 10.9.2, *B.O.* 29-I-91, p. 11, contratos aprobados por decreto 2332/90). En el caso *Torello* la Sala II anuló una cláusula de los contratos del ANSES por desproporcionada en perjuicio de los jubilados del PAMI, *LL*, 2000-B, 275, con nota de BELTRÁN GAMBIE, “Civismo y amparo.” También ver SARCIAT, ALBERTO D., “El control judicial de las tarifas de los servicios públicos,” en TAWIL (dir.), *op. cit.*, pp. 775-785.

Ambas situaciones repercuten directamente sobre la sociedad de usuarios y contribuyentes, creando el interrogante de la legitimación para impugnarlos cuando son ilegales o inconstitucionales. La novedad no aparece por el derecho de fondo, pues ya en materia de obras públicas hace tiempo que quedó aclarado que no corresponde hablar de “mayores costos” sino de “variaciones de costos.”⁵⁸ Lo novedoso consiste en que ello no solamente pueden discutirlo los funcionarios públicos, sino también los perjudicados; con la siempre presente amenaza de la corrupción o crimen organizado que condenan diversos tratados internacionales; entre ellos la Convención Interamericana Contra la Corrupción.⁵⁹ Sin embargo, no es fácil trasladar el derecho de fondo a una legitimación procesal de quienes se ven afectados en sus derechos o intereses. El enfoque clásico era legitimar exclusivamente al Estado, creando p. ej. los impuestos a los *windfall benefits*, beneficios sin justa causa originados en situaciones de emergencia.⁶⁰ Pero la evolución más reciente es dar legitimación a todos los afectados, sea por acciones específicas como la *qui tam* en el derecho norteamericano, o entre nosotros por ahora solamente los derechos de incidencia colectiva. Si existe una ganancia irrazonable o incausada⁶¹ debe no solamente rebajarse la tarifa sino sobre todo *devolverse a los usuarios lo cobrado de más*.⁶² Tenemos allí otro derecho individual de incidencia colectiva, a tono con el nuevo derecho supranacional europeo.

Una institución de derecho civil, la *equidad*, recibe una muy importante elevación a nivel supranormativo de parte del derecho supranacional, en el caso la

⁵⁸ El art. 55 *in fine* de la ley de obras públicas de la Provincia de Buenos Aires expresa “En la misma forma beneficiarán al Estado los menores precios que, generados en las mismas causas, se reflejen en los conceptos antedichos.” Ver CAROL, GUILLERMO C. y SANSONI, FÉLIX J., *Estudio de la legislación de obras públicas de la Provincia de Buenos Aires*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 2004, 2ª ed., p. 594 y ss.

⁵⁹ “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091, reproducido con modificaciones en “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101-19; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (Ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” *JA*, 2000-IV, 1269; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en *Asesoría General de Gobierno, Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

⁶⁰ Ver p. ej. GROVES, HAROLD M., *Finanzas públicas*, México, Trillas, 1965, 5ª reimpresión 1980, p. 824 y ss.

⁶¹ Esto no se aprecia con un único balance, sino analizando la totalidad del contrato desde la adjudicación. En esa ocasión habrá que analizar también las inversiones no cumplidas, las anotaciones contables que figuran como gastos o inversiones y no lo son realmente, los honorarios exagerados directos o indirectos, los beneficios incausados e ilegales recibidos del concedente luego de la adjudicación y en contra del pliego de bases de la licitación, etc.

⁶² Un ejemplo en ese sentido es la devolución que debieron realizar las licenciatarias del servicio básico telefónico, de las sumas cobradas de más por incumplimiento de lo establecido en la cláusula 16.9.3. del contrato de transferencia (decreto 2332/90), por el cual debían reducir la alícuota de Ingresos Brutos, en la Capital Federal, del 3,25% al 3,00%.

CICC. Para su aplicación al derecho administrativo ésta dispone en su art. III inc. 5º) que las contrataciones públicas deben responder al *principio de equidad*.⁶³

Ello resuelve asimismo, en sentido afirmativo, la controversia acerca de si se aplica o no el principio de la *lesión*⁶⁴ a los contratos de la administración que perjudican a los usuarios. Este nuevo derecho de fondo tiene importancia directa para los usuarios, cuya legitimación está en el derecho de incidencia colectiva. El principio de la lesión queda subsumido y abarcado por este otro, más omnicompreensivo, como lo señala MILJIKER.⁶⁵ Allí se suman tanto el derecho de las asociaciones de usuarios a reclamar la recomposición del contrato en beneficio de los usuarios, como el derecho subjetivo de estos a no ver violado su derecho de propiedad a no pagar tarifas injustas por servicios públicos monopolísticos.⁶⁶ Esta innovación produce rechazos del contratante y de la administración; pero el principio constitucional parece claro en el art. 43 en la ley de defensa del consumidor. Sólo hace falta perfeccionarlo con acciones *qui tam*, etc.⁶⁷

4.3. Derecho a la no discriminación

Si bien ya en 1990 sostuvimos que el Pacto de San José de Costa Rica tenía carácter supranacional,⁶⁸ el art. 75 inc. 22 de la Constitución es específico en darle al menos carácter constitucional. Con ello, principios tales como el de la *no discriminación* pasan a ser de aplicación directamente constitucional en lo que hace tanto a la prestación misma del servicio público como a las tarifas y en cualquier relación de la sociedad. Tenemos aquí el primer y más rector principio

⁶³ Ver REJTMAN FARAH, MARIO, “Contrataciones públicas transparentes: un desafío en la emergencia,” en GORDILLO (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*. Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 103-22; REJTMAN FARAH, MARIO (dir.), *Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, pp. 99-108.

⁶⁴ Ver *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. XI, § 6.5: “Lesión.”

⁶⁵ MILJIKER, MARÍA EVA, “El instituto de la lesión en el ámbito de los contratos de derecho administrativo,” nota al fallo OCASA, LL, 2000-A, 123.

⁶⁶ Se ha postulado un derecho de incidencia colectiva a la no corrupción: CARELLO, LUIS ARMANDO, “La Convención Interamericana contra la Corrupción y el «derecho a la no corrupción»,” en DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *50 años de Derechos Humanos*, Santa Fe, 1998, p. 25 y ss. La acción de clase puede tramitarse como acción meramente declarativa (AGUEERA), de defensa del consumidor, en su caso el amparo (COLAUTTI, CARLOS, “Incógnitas de la acción de amparo en la reforma constitucional,” LL, 1998-E, 1043) o juicio ordinario; BIANCHI, *op. cit.* y prólogo a la obra de FAPPIANO, OSCAR, *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, p. 11.

⁶⁷ Ver nuestro art. “Comentarios al Proyecto de Ley de Contratos Públicos,” RAP, 182: 8 (Buenos Aires, 1994). También BIANCHI, “Las acciones *Qui Tam* como medio de lucha contra la corrupción en los contratos públicos en los Estados Unidos,” ED, 2001-2002, 589.

⁶⁸ Tanto que antes de la reforma, en la ed. de 1994 del t. 1, cap. V, lo incluimos como primero en la jerarquía normativa, tal como lo habíamos adelantado en 1990 en el art. “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno,” LL Actualidad, 17 de abril de 1990, reproducido en LL, 1992-B, 1292, antes reproducido en el cap. III de nuestro libro *Derechos humanos*, *op. cit.*, 1990, 1ª ed.; 2005, 5ª ed. En sentido análogo CSJN, *Ekmekdjian*, Fallos, 308: 647; ED, 148: 338 y *Fibraca*, Fallos, 316: 1669, año 1993, entre otros.

de nuestro derecho supranacional en la Convención Americana de Derechos Humanos, e igualmente en el derecho supranacional europeo: La razonabilidad.⁶⁹

En todo caso, conforme al derecho supranacional, la Constitución de 1994 reinstala en el art. 43, junto a otros derechos de incidencia colectiva, con los derechos que protegen “al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor” y “contra cualquier forma de discriminación.”⁷⁰

Sin embargo, su aplicación puede presentar problemas en algunos supuestos concretos de aplicación, ya que a nuestro juicio no siempre la no discriminación es susceptible de ser introducida judicialmente. En los tribunales administrativos internacionales se ha comenzado a admitir el derecho a la unión entre personas del mismo sexo, aunque con voces disidentes, pues algunos piensan, como el autor, que en ese supuesto es necesaria la expresa regulación normativa por los órganos competentes y no el activismo judicial,⁷¹ so pena de caer en etnocentrismo, pues indudablemente al menos dos grandes religiones se oponen a dicha aplicación del principio.

4.4. *Derecho a un medio ambiente sano*

Este supuesto, claramente previsto en el texto constitucional del art. 41, tiene un sesgo interesante: Es más o menos el mismo texto del protocolo adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos, protocolo adicional que nuestro país no había suscripto ni incorporó por ende en su momento en el art. 75 inc.

⁶⁹ SCHWARZE, *op. cit.*, p. 545 y ss., p. 563 y ss.; CHITI, *Diritto amministrativo europeo, op. loc. cit.*; SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, reimpresión 2013, p. 670 y ss. El derecho a la no discriminación a veces se suma al derecho a la salud y a la vida como en *Asociación Benghalensis*, que citamos en la nota 36; o además al medio ambiente, la salud, la vida, la tutela de los niños, la familia, tal como en el caso que resolvió el TSJ de Neuquén el 2-III-99, igualmente citado en nota 36. Ver *infra*, § 6.

⁷⁰ El criterio se repite una vez más a nivel reglamentario, v. gr. decreto 229/2000, art. 4° inc. a): “Igualdad: el suministro de servicios públicos ha de regirse por el principio de igualdad de derechos de los usuarios. El acceso y las reglas que rigen las relaciones entre los usuarios y los prestadores de servicios públicos deberá garantizar condiciones de igualdad, sin discriminación de ningún tipo.” Tanta insistencia no asegura su pleno cumplimiento.

⁷¹ Lo hemos expuesto en diversos lugares, a los que nos hemos remitido en votos disidentes que nos ha tocado emitir, por ejemplo en el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas y en el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo, p. ej. en el fallo 2860/09, http://www.ilo.org/dyn/triblex/triblexmain.showList?p_lang=en&p_session_id=107. Allí nos remitimos a “The Administrative Law of International Organizations: Checks and Balances in Law Making – The Case of Discrimination” en: *European Public Law Series / Bibliothèque de droit public européen*, vol. LXXXIII, *Internationalisation of Public Law / L'internationalisation du droit public*, London, Esperia, 2006, pp. 289-312. También en: *Revue européenne de droit public / European Review of Public Law*, vol. 18, n° 1, Londres, Esperia, 2006, pp. 289-312; igualmente fue distribuido en el coloquio conjunto *International Administrative Tribunals and the Rule of Law*, World Bank Administrative Tribunal / American Society of International Law, 27 de marzo de 2007, Washington, D.C. Una versión abreviada apareció en “Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación,” *LL, Suplemento Especial 70° Aniversario*, noviembre de 2005, pp. 165-175; también en www.gordillo.com/cv/cv_2_7_1, 41.

22 de la Constitución. Posteriormente fue ratificado, quedando el interrogante acerca de si tiene igual nivel normativo que la convención. A nuestro juicio la respuesta afirmativa es la correcta. En efecto, el constituyente lo introdujo de todas maneras, dentro del cuerpo normativo, como art. 41, con el resultado de que la norma tiene nivel constitucional al menos. Cabe la pregunta de si abre o no una instancia supranacional,⁷² máxime atento que su texto no es sino el resultado de la interpretación armónica de la propia convención, como ya lo hemos argumentado anteriormente y ahora queda normativamente demostrado.⁷³ En todo caso cabe reiterar que la Constitución habla nuevamente en el art. 43 de “los derechos que protegen al ambiente,” con lo cual es el ambiente mismo el objeto jurídico de tutela constitucional, además de los individuos que en él se hallan como lo indica a título expreso el art. 41. La legitimación tiene en este aspecto un doble sustento constitucional expreso en el ámbito judicial y por ende también en el administrativo.

El tema en cuestión es pues uno de los que se ve resuelto jurisdiccionalmente mediante acciones en las que se defiendan derechos de incidencia colectiva, lo que no importa negar la legitimación activa del ciudadano a título individual y de los vecinos o asociaciones de vecinos. Pero ya no puede negarse la existencia de una tutela jurisdiccional amplia y que la legitimación ha sido extendida con el mismo alcance que el art. 43 para el recurso de amparo: Acá podrá utilizarse la vía del amparo o el juicio de conocimiento, pero la legitimación será siempre amplia.⁷⁴

4.5. *Los bienes y derechos colectivos en el derecho privado*

Esta cuestión viene siendo insistente y agudamente examinada en el ámbito del derecho privado.⁷⁵ Allí es normal hablar de la responsabilidad colectiva de grupos médicos, p. ej.,⁷⁶ lo que guarda singular paralelismo con la responsabilidad del

⁷² Ver en tal sentido ROSSI, “La defensa supranacional del derecho a un medio ambiente sano,” en GORDILLO-GORDO-LOIANNI-ROSSI, *Derechos humanos*, op. cit., 1998, 3ª ed.

⁷³ Como lo explicamos en el libro *Derechos Humanos*, op. cit., en el cap. “Derechos no enumerados: el caso de la salud y el medio ambiente,” reproducido en el libro de MILLER, JONATHAN M.; GELLI, MARÍA ANGÉLICA; CAYUSO, SUSANA y otros, *Constitución y derechos humanos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 182 y ss.

⁷⁴ Ver un análisis de los aspectos sustantivos y procesales de la defensa del ambiente sano en GUEVARA PALACIOS, AUGUSTO M., “La culturización del ambiente,” en BIDART CAMPOS y GIL DOMINGUEZ (coords.), *A una década de la reforma constitucional*, op. cit., p. 233 y ss. Ver CSJN, *Mendoza*, LL, 2006-D, 281, entre otros.

⁷⁵ LORENZETTI, RICARDO LUIS, “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos,” LL, 1996-D, 1058; *Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995.

⁷⁶ CNCIV, Sala D, *Calcaterra*, LL, 1991-D, 469; ZAVALA DE GONZALEZ, MATILDE, *Responsabilidad por riesgo*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999; en contra, MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999. El problema de extender demasiado la responsabilidad médica es que entonces se hace necesario contratar seguros contra la *mala praxis*, que pueden ser muy caros, lo cual termina encareciendo el sistema de salud pública y por ende trayendo el servicio a los sectores menos favorecidos de la sociedad.

Estado por omisión judicial en el control oportuno de la administración.⁷⁷ También se analizan los grupos sociales como sujetos pasivos de daño⁷⁸ y por ende como titulares de un derecho resarcitorio. Lo mismo ocurre con los derechos de los pueblos indígenas.⁷⁹ Esa aproximación entre el moderno derecho público y privado, en materia de progresos institucionales, se advierte también en materia procesal, p. ej. en el amparo,⁸⁰ medidas cautelares,⁸¹ medidas autosatisfactivas o adelantamiento de sentencia,⁸² tutela inhibitoria, etc.

Resulta ciertamente paradójico, en un punto, que la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil se hubiera mostrado en los últimos años con criterios mucho más restrictivos que los fueros federales. Ello por cuanto, históricamente, tanto el llamado Fuero Contencioso Administrativo como el Civil y Comercial Federal se han visto influenciados con mayor intensidad por la doctrina del derecho administrativo, la cual imponía posturas más restrictivas en relación a la legitimación procesal en materia colectiva.

Sin embargo, a los numerosos precedentes que hemos citado del llamado Fuero Contencioso Administrativo, cabe agregar que la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal ha admitido acciones colectivas que tenían por objeto reclamar la aplicación de la tarifa residencial respecto de los usuarios que tienen contratado el servicio público de suministro de gas natural en departamentos sujetos al régimen de propiedad horizontal y que tienen servicios centrales, además de que se efectúe el reintegro de las sumas refacturadas.⁸³

Asimismo en otra demanda se admitió la legitimación a una asociación que pretendía accionar en beneficio de todos los usuarios afectados por la práctica de sobreventa de pasajes aéreos. Reclamaba también que se ordenase el cese de dicha conducta y el pago a quienes acreditaran haber resultado perjudicados por ella durante los últimos tres años.⁸⁴

En cambio, por su lado, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial denegó legitimación a un reclamo dirigido a que una entidad financiera abonase en la moneda de origen pensiones italianas a beneficiarios radicados en la Argentina,⁸⁵ así como de igual forma fulminó sendas acciones iniciadas por una asociación con el fin de que las compañías aseguradoras cesaren con la inclusión

⁷⁷ *Infra*, cap. XX, § 11.2: es que su responsabilidad puede ser política, pero difícilmente resarcitoria: Cap. XX, § 1.3 y ss.

⁷⁸ Ver TALLONE, FEDERICO C. y SCOLARA, VERÓNICA A., "Participación del individuo en grupos. Relevancia en el ámbito de la responsabilidad civil," *LL*, 2000-A, 967; decr. 299/00, art. 9.

⁷⁹ *Supra*, t. 1, cap. III, § 6.2.4, "Indígenas."

⁸⁰ *Infra*, cap. XIII, "La tutela judicial," § 8, "El amparo."

⁸¹ *Infra*, cap. XIII, § 9, "Las medidas cautelares."

⁸² *Infra*, nota 6.5 y cap. III; Sala I, *Asociación Benghalensis*, citado en nota 35.

⁸³ CNFed. CC, Sala I 17/VIII/10, *Consumidores Financieros Asociación Civil c/ Metrogas S.A.*

⁸⁴ CNFed. CC, Sala I, 13/VII/10, *Proconsumer c/ Qantas Airways Limited*.

⁸⁵ CN Com., Sala B, 3/II/12, *Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c/. Argos Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. s/ ordinario, LL*, 2012-C, 357.

en sus contratos de cláusulas abusivas que las relevaban de responsabilidad por daños ocurridos en determinados siniestros.⁸⁶

Sin embargo, la Corte Suprema se pronunció favorablemente en los casos *Consumidores Financieros c/ La Meridional* y *Consumidores Financieros c/ Banco Itaú*,⁸⁷ al admitir la legitimación de la asociación para demandar en defensa de los derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos y considerar cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva, todo ello en los términos de la doctrina sentada en los precedentes *PADEC* y *Halabi* y del art. 52 de la ley 24.240.

5. La legitimación en los derechos de incidencia colectiva

5.1. El principio general

La Constitución, como interpretó la Corte desde *Siri* y *Kot*, tiene garantías que son directamente operativas y el juzgador debe suplir las omisiones del legislador. En *Ekmekdjian*,⁸⁸ a propósito de la Convención IDH, incluso cuando el texto requiera expresamente una ley reglamentaria, la Corte sostuvo que una irrazonable demora del legislador no puede obstar a su aplicación judicial. De nada valdría el capítulo de “nuevos derechos y garantías” si hubiera que quedar supeditado a la falta de ley. Debe recurrirse a la aplicación directa de la Constitución y de los tratados internacionales que ella ha incorporado a su propio texto.

5.2. Los tres supuestos constitucionales

El art. 43 de la Constitución establece que la acción de amparo para “los derechos de incidencia colectiva en general”⁸⁹ tiene tres tipos de legitimados activos:⁹⁰

- a) El afectado: Usuario, vecino, etc.; puede ser un interés moral,⁹¹
- b) el Defensor del Pueblo,⁹²

⁸⁶ CN Com., Sala F, 22/VIII/13, *Consumidores Financieros Asociación Civil c/ Liderar Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario*, LL, 2013-F, 272; CN Com., Sala B, 16/II/12, *Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c/ Generali Argentina Compañía de Seguros S.A. s/ ordinario*, LL, DJP, 2012-7, con nota de GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, “La legitimación procesal para obrar en la defensa de los llamados intereses difusos,” LL, 2013-F, 272

⁸⁷ CSJN, *Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario*, 24-VI-14; *Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario*, 24-VI-14.

⁸⁸ Fallos, 308: 647; ED, 148: 338.

⁸⁹ Incluyendo explícitamente “los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor” y “cualquier forma de discriminación.” Comparar con la legitimación para obrar establecida en la Ley General del Ambiente 25.675: § 4.4 nota 3.

⁹⁰ Ver GELLI, *Constitución...*, op. cit., pp. 396-8, 401-4; BALBIN, *Curso...*, op. cit., pp. 560-582.

⁹¹ Como en los dos casos *Gambier* (teatro Odeón; propaganda), *Castro*, etc.

⁹² Ver AVALOS BLACHA, MARÍA VERÓNICA, “El Defensor del Pueblo,” en BRUNO DOS SANTOS (dir.), op. cit., pp. 131-144.

c) “las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.”⁹³

d) Un supuesto legal adicional, previsto en la ley 24.240, *el ministerio público fiscal*.⁹⁴

e) Todos ellos deben tener su rol, también, en la defensa del interés público en el extranjero, en los tribunales arbitrales internacionales.

5.2.1. *El propio afectado*

El afectado puede defender su derecho subjetivo y el de incidencia colectiva a resguardar su salud y medio ambiente sano: Art. 41; o como usuario según el art. 42: Se unen el derecho individual y colectivo.⁹⁵ Se ha condenado al Estado a cumplir el cronograma de producción de la vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina o mal de los rastrojos,⁹⁶ a realizar rampas de acceso para discapacitados *in re Labatón*,⁹⁷ y a una empresa ferroviaria y al Estado a efectuar y fiscalizar obras para mejorar el acceso de discapacitados a los trenes. (*Verbrugghe*).⁹⁸ El caso más importante fue *Gambier II*,⁹⁹ en que se admitió el derecho a la vigencia del principio de legalidad. La evolución de la jurisprudencia ha sido progresivamente amplia y ya puede hoy sostenerse, como lo ha resumido la Sala IV *in re Youssefian*, que “en última instancia la legitimación [se remite] a un punto de derecho sustancial (en la medida en que negar la legitimación equivale a negar el derecho).”¹⁰⁰

⁹³ La redacción está expuesta en el orden a nuestro juicio más claro.

⁹⁴ Dice el art. 52 *in fine*, modificado por la ley 23.361: “En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal.”

⁹⁵ Han tramitado amparos iniciados por personas individuales en su condición de usuario, vecino, afectado, etc., que defendían al mismo tiempo un derecho colectivo: Sala IV, *Fernández, Raúl c. LL*, 1997-E, 535 (la CSJN rechazó el amparo pero sin cuestionar la legitimación, *LL*, 2000-A, 179); el primer caso *Schroder*, Sala III, *LL*, 1994-E, 449; *Dalbon*, *LL*, 1997-E, 570. Otro caso en *LL*, 2005-C, 696, en que la magistrada reconoció la legitimación invocada tanto por el actor en su carácter de letrado como por el Colegio Público en virtud de lo previsto por el art. 7 del Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; reconociéndole además la legitimación por el simple hecho de ser ciudadano: RODRIGUEZ PRADO, JULIETA, “Leyes secretas ¿Antagónicas con un estado de derecho?” *LL*, 2005-D, 481. Ampliar *infra*, cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva,” § 6, “Casos.” Ver CNFed. CA, Sala II, 29-XI-05, *Halabi*; CSJN, *Halabi*, *Fallos*, 332: 111, 2009 y doctrina citada en la nota 29.

⁹⁶ Sala IV, *Viceconte*, *LL*, 1998-F, 305, firme, cons. IV a X.

⁹⁷ *Labatón*, *LL*, 1998-F, 345. Ampliar *infra*, cap. III, § 6.1 a 6.10. Ver GULLCO, HERNÁN, “Rampas para discapacitados (caso «Labatón»),” en CARRIÓ, ALEJANDRO y otros, *En defensa de los derechos civiles*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 49 y ss.

⁹⁸ *Verbrugghe*, Sala I, *ED*, 185: 995.

⁹⁹ *LL*, 1999-E, 623, aquí llamado “*Gambier II*,” para diferenciarlo de “*Gambier I*,” ambos citados *supra*, nota 18. Ampliar *infra*, cap. III, § 6.1 a 6.10.

¹⁰⁰ *Youssefian*, *LL*, 1997-F, 270; Sala V, *Rodríguez, Jesús*, *LL*; 1996-E, 80; *Nieva*, *LL*, 1998-A, 442, con nota de MIGUEL ÁNGEL PADILLA; *LL*, 1998-B, 294, con nota de BIDART CAMPOS. Era apreciar

5.2.2. *Las asociaciones lato sensu que propendan a esos fines*

Puede presentarse una asociación *lato sensu*, p. ej. una cooperativa,¹⁰¹ creada en defensa de los usuarios¹⁰² o de la colectividad y ese es el caso de la legitimación de las “asociaciones que propendan a estos fines,” según el art. 43.¹⁰³

En los últimos años ha mejorado el control social en el ámbito de la CABA, pues han proliferado las organizaciones no gubernamentales, para la defensa puntual de los derechos de los usuarios, del medio ambiente; o del control ciudadano del poder, la transparencia en la función pública, etc.: Las hay tanto genéricas¹⁰⁴ como puntuales o sectoriales.¹⁰⁵ En el orden nacional el control social del poder público estuvo adormecido varios años de este comienzo del siglo XXI.

Cabe señalar que ya el cap. XIV (arts. 55 a 58) de la ley de defensa del consumidor 24.240, con las modificaciones introducidas por la ley 26.361, trata la legitimación de las asociaciones de consumidores, la autorización que deben requerir de la autoridad de aplicación para funcionar como tales y los requisitos para obtener el reconocimiento.

Partiendo de la base de la existencia del registro nacional de asociaciones de consumidores, previsto en el art. 55 del decreto 1798/94, reglamentario de la ley 24.240, la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, hoy Dirección Nacional de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Producción ha dictado la resolución 461/99¹⁰⁶ a través de la cual —con sesgo restrictivo— se establecen normas y requisitos a los que deben ajustarse las asociaciones, para funcionar en el ámbito nacional. El intento ha resultado fútil y carece además del sustento legal que requiere la Constitución.¹⁰⁷

“en el marco del proceso cautelar,” “interina y provisionalmente, la concurrencia de un interés tutelable” (n° IV, párrafo tercero *in fine*). *Infra*, cap. III, § 5 y 6.

¹⁰¹ Así lo resolvió la Sala I con referencia a *Consumidores Libres*.

¹⁰² CNCOM, Sala C, *Unión de Usuarios y Consumidores*, LL, 2005-F, 192, cons. VI: A los efectos de la legitimación “No constituye óbice el hecho de que la actuación sea en defensa de intereses patrimoniales individuales.”

¹⁰³ Un ejemplo es el *Campos Ríos* en que la Asociación Civil para la Democracia y el Gobierno Representativo obtuvo un fallo favorable a su pretensión, en el sentido de acceder a las declaraciones juradas de bienes de los legisladores de la Legislatura Local, CCAyT de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, 9-VI-2005, LL, Sup. Adm. 2005 (diciembre), 68, con comentario de AMBROSINO, MARÍA SILVANA, “A favor del control social...,” LL, 2006-A, 82.

¹⁰⁴ CEC, Centro de Educación al Consumidor, www.educacionconsumidor.org.ar; ADELCO, Acción del Consumidor, www.adelco.com.ar; Unión de Usuarios y Consumidores, www.usuarios.org.ar; Consumidores Argentinos, www.consumidoresarg.com.ar; ADECUA, www.adecua.org.ar.

¹⁰⁵ ADC, Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA); Madres de Plaza de Mayo; Asociación Por los Derechos Civiles; Asociación Vecinal de Belgrano “C”; Asociación Protectora de Suscriptores de Planes de Ahorro; Fatav, Familiares y víctimas de accidentes de tránsito, etc.

¹⁰⁶ B.O. 12/7/99.

¹⁰⁷ Ver GILARDI MADARIAGA DE NEGRE, CECILIA, “La legitimación de las asociaciones y las acciones colectivas-las acciones de clase,” en BRUNO DOS SANTOS, *op. cit.*, pp. 63-93.

Como ha dicho la Sala IV en *ADECUA c. ENARGAS*,¹⁰⁸ es suficiente con la inscripción en el registro de personas jurídicas. Por lo demás, una cooperativa a la que se denegó la inscripción ganó el amparo en la Sala I, *Consumidores Libres*,¹⁰⁹ en base a una interpretación amplia del concepto de “asociación.”

Esta aquí comprendido el derecho a una audiencia pública antes que el Estado resuelva cuestiones que afectan derechos de incidencia colectiva.¹¹⁰ En ella tales asociaciones pueden tener participación, aportar pruebas y argumentos en relación al proyecto en debate. Es que, en definitiva, derecho de incidencia colectiva y audiencia pública son dos conceptos paralelos.

También cabe tener presente el art. 42, conforme al cual “Los consumidores y usuarios [...] tienen derecho [...] a la protección de [...] sus intereses económicos.” Este derecho de fondo necesita la indispensable tutela judicial operativa, sin necesidad de norma procesal legislativa alguna, para requerir de la justicia el derecho de fondo que la Constitución consagra. La antigua solución de los casos *Siri* y *Kot* resulta otra vez de directa aplicación al caso.

5.2.3. Otros casos

Ya de antaño hay casos en que el derecho puede ser ejercido por terceros en defensa de otro sujeto de derecho que forma, o no,¹¹¹ parte de ella como asociado.¹¹² Esto es muy importante pues a veces el propio interesado es renuente a acudir a la vía judicial, o no tiene los medios suficientes para hacerlo, e interesa al orden jurídico, en ciertos casos, que la lesión a determinadas circunstancias jurídicas individuales no quede sin corrección, lo que las transforma entonces en generales o colectivas.

Partiendo del precedente de la ley de asociaciones profesionales —*stricto sensu*, gremiales o sindicales— la ley de protección al consumidor se adelantó a la Constitución de 1994 en reconocer legitimación procesal colectiva a las asocia-

¹⁰⁸ Sala IV, *ADECUA c. ENARGAS, LL*, 1998-F, 338. Sin embargo, ver el fallo de la misma sala *in re Asduc*, con nota de LANDE, CAROLINA, “Una carrera en búsqueda de justicia: ¡Asociaciones, a inscribirse!” *LL*, 2005-F, 334.

¹⁰⁹ Consentida y ejecutoriada. Ampliar *infra*, cap. III, los numerosos casos citados en los § 6.1-10. Esto demuestra que no fue materialmente posible frenar todas las acciones desde la CSJN. Es como querer frenar la marea, parafraseando a LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, p. 18.

¹¹⁰ Ver *infra*, cap. XI. Ver también GUSMAN, ALFREDO SIVERIO, “La intangibilidad de la situación jurídica del usuario,” *LL*, 2000-B, 263, nota 1.

¹¹¹ El ejemplo más dramático de nuestro pasado reciente es el de las Madres de Plaza de Mayo; a nivel internacional hay numerosas organizaciones de derechos humanos (*Amnesty International*, *America's Watch*, etc.) que procuran la defensa de aquellos que no pueden defenderse por sí mismos. Otro caso es el de la Sociedad Interamericana de Prensa, que brinda apoyo de opinión pública supranacional a los problemas locales.

¹¹² En el primer caso podríamos encontrar una asociación que defienda derechos de terceros discriminados, perseguidos, etc., aunque estos no sean miembros de ella. En el segundo encontramos supuestos tales como un gremio que defiende a sus afiliados, etc.

ciones de usuarios y consumidores, concepto legal que recoge y amplía la norma constitucional. Diversos fallos han admitido la legitimación de legisladores,¹¹³ aunque la CSJN se inclinó de antaño por la tesis opuesta.¹¹⁴ Perdure o no esa solución, alcanza con la legitimación de las asociaciones, los afectados actuales o potenciales y el Defensor del Pueblo de la Nación. Ni la CSJN pudo frenar ese hito constitucional, como lo demuestran todos los tribunales.¹¹⁵ Negarles legitimación a todos parece insostenible. Rechazar liminarmente una acción recién en la instancia extraordinaria de la CSJN, más todavía.¹¹⁶ Por ello es que a pesar de tales pronunciamientos en casos aislados, las salas y los jueces siguen aplicando, como deben, la Constitución y el orden jurídico supranacional y supraconstitucional.¹¹⁷ Ahora la CSJN también participa del proceso de renovación institucional, en el aspecto indicado.

6. Procesos en que se aplica

6.1. No solamente el amparo

Si se considera al art. 43 referido principal pero no exclusivamente a la más restrictiva de las vías judiciales, el amparo, de allí se sigue, *a fortiori*, que la legitimación así ampliada es asimismo aplicable a los juicios de conocimiento. La Corte Suprema admitió en *AGUEERA*, en efecto, que el derecho del art. 43 puede ejercitarse tanto por la vía del amparo como por la acción meramente declarativa,¹¹⁸ y la Sala IV —al igual que la V— aclaró que ese derecho se aplica a los juicios sumarísimo y sumario y que puede igualmente tramitarse como proceso ordinario. Lo mismo cabe decir de las cautelares autónomas.

¹¹³ *Nieva*, Sala II, *RAP*, 228: 724 y otros, entre ellos, en la misma causa y, Sala, 10-VII-97; CNFed. CA, Sala *ad hoc* integrada por los Camaristas ROBERTO MORDEGLIA (Sala III), PEDRO JOSÉ J. COVIELLO (Sala I) y MARÍA GARZÓN DE COMTE GRAND (Sala II), *in re Sociedad Aeronáutica San Fernando SRL y otros*, 1997. La CSJN rechazó las acciones de los legisladores, pero el Juez de Primera Instancia logró imponer, en el caso iniciado por una asociación de consumidores, la existencia al menos de un ente regulador con domicilio, presupuesto, organigrama, integración del directorio con representantes de las Provincias y los usuarios. La administración advirtió que no podía siempre seguir intentando todas las vías o el salto de instancia y simplemente cumplió el acto, aunque sólo ante la férrea insistencia del magistrado.

¹¹⁴ Ver GIL DOMINGUEZ, “Los Derechos Colectivos como derechos fundamentales,” en BIDART CAMPOS y GIL DOMINGUEZ (coords.), *op. cit.*, esp. punto IV, “Derechos colectivos y jurisprudencia constitucional,” p. 228 y ss. En cambio en la CABA es uniforme la admisión de la legitimación judicial de los legisladores, que nos parece la solución correcta.

¹¹⁵ *Infra*, cap. III, § 6.1 a 6.10.

¹¹⁶ O, peor aún, ordinaria: *Yustman de Quaglino*, 19-VIII-99. Se desestima liminarmente una acción ordinaria, en ocasión de resolver el recurso de hecho de Telecom. Mayoría y minoría se remitieron a lo resuelto en una acción de amparo, *Defensor del Pueblo de la Nación*, D. 218, XXXIII, 7-V-98, cuando parece obvio que no se trataba de situaciones asimilables.

¹¹⁷ *Verbrugge*, Sala I, *ED*, 185: 995; *Gambier*, Sala II, *LL*, 1999-E, 623 y otros. (*Infra*, cap. III, § 6 y 6.1 a 6.10.)

¹¹⁸ *AGUEERA*, *LL*, 1997-C, 322, con nota: “Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva (Acción declarativa de inconstitucionalidad),” actualizada en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 140, nota 61.1.

Ha dicho en aquel sentido la Sala IV de la CNFed. CA: “También abona la tesitura precedentemente esbozada la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual la acción prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional y en la ley 16.986 no es la única, exclusiva o ineludible para la salvaguarda de derechos y garantías constitucionales o legales, en tanto se admite que la tutela de los derechos y facultades constitucionales puede canalizarse por vías procesales que no se limitan a la específicamente reglada en la ley 16.986 (confr. doct. de *Fallos*, 310: 877); y que, en el caso de que las cuestiones en juego exigiesen una mayor amplitud de debate y prueba, puede disponerse la sustanciación conforme al trámite previsto para el juicio sumario¹¹⁹ (*Fallos* 310: 877; 311: 810 y 2154) o el ordinario (*Fallos* 313: 532).”¹²⁰

Igual criterio adoptó la sala V:¹²¹ “tales previsiones” (“una propuesta del órgano competente en la materia y su debate en audiencia pública”) “no son sino el correlato sectorial de los derechos de incidencia colectiva reconocidos en el art. 42 de la Constitución Nacional” (cons. IV). Quien no quiere utilizar la acción de amparo puede prescindir de ella y utilizar entonces las demás vías que el ordenamiento procesal en cada caso le otorga. Imponer la “obligatoriedad” del amparo para el resguardo del derecho constitucional previsto en el art. 42 u otros (36, etc.) de la Constitución, implicaría quitarle al afectado toda acción cuando su derecho no fuera afectado en forma manifiesta, lo que resulta inaceptable: En esa tesitura resultaría que nunca se podría producir prueba para la defensa de los derechos del consumidor frente al prestador de servicios públicos monopólicos, por tratarse siempre de un amparo. Ello violaría la garantía de la defensa en juicio para el supuesto que se interpretara que un usuario sólo tiene derecho a demandar a una licenciataria monopólica por la vía del amparo, sin oportunidad suficiente y adecuada de debate y prueba, ni por otra vía procesal sumarísima.

¹¹⁹ Dice el art. 319 del CPCCN: “cuando leyes especiales remitan al juicio o proceso sumario se entenderá que el litigio tramitará conforme el procedimiento del juicio ordinario.”

¹²⁰ *Consumidores Libres*, LL, 1997-F, 273, cons. IX *in fine* y X. Ver *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional*, Sala IV, LL, 1997-E, 535, revocado por la CSJN, que admite la legitimación aunque rechaza el amparo, LL, 17-II-2000. En la primera de las causas citadas la Sala IV expresó, refiriéndose al caso *AGUEERA*, que “Tal similitud [se refiere a la por la Corte mentada «analogía existente entre esa acción y la de amparo»] se configura asimismo en el *sub examine*, en tanto la actora inició la presente acción como sumarísima (vía prevista en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para el trámite de las acciones de amparo contra actos de particulares: confr. art. 321), no modificando lo señalado la circunstancia de que la señora juez de primera instancia haya ordenado el trámite de la presente con las reglas del juicio sumario [...] Si se entiende que la actora se encuentra legitimada para iniciar una acción de amparo, no se advierte que el hecho de que se haya dispuesto la tramitación de la causa mediante las reglas de un juicio de conocimiento más amplio tenga influencia sobre la aptitud de la recurrente para estar en juicio como parte actora a fin de lograr una sentencia sobre el fondo o mérito del asunto.” (Cons. IX, 3º párr.)

¹²¹ Sala V, *Consumidores Libres Coop. Ltda. y otro c. Presidencia de la Nación y otro*, LL, 1997-F, 265, con nota “La revisión judicial de las tarifas y la acción de defensa del consumidor,” reproducida en GORDILLO, *Cien notas de Agustín, op. cit.*, p. 157 y ss., § 73.

También ello surge explícito del art. 41 de la Constitución en cuanto tutela el derecho a la salud y a vivir en un medio ambiente sano. La norma habilita en todos los casos la legitimación judicial amplia y sólo se deberán distinguir los distintos procesos conforme a sus propias reglas generales. El texto constitucional que autoriza iniciar la vía del amparo para la tutela de derechos de incidencia colectiva, es con mayor razón aplicable a los procedimientos ordinarios, sumarios¹²² o sumarísimos, para la defensa del usuario,¹²³ etc.

6.2. *La opción por una vía de mayor debate y prueba*

La solución clásica de nuestro derecho procesal fue siempre que quien tenía derecho a iniciar un procedimiento sumario, p. ej. de daños y perjuicios, podía optar por el ordinario.¹²⁴ De igual modo, quien puede hacer un amparo puede optar por otro procedimiento de mayor amplitud de defensa y prueba para el demandado. Lo mismo resulta de aplicación, cuando se trata de la acción sumarísima de defensa del consumidor conforme a la ley 24.240. Igual conclusión corresponde al amparo contra particulares. “En esta variante se puede sostener que el juicio ordinario es o no una vía idónea *a criterio inicial del recurrente*, no del demandado o del juez: Si su necesidad es de un pronto pronunciamiento, entonces es vía idónea “primero” el amparo y no el juicio ordinario;”¹²⁵ ello es así “Siempre exceptuando, como es obvio, los juicios sumarios o sumarísimos: [...] ley de defensa del consumidor, [...] etc.”¹²⁶ “El requisito de que no exista otro medio judicial más idóneo ha de referirse a la idoneidad específica de otros remedios sumarios previstos por la ley,¹²⁷ no al juicio ordinario.”¹²⁸ Es que, como dice COLAUTTI, “el amparo ha dejado de ser una vía subsidiaria para convertirse en una vía alternativa cuya elección como medio más idóneo *se halla a cargo de la asistencia letrada*,”¹²⁹ si uno atiende a los pactos internacionales a los que el país se ha sometido. (Art. 75 inc. 22 de la CN.)

¹²² No en el orden nacional en que ha sido eliminado por la ley 25.488.

¹²³ Ver CIMINELLI, DARÍO, “Impugnación de un acto administrativo mediante la acción de defensa del consumidor,” en *DJ*, 2005-2, 1057.

¹²⁴ Esta es la solución aceptada por HUGO ALSINA, RAYMUNDO FERNÁNDEZ, CARLOS COLOMBO, en razón de que la elección por el actor del proceso que acuerda mayor amplitud de defensa no irroga perjuicio al demandado (COLOMBO, CARLOS y KIPER, CLAUDIO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2011, 3ª ed., p. 841) y halla también respaldo jurisprudencial. (CNFed. Civ. y Com., Sala I, 5840, 29-4-77; 9340, 25-3-80; Sala II, 877, 2-7-71; 8643, 23-5-80; 67, 22-8-80; *CSJN, AGUEERA, LL*, 1997-C, 322 y *Consumidores Libres*, Sala IV, *LL*, 1997-F, 273.)

¹²⁵ “Un día en la justicia: los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional,” *LL*, 1995-E, 988; reproducido en *Derechos Humanos, op. cit.*, 5ª ed., cap. XII y en ABREGÚ, MARTÍN y COURTIS, CHRISTIAN (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS/Editores del Puerto S.R.L., 1997, p. 201 y ss.

¹²⁶ Art. citado en la nota precedente, nota 22.

¹²⁷ Nota 24: “ley de defensa del consumidor [...], etc.”

¹²⁸ Art. citado en la nota 116, p. 59.

¹²⁹ COLAUTTI, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Universidad, 2004, 2ª ed., p. 626.

7. El proceso de conocimiento de la ley de defensa del consumidor

7.1. La legitimación de las asociaciones

En el plano legislativo, la legitimación amplia para la defensa de derechos de incidencia colectiva ha sido reconocida expresamente en la ley de defensa del consumidor, desde luego aplicable a los servicios públicos privatizados, donde las asociaciones y organizaciones de este tipo han sido admitidas en forma extensiva. En efecto, el art. 56 se refiere a las “organizaciones que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor,” de lo cual no se refiere a ningún tipo de asociación en particular, en lo que se refiere a la legitimación. Así lo ha resuelto la Sala I *in re Consumidores Libres*, en fallo que la administración acató.

El mismo principio amplio cabe aplicar, a nuestro juicio, cualquiera sea la forma jurídica de la organización no gubernamental, o incluso estatal o pública no estatal, que tenga tales finalidades (fundaciones, gremios, cooperativas, etc.). Cabe también postular, como lo ha hecho con acierto la Sala IV en *ADECUA c/ ENARGAS*, que es suficiente con su reconocimiento como persona jurídica por el Estado;¹³⁰ ese mismo criterio ha sido receptado por CSJN *in re Asociación Benghalensis*.¹³¹ El art. 55, con las modificaciones introducidas por la ley 26.361, destaca que “Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de estos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley. Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita.”¹³²

7.2. La legitimación adicional obligatoria del ministerio público

El art. 52 de la ley, con las modificaciones de la ley 26.361, otorga “Acciones Judiciales” en los siguientes términos: “Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local,¹³³ al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público

¹³⁰ LL, 1998-F, 338, cons. III.

¹³¹ CSJN, cons. 10^a de la sentencia del 1-VI-2000; *supra*, nota 36. Ver Suplemento Especial La Ley, abril de 2008, ROBERTO VÁZQUEZ FERREYRA (dir.), *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*.

¹³² CNCOM, Sala C, *Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Provincia de Buenos Aires*, LL, 2005-F, 192. El destacado es nuestro.

¹³³ Ver JNCom. N° 18, *Dirección General de Defensa del Consumidor c. Banca Nazionale del Lavoro*, año 2004, LL, 2005-A, 819, con nuestra nota “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos,” LL,

Fiscal. Dicho ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre legitimación de éstas. Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente.” Concluye el art. 52 antes citado diciendo que “*En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público fiscal.*”¹³⁴ Aquí la legitimación para la defensa de los derechos de incidencia colectiva es quintuple: El interesado, las asociaciones, la autoridad de aplicación, el Defensor del Pueblo y *el ministerio público fiscal*, quien tiene además obligación de proseguir las acciones en caso de desistimiento de la asociación actora.

7.3. *Proceso de conocimiento*

Por último, el art. 53, modificado por la ley 26.361, dispone que “En las causas iniciadas por el ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.” Hay quienes pretendieron que esto implicaba la obligación de utilizar la acción de amparo, con su múltiple restricción a un plazo de quince días, limitación de debate y prueba, requerimiento de ilegalidad manifiesta, etc. No era una afirmación seria. El proceso de conocimiento más abreviado es el proceso sumarísimo; nada impide que se opte por el ordinario si el actor elige la vía que otorga mayor debate y prueba.

7.4. *Cláusulas nulas y recomposición del contrato. Interpretación más favorable al consumidor o usuario*

El art. 37 de la ley de defensa del consumidor 24.240 dispone además que “Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) *Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio*

2005-A, 818. Ver también RICCIARDI, DARÍO A., “Algunas consideraciones acerca de un tribunal administrativo de los servicios públicos y su constitucionalidad,” *RDA*, 2006, año 18, pp. 317-348.

¹³⁴ El destacado es nuestro.

*del consumidor.*¹³⁵ Hay fallos que incumplen esta ley de orden público e imponen la carga de la prueba al usuario. Otros puntualizan que al actor corresponde un “mínimo” de actividad probatoria.¹³⁶ Por fin algunos imponen la carga de la prueba al prestador del servicio.¹³⁷

Continúa el mismo art. 37 señalando que “*La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor.* Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información¹³⁸ o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. *Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato,* si ello fuera necesario.” En el caso de aumento de tarifas de servicios públicos, el juez puede así no solamente anular la nueva tarifa sino también restablecer la vigencia de la anterior, como ocurre cuando se anula por inconstitucional un aumento por sobre la tarifa precedente. La regla de que “la abrogación de una norma abrogatoria no hace renacer la norma abrogada” (MESSINEO) cede ante el principio de orden público nacional de la ley de defensa del consumidor, que establece la recomposición parcial de la relación jurídica declarando la nulidad de solamente una parte de ella.¹³⁹ Por aplicación de tales principios, en un amparo interpuesto por un habitante de la Ciudad de Buenos Aires que invoca su calidad de usuario del servicio de subterráneos e impugna el aumento de la tarifa por “redondeo,” la Sala IV de la CNFed. CA confirma la sentencia de primera instancia que anula el aumento por inconstitucional.¹⁴⁰ La revocación del fallo por la CSJN, en cuanto al fondo, no cuestiona la legitimación.¹⁴¹ La misma regla se debería aplicar en los demás aumentos de tarifas que adolezcan de vicios de ilegitimidad, como lo

¹³⁵ Ver CAPLAN, ARIEL R. y SCHEIBLER, GUILLERMO M. (coords.), *Manual de Ciudadanía Activa*, Buenos Aires, Asociación Civil Carlos Sánchez Viamonte, 2005, cap. 6, “Defensa del consumidor,” p. 74, “Cláusulas prohibidas que se tendrán por no escritas,” supuestos d) al g).

¹³⁶ Ver *Cien notas de Agustín, op. cit.*, p. 201.

¹³⁷ CNFed. Civil y Com., Sala I, *Cervera Ríos, LL*, 1999-F, 517; *DJ*, 2000-1, 637.

¹³⁸ Ver resolución 104/2005 SCT (*B.O* 30/06/05), que incorpora al ordenamiento jurídico nacional la Resolución N° 21 del Grupo Mercado Común del Sur, de fecha 8 de octubre de 2004, relativa al Derecho de Información al Consumidor en las Transacciones Comerciales Efectuadas por Internet.

¹³⁹ Igual solución en el CCAPBA, cuyo art. 50 inc. 1° prevé que la sentencia podrá decidir “El restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés jurídicamente vulnerado y la adopción de las medidas o actos necesarios a tales fines.”

¹⁴⁰ Sala IV, *Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo nacional, LL*, 1997-E, 535; la disidencia de USLENGHI es en cuanto al fondo, no a lo procesal. Se declaró la aplicabilidad de los arts. 42 y 43 de la Constitución nacional, “Que es principio general en la materia que las tarifas de los servicios públicos deben ser justas y razonables de manera que se asegure el respeto de la necesaria proporcionalidad entre el servicio prestado y la retribución abonada” y la legitimación del usuario del servicio para pedir la declaración de inconstitucionalidad.

¹⁴¹ *LL*, 17-II-2000. Otros fallos de cámara confirman la legitimación amplia: *infra*, cap. III.

habían declarado los tribunales del fuero en materia telefónica.¹⁴² La revocación de estos fallos por la CSJN pretende en cambio ampliar libertad administrativa, lo que no parece condigno de los tiempos presentes. Pertenece, con justicia, al siglo pasado. La lucha por el derecho continúa en el siglo XXI.

7.5. *En caso de duda a favor del consumidor*

Igualmente resulta de interés el art. 3° —modificado por la ley 26.361— en cuanto dispone que “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor,” principio que reitera el art. 37.¹⁴³

Dicho principio establece de pleno derecho un criterio *jurídico* a favor del derecho del usuario o consumidor, con lo cual el otorgamiento de una medida cautelar debe cumplir con este precepto legal de una ley de *orden público* nacional, sin poder oponer a ello la presunción de legitimidad de los reglamentos o actos administrativos, sean ellos nacionales o locales. El art. 65 es en tal aspecto categórico: “La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional.” La verosimilitud del derecho está dispuesta a favor del usuario por expresa disposición de la ley nacional de orden público que por lo demás se ajusta en un todo al texto y al espíritu del art. 42 de la Constitución, razón por la cual no puede pensarse tampoco en su posible inconstitucionalidad. Lamentablemente estos claros preceptos y principios jurídicos, para más de orden público, no siempre reciben debido acatamiento judicial cuando se trata de aplicarlos a la administración pública.

7.6. *Plazos de caducidad y prescripción*

No puede por vía de una supuesta aplicación obligatoria del decreto-ley de amparo, o del decreto-ley de procedimiento administrativo, aplicarse un plazo de caducidad que nada tiene que ver con el cómputo de la prescripción que prevé la ley de defensa del consumidor.¹⁴⁴ La ley de defensa del consumidor es una *ley*

¹⁴² *Defensor del Pueblo c. Poder Ejecutivo nacional*, Sala III, LL, 1997-E, 506, con nota de GALLARDO, ROBERTO ANDRÉS, “Teléfonos: novedosas herramientas y peligrosas tendencias de la administración.” El primero es *Adelco*, Sala III, LL, 1997-C, 836. La solución específica que mentamos fue adoptada en primera instancia por la jueza Dra. MARÍA JOSÉ SARMIENTO y confirmada por la misma sala III, en la misma causa.

¹⁴³ Esto es aplicable a múltiples instituciones, como la participación, las audiencias públicas, las facultades regulatorias de los entes reguladores, etc. En tal mismo sentido, ver los argumentos de los votos de la CNFed. CA, Sala I, en “Ángel Estrada”, LL, 2000-E, 527; ED 187,982. Ver también el fallo de la CSJN, con mi nota *Ángel Estrada* en *JA*, número especial, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducida en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, número 2, mayo-agosto de 2005, México, 2005, pp. 307-311.

¹⁴⁴ En el código procesal administrativo de la provincia de Buenos Aires distintas pretensiones pueden tramitarse en la misma acción procesal administrativa, la cual a su vez puede ser tanto ordinaria como sumaria. A tenor de lo expuesto correspondería aplicar esta última, pero como ella

federal de orden público que tutela derechos y garantías constitucionales federales y supranacionales: Su ámbito de aplicación temporal y su expresa finalidad de beneficiar al usuario o consumidor, no pueden quedar cercenados por la aplicación de normas de derecho procesal o procesal administrativo locales que, a la inversa, restringen los derechos del interesado, o conceden plazos más restrictivos para la defensa de sus derechos e intereses.

Existiendo dos modos posibles de computar el plazo de interposición de la demanda, o la disyunción entre un plazo de prescripción y uno de caducidad, esta ley federal de orden público obliga necesariamente a adoptar la solución más favorable al usuario o consumidor, cuando la defensa de sus derechos o intereses le lleve a impugnar un acto, hecho u omisión de la administración pública nacional, provincial o municipal.

Queda con ello dicho que, a nuestro entender, si la defensa de los referidos derechos se intenta fuera del plazo de noventa días que prevé el decreto-ley nacional de procedimiento administrativo pero dentro del plazo de prescripción de la ley de defensa del usuario y consumidor, corresponde aplicar el plazo más favorable al usuario o administrado.

Este es a nuestro juicio el criterio general con el cual resolver situaciones de esta índole: A favor del mayor control, de la mayor apertura de la vía judicial, del mayor acceso a la justicia eficaz.

7.7. *Cómputo de la prescripción*

Tanto en lo que hace al derecho de fondo como en cuanto al proceso, cabe recordar algunas normas de interés para los derechos de incidencia colectiva.

Así p. ej. el art. 50 de la ley 24.240, modificado por la ley 26.361, establece que “Las acciones judiciales y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. *La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones*¹⁴⁵ o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales.”

La infracción cometida a través de una tarifa ilegal o excesiva consiste en lesionar los derechos e intereses económicos de los usuarios. Cuando es de carácter sistemático o constante no da lugar al comienzo del cómputo de la prescripción.

Esta norma, que al igual que todo el resto de esta ley es de orden público, debe también interpretarse, conforme al mismo texto de la ley, de la forma más

no admite otra prueba que el expediente y la documental, es posible que la jurisprudencia se incline por la vía ordinaria.

¹⁴⁵ El destacado es nuestro.

favorable al usuario o consumidor: en la duda, por ende, el derecho en cuestión no se encuentra prescripto.

8. *Las restricciones empíricas y cómo superarlas*

8.1. *Primera restricción empírica*

En los años posteriores a la reforma constitucional se han dictado tanto pronunciamientos restrictivos como amplios en cuanto al alcance de esta legitimación.

Algunos de los fallos restrictivos han dado como fundamento que no se había presentado también un interesado directo.

Ello nos proporciona una *primera lección práctica a aprender*: Que por el momento es conveniente incluir siempre un interesado directo en cualquier acción por derechos de incidencia colectiva.

Desde luego, este requisito que exige es sólo una etapa del nacimiento de esta institución, pues parece obvio que si se trata de la tutela de derechos que la propia constitución denomina *de incidencia colectiva*, no se trata de situaciones individuales y concretas, sino generales.

8.2. *Segunda restricción empírica*

En otros casos le han negado legitimación a algunas asociaciones o corporaciones por no tener como objeto específico esta tutela.¹⁴⁶ Ello proporciona una *segunda lección práctica* y es que hay que modificar los estatutos e inscribirlas en el Registro Nacional de Defensa del Consumidor.

También, constituir una plétora de asociaciones para una plétora de derechos de incidencia colectiva, hasta tanto la jurisprudencia sea uniforme y pueda desandarse el camino que tan insólitamente se ha debido recorrer ante la enorme reticencia de algunos órganos judiciales. En su primera etapa el Registro Nacional de Defensa del Consumidor intentó limitar en su aplicación práctica el espectro de instituciones reconocidas, p. ej. excluyendo cooperativas y restringiéndolo solamente a las asociaciones civiles. Ese intento fue anulado por la Sala I, en fallo que la administración acató, procediendo a la inscripción en el registro.¹⁴⁷

Pensamos, como la Sala I, que corresponde la inscripción de todo tipo de persona jurídica, incluso en formación, e incluyendo las asociaciones mutuales, sindicales, profesionales (el C.P.A.C.F., etc.), políticas (partidos políticos), etc. Lo cual lleva a reflexionar acerca de si en verdad no es suficiente con que se trate

¹⁴⁶ CSJN, *Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina c/ Estado Nacional*, Fallos, 330: 3836, 2007.

¹⁴⁷ *In re Consumidores Libres*, 1997. El “Registro Nacional de Defensa del Consumidor” fue creado por resolución 289/95 SCI. El registro depende de la Dirección Nacional de Comercio Interior, como también el Registro Nacional de Infractores a la ley 24.240. Ver *supra*, § 5.2.2.

de una persona jurídica legalmente constituida, sin necesidad de que haya un registro *especial* al efecto; por lo demás el registro está creado por una resolución de Secretaría, no por ley, por lo cual resulta obvio que no reúne los caracteres de ley formal previstos en la Constitución. Desde el punto de vista jurídico y constitucional, entendemos que no cabe exigir la inscripción en un registro que no cumple la primera de las condiciones constitucionales, su creación por ley del Congreso de la Nación. Así lo ha resuelto, implícita pero inequívocamente, la Sala IV en *ADECUA c/ ENARGAS*.¹⁴⁸

8.3. Tercera limitación

En algún caso, incluso estando el Defensor del Pueblo como legitimado indubitable, se ha resuelto revertir en el art. 43 el párrafo segundo al primero y exigir una ilegitimidad o arbitrariedad *manifiesta a un derecho individual*. Ello nos lleva a una tercera lección práctica y es que en tanto sea posible es por ahora mejor utilizar las acciones de la ley de defensa del consumidor y del usuario de servicios públicos, o la acción por el derecho a un medio ambiente sano y sólo si éstas no proceden recurrir al amparo del art. 43,¹⁴⁹ para evitar inútiles discusiones procesales. Incluso, utilizar preferentemente acciones de conocimiento como el juicio sumario¹⁵⁰ o el sumarísimo cuando existe en algunos ordenamientos locales; o el ordinario donde se pueda. Esto, que es mero consejo práctico para litigantes, no constituye la enunciación de un principio jurídico sino cómo evitar su defectuosa aplicación. Desde luego, existe allí un problema mayor, que es la denegación de acceso pleno a una justicia oportuna y eficaz, conforme la Constitución y los tratados.¹⁵¹

9. La resistencia al cambio

Esto no significa que se esté interpretando bien la Constitución en estos pronunciamientos restrictivos,¹⁵² solo que hay un tiempo de inevitable adaptación que debe todavía transitarse y mientras tanto es necesario encontrar vías paralelas¹⁵³

¹⁴⁸ LL, 1998-F, 338. Pero hay antecedentes discordantes, que obligan a estar atentos. Ver el fallo que comenta LANDE, CAROLINA, “Una carrera en la búsqueda de justicia: ¡Asociaciones a inscribirse!” LL, 2005-F, 334.

¹⁴⁹ Ver los fallos de 1ª y 2ª instancia en *Consumidores Libres*, LL, 1995-E, 516 con nuestra nota, “La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva,” reproducida en *Cien notas de Agustín*, op. cit., § 18, p. 67.

¹⁵⁰ Ver *supra* nota 6.5.

¹⁵¹ Ver caps. XIII “La tutela judicial” y XIV “Problemas del acceso a la justicia.”

¹⁵² Ver SÁENZ, op. cit., en especial sus referencias a los casos de la Corte Suprema: *Baeza* (Fallos, 306: 1125, 1984), *Gascón Cotti* (Fallos, 313: 594, 1990), *Polino* (Fallos, 317: 335, 1994), *Gómez Diez* (Fallos, 322: 528, 1999) y las dos causas rechazadas a ADC (Fallos, 333: 1217, 2010).

¹⁵³ Es lo que explicamos en *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, incorporado como libro II del t. 6 de la presente obra; *L'amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, introducción de FELICIANO BENVENUTI, Milán, Giuffrè, 1987.

de sortear los obstáculos procesales que se va tratando, inútilmente, de crear. Estas dificultades son fruto de una resistencia a aceptar la nueva Constitución y los pactos supranacionales¹⁵⁴ como derecho interno directamente operativo en sede judicial.¹⁵⁵ Cambió la Constitución, pero no la cultura.¹⁵⁶

También los ciudadanos debemos poner lo nuestro. Hay que tener perseverancia: *Vigilantibus, et non dormientibus, jura subveniunt*.

A su vez, dado que las vías del derecho supranacional están abiertas sin estas limitaciones internas, es indispensable recurrir constantemente a ellas para luego hacer realidad en lo interno lo que en lo externo está dado.¹⁵⁷

Finalmente, administraciones y tribunales, no tendrán más remedio que comprender, en base a los precedentes de *Giroldi*, *Bramajo* y *Arce*, que no pueden lógica ni jurídicamente retacear en el derecho interno la tutela y legitimación procesal que los individuos tienen ampliamente reconocido en la práctica viviente del derecho supranacional.¹⁵⁸ Desde luego, no todos los tribunales proceden de ese modo:¹⁵⁹ Simplemente hace falta que su ejemplo cunda. Nuestro pronóstico es decididamente optimista, en base a los fallos que estamos relatando, algu-

¹⁵⁴ Lo que viene de antes de la Constitución de 1994. Ver nuestra nota “La creciente internacionalización del derecho y sus efectos,” nota a *Cafés La Virginia*, CSJN, LL, 1995-D, 277; *Giroldi*, 7-IV-95, también con nuestra nota “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales,” *RAP*, 215: 151, Buenos Aires, 1996, y *Ekmekdjian*, 1992, *Fibraca*, 1993, *Hagelin*, 1993, etc. El caso *Giroldi* se amplía en *Arce*, LL, 1997-F, 696, que anotamos en “Los derechos humanos no son para sino contra el Estado,” reproducido, al igual que los anteriores, en *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, p. 165, § 76.

¹⁵⁵ “Un día en la justicia: los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional,” *op. cit.*; también en *Derechos Humanos*, *op. cit.*, 4ª ed., cap. IX y en ABRÉGÚ y COURTIS (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, *op. loc. cit.*

¹⁵⁶ *Derechos Humanos*, *op. cit.*, cap. I. No todos piensan, como VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 2009, 13ª ed., p. 8, que “Esta búsqueda difícil desalienta, en ocasiones, a ciertos espíritus más dispuestos a las cosas determinadas y fijas, pero estimula enormemente a quienes gustan de las renovaciones, y aman, si así pudiera decirse, la aventura intelectual.” Ver *supra*, t. 1, cap. I, “El método en derecho,” que resume parte del Libro I del t. 6, de similar título. Ver también DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 232, el cual sostiene que “... la jurisprudencia constitucional sigue sosteniendo un paradigma superado, y consecuentemente, retaceando la fuerza normativa de la Constitución en el campo de los derechos colectivos.” Sobre el tema cultural volveremos en el cap. VIII, § 12, nota, y ya hemos adelantado algo en el t. 1, *Parte general*. (Idem, cap. II, III y IV.)

¹⁵⁷ Ver el cap. VIII, “La creciente internacionalización del derecho,” en nuestra *Introducción al Derecho*, edición como e-book en www.gordillo.com, también en su versión inglesa, *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003, cap. VIII, y castellana, Buenos Aires, La Ley, 2007. Ver también nuestro libro *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, prólogo de SPYRIDON FLOGAÏTIS, Londres, Esperia, 2003. Todo ello está en preparación para ser incorporado al tomo *Hacia el derecho administrativo global*.

¹⁵⁸ Ver *infra*, cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva,” § 2, “Problemas procesales.” El decreto 229/2000 *obliga a resolver las denuncias*. Ver también VARGAS CARREÑO, EDMUNDO; PIZA ROCAFORT, RODOLFO y TREJOS, GERARDO, *Introducción al derecho internacional*, San José, Juricentro, 1992; P. VAN DIJK y G.J.H. VAN HOOF y colaboradores, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, La Haya, 1998, 3ª ed., pp. 40-7.

¹⁵⁹ En los caps. II a IV de este t. 2, respectivamente, “Derechos de incidencia colectiva,” “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva” y “El interés legítimo.”

nos verdaderamente excelentes por la determinación que adoptan, digna de ser imitada.¹⁶⁰

10. *El esquema clásico y su evolución*

10.1. *Derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple*

El clásico derecho público argentino nacional, atrasado legislativamente respecto del derecho comparado local y extranjero, admitía pues básicamente la tutela en sede judicial del derecho subjetivo, no así del interés legítimo que sólo encontraba protección en sede administrativa. El derecho de todo habitante se reducía en un “interés simple” que sólo permitía hacer denuncias administrativas pero no exigir nada, ni siquiera la cesación de la irregularidad denunciada,¹⁶¹ ni recurrir en sede administrativa o accionar judicialmente. Eso cambió radicalmente, como estamos viendo y seguiremos ampliando más adelante, con la Constitución de 1994.

10.2. *Interés difuso*

Frente a ellos se erigía el concepto de “interés difuso,” más amplio que el interés legítimo pero no tanto como el interés simple. La mayor parte de los procesalistas lo admitían, algunos administrativistas no. El concepto no pasaba a la realidad salvo en medio ambiente.

10.3. *La ley de defensa del usuario y del consumidor*

La ley de defensa del usuario y del consumidor admitió la legitimación de asociaciones de usuarios y consumidores para actuar en juicio contra los proveedores de bienes y servicios, incluidos los servicios públicos, lo que no ha podido sino ser interpretado con la amplitud que el texto legal consagra. Es además una ley federal *de orden público*, que consagra el principio de en la duda a favor del usuario o consumidor y otorga amplio acceso judicial para su tutela.¹⁶²

10.4. *Los arts. 41 a 43 de la Constitución*

Poco tiempo después de dictada la ley de defensa del usuario y del consumidor, la Constitución de 1994 admitió dos tipos expresos de interés colectivo con tutela

¹⁶⁰ *Gambier II, Torello, etc.*, ver *infra*, cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

¹⁶¹ Lo explicamos en versiones anteriores de los caps. II y III de este t. 2 y más someramente en el t. 1, *op. cit.*, cap. X, “Clasificación jurídica de la función administrativa,” § 19, “Derecho subjetivo, interés legítimo, interés difuso o derecho de incidencia colectiva e interés simple.” Ver MARCER, ERNESTO ALBERTO, *Demandas contra el Estado. La Nación y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires demandadas en juicio*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, cap. V, p. 64 y ss.

¹⁶² Ver *infra*, cap. VI, § 4.5.1, “La ley de defensa del usuario y consumidor.”

judicial: Los del art. 41¹⁶³ para el derecho a la salud¹⁶⁴ y a un medio ambiente sano¹⁶⁵ y los del art. 43.¹⁶⁶ A lo expuesto cabe sumar el de la ley de defensa del usuario y del consumidor¹⁶⁷ ya preexistente y los múltiples derechos del art. 42,¹⁶⁸ con más los derechos de los arts. 36¹⁶⁹ y ss., todos de igual naturaleza colectiva. La introducción constitucional de los derechos de incidencia colectiva constituye la base del desarrollo de la legitimación judicial en cuanto al derecho sustantivo y adjetivo, p. ej. en materia de participación de los usuarios en los servicios públicos conforme al art. 42, o en el ya reconocido derecho a tener audiencia pública antes que se modifique su régimen hacia el usuario. Por supuesto, que exista la vía judicial no significa que el éxito corone toda propuesta impugnativa. Algunas veces con razón y otras sin ella, las sentencias definitivas no siempre hacen lugar a lo peticionado. Pero esto no desmerece el valor del progreso que se ha producido en la materia.

10.5. *El derecho a la previa audiencia pública*¹⁷⁰

Se ha abierto camino, también, la idea del derecho constitucional a la audiencia pública antes de que se adopten decisiones que puedan afectar a la colectividad. Este instituto ha sido tomado del derecho anglosajón y lo desarrollamos en el cap. XI. Allí confluyen un derecho sustantivo y adjetivo de incidencia colectiva y como veremos también un derecho subjetivo. Al igual que el principio madre del debido proceso en su doble fase adjetiva y sustantiva, lo mismo ocurre con este su desprendimiento, en el derecho de incidencia colectiva y el derecho subjetivo a la audiencia pública.

La audiencia pública es exigible no solamente en materia de tutela de medio ambiente y emisión de normas generales, sino en todo lo atinente a los servicios públicos. Su utilidad práctica ha demostrado ser insustituible, al obligar a las autoridades públicas a escuchar razones y evaluar alternativas antes de tomar decisiones que afectan el medio ambiente o la comunidad en cualquier otro modo.

¹⁶³ El art. 41 le otorga este derecho a *toda* persona afectada por el ambiente, figura similar al interés difuso. Ver ROSSI, *op. loc. cit.* En *Derechos Humanos* hicimos desde 1990 una construcción receptada en el art. 41 de la Constitución nacional, en la Constitución de Costa Rica y en la jurisprudencia constitucional de la Sala IV de su Corte Suprema.

¹⁶⁴ El cual tiene, en la Ciudad de Buenos Aires, una extensión normativa mucho más amplia. Ver p. ej., *Cerrudo*, con nota de MOLINELLI, JUANA ESTER, “La obligación de no regresividad arbitraria para la tutela efectiva y eficaz del derecho a la salud,” *LL*, 2003-F, 311.

¹⁶⁵ Ver *supra*, t. 1, cap. III, § 15, “El derecho a un ambiente sano.”

¹⁶⁶ Ver *supra*, t. 1, cap. III, § 16.1, “El amparo común y el amparo colectivo para la tutela del medio ambiente y los derechos de incidencia colectiva,” 16.2, “Habeas data,” 16.3, “Habeas corpus.” Ver asimismo decreto 1172/2003 relativo a la materia.

¹⁶⁷ Ver *supra*, t. 1, cap. III, § 16.6, “La ley de defensa del usuario y del consumidor.”

¹⁶⁸ De ellos, el decreto 229/2000 trata de fortalecer, entre otros, la información. Ver cons. 1º, art. 3º incs. a), b), d), e), f), g); art. 4º, incs. e) y g); art. 5º, incs. a), b), c), d), f).

¹⁶⁹ Ver *supra*, t. 1, cap. III, § 14, “Instituciones sustantivas de contralor.”

¹⁷⁰ Ampliar *infra*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

Ello se vio claramente, como derecho de incidencia colectiva, con el amparo iniciado primero por ADELCO en 1994 y más tarde por el Defensor del Pueblo y un partido político en 1996, para que no se renegociara en más las tarifas telefónicas sin previa audiencia pública; la situación se repitió en 1997 con la proyectada prórroga de la exclusividad en *Youssefian*. ADELCO obtuvo en 1996 una medida judicial de no innovar, reconociéndose así su legitimación para la defensa de intereses o derechos de incidencia colectiva; la administración transó en realizar la audiencia pública, reconociendo entonces también el derecho sustantivo. Tras dos sucesivas audiencias públicas, el Ministerio debió, en ambas oportunidades, reducir sus estimaciones previas de negociación y aumento tarifario, aunque finalmente incrementó las tarifas sin cumplimentar con el recaudo de someter su proyecto a previo escrutinio público. Su posición solo fue conocida *ex post facto*; su accionar fue por ende declarado ilegal e inconstitucional en las instancias de grado,¹⁷¹ previsiblemente revocadas por la CSJN el 7-V-98, fallo que luego se ha utilizado como sello. Y sin embargo la administración realizó, sea por decisión propia o judicial, dos audiencias públicas sobre temas importantes, en 1999.¹⁷² Otra variante limitativa hizo el Jefe de Gabinete cuando se trataba de fijar la tarifa a cobrar por YPF por el transporte de petróleo crudo por su Oleoducto Transandino: Simplemente concedió vista de las actuaciones a los interesados, fundándolo en que “Que desde el punto de vista jurídico cabe expresar que uno de los principios elementales en materia de tarifas, es garantizar que todos los afectados por ella puedan verter sus opiniones.”¹⁷³

Hay en nuestra administración, a fines del siglo pasado, otra forma de participación muy parcial y limitada, que no satisface a nuestro criterio el requerimiento constitucional. Se trata del llamado “Documento de Consulta” de la Secretaría de Comunicaciones, a través del cual se convoca, mediante circulares, a los interesados cuya opinión la administración estima procedente en la cuestión. Ellos deben expresar su opinión por escrito, decidiendo finalmente la administración.¹⁷⁴ Se puede hacer un paralelismo entre I, a) este mecanismo de invitación restringida y b) la audiencia pública, por una parte y II, por la otra, la distinción entre c) licitación privada y d) licitación pública.¹⁷⁵ Otro procedimiento parecido

¹⁷¹ *Adelco*, Sala III, LL, 1997-C, 836; *Defensor del Pueblo c. Poder Ejecutivo nacional*, Sala III, LL, 1997-E, 506, con nota de GALLARDO, ROBERTO ANDRÉS, “Teléfonos: novedosas herramientas y peligrosas tendencias de la administración.”

¹⁷² Aeroparque y ferrocarriles; *infra*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

¹⁷³ Disposición administrativa 1/97, p. 6. Esta posición jurídica débil se transmite al decr. 229/00, art. 4º inc. d) “Participación: los usuarios y beneficiarios de servicios de atención al público deben contar con mecanismos de participación adecuados a cada caso, a fin de garantizar y proteger el derecho a una correcta prestación” y art. 5º inc. f) “Establecer mecanismos de consulta a los usuarios acerca de los servicios que aquellos demanden, sus sugerencias y opiniones para la mejora de los mismos.”

¹⁷⁴ Res. SC 86/96, 25.835/96, 1079/98, 1460/98, SC 1616/98; res. SC n° 57/96 “Reglamento General de Audiencias Públicas y Documento de Consulta para las Comunicaciones.”

¹⁷⁵ Ver *infra* cap. XII, “La licitación pública.”

lo constituye la “consulta pública” que realiza en procedimiento únicamente escrito la Secretaría de Industria, Comercio y Minería, previa publicación en el Boletín Oficial.¹⁷⁶

Pero todos estos pasos alternativos se deben complementar con audiencias públicas formales dispuestas por iniciativa de la propia administración, para otros aspectos de la vida administrativa. También ayuda en esto el progreso del derecho público local, en el caso la consagración constitucional de la audiencia pública en la Ciudad de Buenos Aires, aunque su funcionamiento práctico deja mucho que desear, pues consiste en una seguidilla de exposiciones de cinco minutos, de tipo magistral, ante un conspicuo podio, sin ninguna posibilidad material de fácil diálogo entre los participantes inscriptos. La propia distribución física es inadecuada.¹⁷⁷

El comienzo del siglo XXI se presenta menos auspicioso aún. Se producen renegociaciones de concesiones y licencias de servicios públicos que por su envergadura constituyen verdaderas contrataciones directas, sin audiencia pública ni otra forma de participación.

Pero dado que se trata de contratos en ejecución y en marcha es inevitable que finalmente deban pasar, quizás muy tarde, cuando ya el gobierno esté débil, por las manos reparadoras de la justicia. Ese es nuestro derecho. Esa es nuestra sociedad. Esa es nuestra cultura. Esa es, por ende, nuestra justicia. No valdrá argüir allí la violación a la seguridad jurídica, pues será de aplicación el sempiterno *Nemo turpitudinem suam allegare potest*. Con todo, deberán recordarse los errores del pasado cuando se anularon contratos en sede administrativa. La recomposición contractual debió hacerse con intervención de los usuarios¹⁷⁸ y contralor judicial.¹⁷⁹ La admisión de la legitimación procesal en defensa de estos derechos de incidencia colectiva se vio en su momento también reconocida en sucesivos amparos iniciados por otras asociaciones en distintos juzgados federales

¹⁷⁶ Resolución M.E. y O. y S.P. n° 329/96, instrumentada p. ej. a través de la resolución S.C. y M. 1212/97, p. 16. Estos mecanismos demuestran que la propia administración comienza a advertir la necesidad de contar con una consulta pública en su propio interés, sin perjuicio de que también lo sea en el interés público, como lo explicamos *infra*, cap. XI “El procedimiento de audiencia pública.”

¹⁷⁷ Tal como lo explicamos en este mismo vol., cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.” Los funcionarios de la Ciudad a cargo de estos procedimientos invocan el fundamento burocrático de que “siempre lo hicieron así,” como si el pobre resultado de sus poquísimos años de malas audiencias públicas pudiera instituirse en fundamento teórico de utilizar un sistema propio de conferencias o asambleas barriales, incluso *Town Meetings*, pero no de una mesa de diálogo como debe ser la audiencia pública.

¹⁷⁸ Ver CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuario en materia de servicios públicos,” en MILJIKER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, 171-5; MERTEHIKIAN, EDUARDO, “Emergencia de los servicios públicos. Problemas actuales desde la perspectiva de los usuarios y prestatarios (Una visión crítica de las normas que declararon la emergencia en materia de servicios públicos),” en ALANIS, SEBASTIÁN (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 153-63, esp. p. 162.

¹⁷⁹ *Torello*, Sala II, *LL*, 2000-B, 275, con nota de GAMBIER, BELTRÁN, “Civismo y amparo.”

con motivo de ulteriores audiencias públicas llamadas con carácter restrictivo, con información confidencial, etc. Por su parte, la legitimación de tales asociaciones para participar en el trámite administrativo de la propia audiencia pública ha sido reconocida con amplitud por la misma administración, lo cual lleva inexorablemente a admitir la misma legitimación en sede judicial para la defensa de tales derechos en dichos procedimientos.

El 31 de enero de 1997, producida la reestructuración tarifaria, los actores iniciaron similares vías y obtuvieron pronunciamientos favorables en primera y segunda instancia. La CSJN en su composición de fines del siglo XX fijó su posición adversa rechazando el amparo *in re Defensor del Pueblo*.¹⁸⁰ Cerró el milenio revocando una cautelar favorable a los usuarios,¹⁸¹ en un juicio ordinario, en que la Corte toma la muy rara medida de rechazar liminarmente la acción ordinaria... en un recurso extraordinario. De este modo, la decisión en *Defensor del Pueblo* (amparo) del 7-V-98, es extendida a la acción ordinaria en *Yustman de Quagliano*.¹⁸² La sociedad civil no tolera bien esa privación sistemática de justicia, como se advertía de los pronunciamientos de juzgados y salas¹⁸³ a fines del siglo XX.

En el siglo XXI, la nueva composición de la CSJN ha dado por tierra con esas interpretaciones restrictivas.¹⁸⁴

11. *Algunas novedades en materia de licencias y renegociaciones*

El siglo XXI presenta a pesar de todo con una leve mejoría, quizás apenas formal, pero mejoría al fin, en que las renegociaciones pactadas por el ejecutivo con las concesionarias o licenciatarias de servicios públicos suelen pasar por un control

¹⁸⁰ D. 218, fallo del 7-V-98.

¹⁸¹ Si bien es cierto que, por principio general, las reglas que regulan la procedencia de la apelación extraordinaria ante la Corte impiden que pueda impugnarse la resolución que concede o rechaza una medida cautelar por esa vía —por una parte por no tratarse de una *sentencia definitiva* y por el otro lado a tenor del inherente carácter provisorio de tales decisorios— no lo es menos que en muchos casos los recursos extraordinarios interpuestos contra tales resoluciones han sido encuadrados en las excepciones a los mentados recaudos. En ciertos casos en virtud de la entidad de los derechos afectados y la perspectiva de que pudiera sufrir el requirente un perjuicio irreparable a través de la sentencia de fondo. El supuesto paradigmático de esta situación resulta ser el de aquellos litigios en los cuales se requiere que el demandado ofrezca cobertura económica de tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas. En otras circunstancias, lo que determina la procedencia del recurso resulta ser la existencia de gravedad institucional. Este último escenario se verifica con frecuencia cuando se trata, como acaeció en el caso en análisis, de la suspensión de actos administrativos. Para un mayor desarrollo de este tema, ver SACRISTAN, ESTELA, “Medidas cautelares y recurso extraordinario (Notas desde el derecho argentino y comparado),” en CASSAGNE, JUAN CARLOS (dir.), *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la Justicia administrativa*, UCA - LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pp. 385-404.

¹⁸² De fecha 19-VIII-98.

¹⁸³ *Infra*, cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva,” § 6.1 a 6.10.

¹⁸⁴ *Defensor del Pueblo de la Nación*, LL, 2005-C, 858, con nota de MARTINOLI, AMALIA, “El Defensor del Pueblo de la Nación suma votos,” LL, 2005-C-791.

legislativo de autorización ficta por el transcurso del tiempo. No es mucho, pero tampoco los tiempos se presentan promisorios.¹⁸⁵

12. *Prospectiva*

Es materia de inquietud ciudadana si las leyes que en su caso reglamenten estos derechos lo harán en forma limitativa, o dejarán margen para un mayor desarrollo. De cualquier manera, aunque las primeras leyes sean restrictivas, con la evolución del pensamiento jurídico nacional y en particular la aplicación del derecho y la jurisdicción *supranacional*¹⁸⁶ será posible ir las superando progresivamente.

En primer lugar, la evolución jurisprudencial podrá ir declarando la inconstitucionalidad de las normas legales que eventualmente restrinjan el acceso a la jurisdicción tal como la Constitución lo estableció y garantizó.

En segundo lugar, el propio progreso político¹⁸⁷ puede ir generando modificaciones legislativas, en la medida que exista creciente consenso social sobre cuál debe ser la extensión del acceso a la tutela jurisdiccional para la defensa de los derechos de incidencia colectiva. De todas maneras, las normas que se van dictando son suficientemente amplias como para no requerir modificaciones normativas, ya que cuando los códigos locales establecen la defensa “del derecho o interés tutelados,” ya no es constitucionalmente equiparable en forma exclusiva a derecho subjetivo.¹⁸⁸ Por imperio de la Constitución federal, naturalmente de obligatorio cumplimiento operativo por las Provincias, el derecho a ser tutelado con acceso irrestricto a la justicia es tanto el derecho subjetivo como el derecho de incidencia colectiva.

Todo esto no es doctrina, es derecho viviente en la jurisprudencia contemporánea, como pasamos a explicarlo y ejemplificarlo a lo largo del capítulo III. Todo

¹⁸⁵ Ver mi nota “Racionalidad, política, economía, derecho,” LL, 28-XII-2005, reproducido en el cap. VII del t. 7; “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2009, pp. 603-17; cap. “Hacia la unidad del orden jurídico mundial” del t. *Hacia el derecho administrativo global*. Si uno mira la historia argentina desde sus albores hasta el presente, tampoco: PÉREZ GILHOU, DARDO, *Presidencialismo, caudillismo y populismo*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2005.

¹⁸⁶ Ver *supra*, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo” del vol. 1 y cap. “La justicia administrativa internacional,” del t. *Hacia el derecho administrativo global ; Introducción al Derecho, op. cit.*, cap. VIII, “La creciente internacionalización del derecho” y su versión inglesa, *An Introduction to Law, op. cit.*, cap. VIII. Ver también *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, *op. cit.*

¹⁸⁷ Que involucra la ausencia de un derecho al servicio del poder de turno: ver *Introducción al Derecho, op. cit.*, cap. VII, “La «certeza» que da el poder” y su versión inglesa, *An Introduction to Law, op. cit.*, cap. VII.

¹⁸⁸ En el caso del código procesal administrativo de la provincia de Buenos Aires, sus normas tutelán al mismo tiempo tanto el derecho como el interés. (Art. 12, inc. 2°; art. 50 inc. 1°.) Ello puede tal vez entenderse como que excluye el interés simple, pero no puede interpretarse excluyendo al derecho de incidencia colectiva ya que con ello se lo haría violatorio de la Constitución nacional, lo cual obviamente no es una interpretación razonable.

ciudadano y con mayor razón todo abogado, debiera leer lo resuelto en los fallos citados y la legitimación y alcances establecidos por las distintas sentencias. Constituyen en la actualidad una suerte de manual de instrucción cívica.

Pues la justicia no se activa por sí misma. Ella depende de las acciones que inicien ciudadanos y organizaciones valerosas, dispuestas a mantener en alto las banderas de la lucha por el derecho, cualquiera sea la intemperie que se avecine.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Nos remitimos a MAIRAL, PEDRO, *El año del Desierto*, Buenos Aires, Interzona, 2005; ELIASCHEV, PEPE, *La intemperie. Argentina entre los brillos y las sombras*, Buenos Aires, FCE, 2005, cuyo título usa MAIRAL como *leit motiv* para su extraordinaria novela de futurología que parece ya mañana...; el dato de sociología urbana, al mismo año de 2005, es también indispensable: MERKLEN, DENIS, *Pobres Ciudadanos. Las clases populares en la era democrática. [Argentina, 1983-2001]*, Buenos Aires, Gorla, 2005, pp. 14, 66-67. Como es notorio, la situación ha empeorado.

