

ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Comentario al fallo “Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires c/ Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos s/ legajo de apelación - recurso de queja por denegación de recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”.

Publicado en Revista Jurídica El Derecho, 05-08.22 (ED-MMMCCCXXXIII-114)

Dra. Miriam M. Ivanega¹

I-El caso

El Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires interpuso pretensión anulatoria contra esa Provincia (Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos) con el objeto de obtener la declaración de nulidad de la resolución 419/17, que había dispuesto la aplicación de nuevos valores de los cuadros tarifarios de EDELAP S.A., EDEN S.A., EDES S.A. y EDEA S.A., en el ámbito local y solicitó, como medida cautelar o pre-cautelar, la suspensión inmediata del acto impugnado frente al peligro en la afectación de los intereses económicos de los usuarios.

Aquella resolución había aprobado el proceso de Revisión Tarifaria Integral llevado a cabo por el Comité de Ejecución del proceso de Revisión Tarifaria Integral (CERTI) conformado por diversos organismos provinciales —las Direcciones de Desarrollo de los Servicios Públicos, de Control y Seguimiento de los Servicios Públicos, el Organismo de Control de Energía (OCEBA) y la Dirección de Energía— de acuerdo con lo previsto en el Artículo 44 de la Ley N° 11.769 (T.O. Decreto N° 1.868/04) y mod.

En primera instancia —ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial La Plata— se hizo lugar a la cautelar solicitada y, por ende, se suspendieron los efectos de la cuestionada resolución, aunque dejando a salvo que ello no implicaba afectación alguna a los usuarios beneficiarios de la denominada "Tarifa Social", ni de los denominados "Electro Dependientes", ni de las entidades de Bien Público (ley 27.218). También se impuso a la demandada la carga de comunicar la medida a las distribuidoras y cooperativas eléctricas, para que procedieran a facturar nuevamente el servicio que prestaban.

Sin embargo, esta decisión fue dejada sin efecto por la Cámara de Apelaciones departamental del fuero que, esencialmente, entendió que la invocación de un vasto y heterogéneo universo de usuarios del servicio eléctrico no era suficiente ni brindaba motivo razonable para justificar la suspensión del cuadro tarifario, objeto que eventualmente podía ser solicitado en el marco de la defensa individual del interés de cada usuario que se sintiera

¹ Doctora en derecho y ciencias sociales. Magister el derecho administrativo. Directora Ejecutiva de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Profesora de universidades públicas y privadas. Autora de artículos y libros de derecho público. Correo electrónico: mimaiv@hotmail.com.

afectado por la medida. Es decir, que la Cámara denegó la legitimación del Defensor del Pueblo para accionar colectivamente.

Los apoderados de la Defensoría del Pueblo de la Provincia dedujeron recurso de inaplicabilidad de ley contra dicha decisión que, denegado, motivó la queja, ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA).

II- La sentencia de la SCBA

Los jueces que constituyeron la mayoría de ese Tribunal provincial, en la sentencia del 11 de julio de 2018, denegaron el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido, y desestimaron la queja de la Defensoría, al reiterar su doctrina vinculada a que las decisiones relativas a medidas cautelares no revestían carácter definitivo de acuerdo al art. 278 del Código Procesal Civil y Comercial. Interpretaron que como el tribunal de alzada había considerado que no se encontraba determinado un aspecto homogéneo del grupo de individuos que se pretendía abarcar (desde la perspectiva de afectación patrimonial invocada por el Defensor, dada la diversidad de categorías o clases de usuarios y de tarifas contempladas) no se presentaban motivos de excepción que justificara apartarse de aquel criterio.

En minoría, los jueces doctores Negri y Soria discreparon con ese criterio. El primero interpretó que la decisión atacada debía considerarse equiparable a tal, pues lo decidido “tanto en relación a la razonabilidad en la Resolución ministerial cuestionada, ponderada para predicar la ausencia de verosimilitud en el derecho esgrimido para lograr el otorgamiento de la cautelar, como respecto de la legitimación que el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires tiene constitucional y legalmente asignada” podía cercenar en forma irremediable el reconocimiento o restablecimiento de los derechos que procura en sede judicial.

El juez Soria coincidiendo con ese enfoque consideró que:

- a) La sentencia atacada en cuanto concluía en la inexistencia de un caso colectivo y, por ende, en la falta de legitimación procesal del Defensor del Pueblo de la Provincia para promover la pretensión incoada en autos, cercenaba de modo irremediable el reconocimiento o restablecimiento de los derechos de incidencia colectiva en genera, cuya tutela aquel órgano procuraba.
- b) Si bien las providencias cautelares no tenían carácter definitivo, cuando generaban un perjuicio que no era susceptible de reparación ulterior debían ser equiparadas a definitivas, en los términos del art. 278 del Código Procesal Civil y Comercial.
- c) La decisión de la Cámara de Apelaciones llevaba consigo la segura privación al Defensor del Pueblo de toda aptitud procesal para continuar el trámite de su pretensión colectiva principal, situación que obstaculizaba la sustentabilidad de su

reclamo, posición que sobre la base de las normas constitucionales y legales revestía trascendencia institucional.

- d) Aducir que no había razones para procurar una tutela cautelar colectiva, ni ente apto para solicitarla en favor de usuarios cuyos derechos se consideraban vulnerados, equivalía “a sellar la suerte adversa del litigio colectivo en su integralidad, de principio a fin; incluida, claro está, la pretensión impugnativa allí promovida”.

III-La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)

La CSJN, en la sentencia del 17 de mayo de 2022, compartió los fundamentos y conclusiones del dictamen de la Procuradora Fiscal y por lo tanto hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto y dejó sin efecto la decisión apelada.

Del dictamen surge que:

- a) Si bien las cuestiones referidas a la admisibilidad de recursos locales no son, en principio, revisables en la instancia extraordinaria dado que por su índole no exceden el marco de las facultades propias de los jueces de la causa (máxime cuando se trata de pronunciamientos de superiores tribunales provinciales, en que la aplicación de la doctrina de arbitrariedad es particularmente restringida), se admiten excepciones, como en el caso, si la sentencia impugnada conduce “sin fundamentación adecuada a una restricción sustancial de la vía utilizada por irremediablemente el derecho de defensa en juicio”.
- b) Por lo tanto, la resolución impugnada podía equipararse a definitiva, pues impedía que el proceso continuara hasta el dictado del fallo final y definitivo de la causa.
- c) En el voto mayoritario, la SCBA había omitido considerar de manera razonada que la decisión cuestionada impedía la continuación del proceso, desestimando la vía recursiva con invocación “de una fórmula dogmática, adunando meras citas de pronunciamientos de ese tribunal”, pero sin demostrar mínimamente que se hubiera examinado la legitimación del Defensor del Pueblo de la Provincia para representar intereses colectivos fueran o no homogéneos.
- d) En línea con esos argumentos, en opinión de la Procuradora Fiscal la sentencia carecía de sustento suficiente para ser considerada como un acto jurisdiccional válido y merecía ser descalificada “en los términos de la doctrina de la arbitrariedad”.
- e) Este supuesto se encontraba configurado por la posición asumida por parte del tribunal provincial que había invocado limitaciones de derecho procesal local para rehusar el conocimiento del planteo de fondo de la cautelar. Es decir, que al resolver que no había cabida en la causa para procurar una tutela cautelar colectiva “se objetó la legitimación del órgano para solicitarla en favor del conjunto de usuarios cuyos derechos estimaba vulnerados”.

- f) En síntesis, encontró fundada la tacha de arbitrariedad alegada por el Defensor del Pueblo, advirtiendo que ello no implicaba opinar o abrir juicio sobre la legitimación de aquel ni sobre el fondo del asunto.

IV-Comentarios: la legitimación del Defensor del Pueblo

El alcance de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo vuelve a ser objeto de interpretación judicial, si bien con un abordaje acotado a partir de las causas y los efectos del rechazo del Tribunal provincial de una medida cautelar interpuesta por aquél en representación de intereses colectivos.

Sin embargo, esta limitación no obsta a que resulten relevantes tanto los votos de la disidencia como el dictamen de la Procuradora Fiscal, de cuyos fundamentos se desprende la interpretación sesgada de los hechos y el derecho en la que había incurrido la SCBA, lo que constituía una valla infranqueable para la defensa de los derechos en juego.

En este punto, recuérdese que la legitimación procesal —entendida como la aptitud para ser parte en un proceso (como acto o demandado)— constituye la llave de acceso al proceso para la defensa de derechos; de ahí que su tratamiento obliga a reflexionar acerca de la noción de causa o caso judicial, de partes adversas, la relación con la pretensión (objeto del juicio), las directivas constitucionales y legales, los tipos de legitimación (activa y pasiva) la caracterización de los derechos de incidencia colectiva, entre otros².

En tal sentido, la CSJN en reiteradas ocasiones —luego de insistir en que la legitimación era un presupuesto necesario para la existencia de un caso o controversia en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional y del artículo 2° de la ley 27— señaló que debía comprobarse de oficio la concurrencia de los elementos constitutivos del caso judicial, dado que su ausencia o desaparición importaba la de juzgar y que no podía ser suplida “por la conformidad de las partes o su consentimiento por la sentencia”. En consecuencia, si un tribunal nacional intervenía en asuntos donde el peticionante carecía de legitimación, se transgredía el severo límite que tiene el Poder Judicial conforme a la Constitución Nacional “y que es propio del esquema de división de poderes”³.

En los casos de legitimación anómala o extraordinaria, el dato caracterizador es que resultan habilitadas para intervenir en el proceso, como partes legítimas, personas ajenas a la relación jurídica sustancial en el que aquel se controvierte; existe una disociación entre los sujetos legitimados para demandar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial. Con esa visión el Defensor del Pueblo se presenta como un legitimado anómalo o extraordinario⁴.

² Pérez Cortés, María Jeanneret, “La Legitimación”, Cassagne, Juan Carlos (dir) *Tratado de derecho procesal administrativo*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2007, tomo I, p. 542.

³ CSJN Fallos 344:575 y sus citas.

⁴ CSJN Fallos 330:2800. García Pullés ha sostenido que la legitimación otorgada al Defensor del Pueblo de la Nación y a las asociaciones es de naturaleza procesal, lo que obligan a que acrediten la existencia de eventuales afectados por los actos que cuestionan, a los que dicen representar”. García Pulles, Fernando, “Los alcances subjetivos y objetivos de la sentencia anulatoria de un acto de alcance general a la luz de los nuevos derechos y garantías de la Constitución Nacional”, *RAP* N°272, mayo 2021, p. 25.

Pero como señala Gelli la legitimación que le es reconocida en el artículo 43 de la Constitución Nacional no lo dispensa de “presentar un agravio concreto a los derechos de incidencia colectiva, planteado en una causa con partes adversas”⁵.

Lo cierto es que el sinuoso camino hacia el reconocimiento de la legitimación procesal de este funcionario la CSJN se ha mostrado, en algunas ocasiones, reticente en tal sentido⁶, mientras que en otras lo aceptó⁷.

Así por ejemplo, ha sido criterio uniforme que el Defensor del Pueblo carece de legitimación para reclamar la defensa del derecho de sujetos que tienen “un problema común”, pues en esos supuestos no se presenta la afectación a un derecho de incidencia colectiva sino una multiplicidad de derechos subjetivos lesionados. Es que la ampliación del universo de los sujetos legitimados para accionar según la reforma constitucional de 1994 —entre los que se encuentra el Defensor del Pueblo de la Nación— no se otorgó para la defensa de todo derecho, sino como medio para proteger derechos de incidencia colectiva⁸.

Sobre el particular, en el caso “Halabi”⁹ —en el que se caracterizaron los requisitos de procedencia de las acciones de clase¹⁰— se delimitaron las tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos; manteniéndose la interpretación de que al Defensor del Pueblo le correspondían las peticiones cuyo objeto fuera la tutela de un bien colectivo; es decir, perteneciente a toda la comunidad, indivisibles y sin admitir exclusiones. De esta forma, se le concedía una legitimación extraordinaria, sin que pudiera admitirse un derecho de apropiación individual sobre el bien, ya que no se hallaban en juego derechos subjetivos. Consecuentemente, la pretensión debía estar focalizada en la incidencia colectiva del derecho.

Tiempo después también se le reconoció, en forma implícita, la legitimación en la representación colectiva de todos los usuarios contra la colocación de medidores de consumo de agua en los consorcios de propietarios¹¹.

⁵ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 5ta edición, ampliada y actualizada, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, tomo II, pp. 380-387.

⁶ CSJN Fallos 319:1828; 320:2605; 321:1352.

⁷ CSJN Falos 320: 2851; 321:1187; 323. 2519.

⁸ CSJN Fallos 330:2800. Véase: CSJN, Fallos 326:2777 (2003) con nota de Estela B. Sacristán “Una interpretación consolidada: la legitimación procesal del art. 86 de la Constitución Nacional”, *ReDA* 47, enero-marzo 2004, pp. 109 -115. Luqui advirtió que las normas constitucionales tenían tal imprecisión que el Defensor del Pueblo estaría legitimado para cuestionar todo lo que hiciera el Estado; circunstancia que obligaba a los tribunales de justicia a delimitar su legitimación. Luqui, Roberto E. “El amparo y el proceso administrativo”, Cassagne, Juan Carlos (dir) *Derecho Procesal Administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, tomo 2, p. 1493-1530

⁹ CSJN Fallos 332:111 (2009). Gelli, María Angélica, *Constitución...*, p. 385.

¹⁰ Un trabajo de Alberto Bianchi del año 1998 ya indicaba la necesidad de articular un sistema eficaz para los casos de legitimación colectiva. “Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de legitimación colectiva a gran escala (En busca de un mecanismo que asegure economía judicial, eficacia y certeza en las decisiones)”, *RAP*, núm. 335, Buenos Aires 1998, pp. 14-15.

¹¹ CSJN Fallos 332:1759 (2009). Traemos a colación este fallo, porque el voto en minoría declaró mal concedido el recurso extraordinario interpuesto por el Defensor del Pueblo, por no dirigirse contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (artículo 14 de la ley 48), ello porque las resoluciones recaídas en los

Respecto a la admisión formal de una acción colectiva, en varios precedentes se incluyó la necesidad de verificar la configuración de recaudos elementales para su viabilidad, como la precisa identificación del grupo afectado, la idoneidad de quien pretende asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre (más allá de los aspectos individuales) cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el grupo. También se entendió relevante que, en cada caso, se instrumentara un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas las personas que podían tener un interés en el resultado del litigio; ello, para asegurarles la alternativa de optar por quedar fuera del pleito o para comparecer como parte o contraparte. Es indudable que deben aplicarse adecuadas medidas de publicidad con el fin de evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto y por ende prevenir el dictado de sentencias diferentes o contradictorias sobre idénticos puntos¹².

De igual modo, se sostuvo que la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta o acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada, requisito que también aparece como un recaudo esencial para que los tribunales puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción: “solo a partir de un certero conocimiento del colectivo involucrado (y de sus eventuales subcategorías) el juez podrá evaluar si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encuentra comprometido de no admitirse la acción colectiva”¹³.

Específicamente, respecto al proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia se ha postulado la especial importancia que tiene en el reclamo relacionado a las tarifas de gas y a los usuarios residenciales, por el costo que significaría demandar individualmente dado que superaría claramente el beneficio que cada de dichos usuarios podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva¹⁴.

En fecha más reciente, en la ya citada causa “Grindetti”¹⁵ el Alto Tribunal sostuvo que el artículo 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional solo reconocía legitimación anómala o extraordinaria para intervenir en el proceso en defensa de derechos de

procedimientos de ejecución de sentencia (como era el caso) no configuran la sentencia definitiva requerida por el artículo 14 de la ley 48. El conflicto en esa etapa se suscitaba por los efectos *erga omnes* de la sentencia que había dictado el Alto Tribunal, teniendo en cuenta que la demanda había sido articulada por el Defensor y una usuaria. En cambio, la mayoría de la Corte siguió el dictamen de la Procuradora Fiscal, donde evaluó que en el caso no se había debatido la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación, por lo tanto admitida implícitamente “supone la existencia de una especial vinculación con la cuestión debatida y que las consecuencias de lo resuelto, pese a que se trata de un sujeto diferente de los afectados, producirá de todos modos efectos jurídicos, pues al haber tenido éxito su pretensión, reportará alguna utilidad o beneficio a quienes representa o, desde otra perspectiva, evitará un perjuicio o un menoscabo en sus derechos”.

¹² CSJN Fallos: 338:1492; 343:1259; 344:575.

¹³ CSJN Fallos: 338:40; 339:1077; 339:1223. Acerca de los procesos colectivos ver De la Riva, Ignacio, “Procesos colectivos” en *Cuestiones del contencioso administrativo*, núm. A 399, Lexis Nexis, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pp. 141-164.

¹⁴ CSJN Fallos 339:1077.

¹⁵ CSJN Fallos: 344:575.

incidencia colectiva al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendieran a los fines indicados en la norma. Por lo tanto las autoridades locales — provinciales o municipales— no estaban habilitadas para interponer acciones judiciales en defensa de derechos de esta naturaleza. Consecuentemente, se desconoció legitimación al intendente para promover una acción de amparo contra la empresa distribuidora de energía y el Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica con el objeto de que se ordenara una medida cautelar para garantizar la continuidad del servicio que presta la empresa. En ese entendimiento, no se advirtió que existiera una clase homogénea que agrupara al municipio y a los usuarios residenciales del partido, circunstancia que impedía reconocer la legitimación colectiva invocada por aquel funcionario aun cuando el municipio pudiera ser considerado un sujeto afectado en los términos del artículo 43 citado¹⁶.

A modo de reflexión

Coincidimos con la opinión de la Procuradora Fiscal, principalmente porque la decisión del Tribunal provincial no se compadece con la tutela judicial efectiva, principio que, en términos de Cassagne, se dirige a eliminar las trabas que obstan al acceso al proceso, a impedir que, por formalismos procesales (como en el caso) “queden ámbitos de la actividad inmunes al control judicial” y a asegurar el pleno ejercicio de la jurisdicción¹⁷.

Excede a estos párrafos analizar si se estaba frente a un supuesto de derecho de incidencia colectiva, o si —como sostuvo la Cámara de Apelaciones provincial— la suspensión del cuadro tarifario podía enmarcarse en la defensa individual del interés de cada usuario afectado por la resolución impugnada¹⁸, advirtiéndose que la resolución cuestionada databa del año 2017 y que había aprobado nuevos valores tarifarios por cinco años. Este dato temporal no es menor frente a políticas públicas posteriores que, en los últimos años, incidieron directamente en la fijación de tarifas de los servicios públicos.

Pero apartándonos del resultado que podría haber tenido el caso, llegados a este punto creemos que es importante no olvidar que este tipo de causas judiciales también deben ser evaluadas desde la importancia institucional que tienen los defensores del pueblo en la tutela de los derechos de la sociedad.

¹⁶ El juez Rosatti en disidencia expresó que el intendente, como titular del departamento ejecutivo municipal, al invocar su calidad de afectado tiene legitimación para promover una acción de amparo contra la empresa de distribución de energía eléctrica y el Ente Regulador de la Energía Eléctrica, con el fin de que se garantice la continuidad del servicio. Ello porque “su atribución no puede quedar limitada a la habilitación para presentarse ante los tribunales provinciales, en tanto implicaría vedar al municipio la posibilidad de hacer valer sus intereses, por medio del Intendente, ante conflictos con el Gobierno Federal —o entidades que actúen en su nombre en la órbita federal—, que son dirimidas ante tribunales del mismo carácter”.

¹⁷ Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, pp. 95-96.

¹⁸ Aunque, sin dejar de aceptar la complejidad que implica determinar un colectivo de usuarios afectados, *prima facie* nos inclinamos por la posición del Defensor del Pueblo en el sentido de que estaríamos ante un derecho de incidencia colectivo.

En esa línea, a pesar de las particularidades que reviste la actuación de esta figura en la Unión Europea, cabe traer a colación una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se vinculan las competencias del *ombudsman* europeo con la “buena administración”¹⁹. En esa oportunidad, se interpretó que aquel se encontraba en condiciones de ofrecer una visión de conjunto de los problemas que afectaban a diversos derechos y distintos servicios públicos, apartándose así de la compartimentación burocrático-administrativa que impedía, en ocasiones, afrontarlos de forma conjunta. De acuerdo a ello, podían supervisar el cumplimiento del mandato legal de ponderación debida, dentro de la obligación de buena administración, garantizando de esta forma los derechos ciudadanos. Y también podían, con carácter preventivo u orientativo, impulsar la generación de documentos de principios, guiando la toma de decisiones a difundir entre las Administraciones públicas, en las que de forma sencilla y clara ayudaran al decisor a respetar sus obligaciones de buena administración²⁰.

Tal perspectiva, además de poder ser extendida a nuestro país, adiciona un valioso argumento a la exhortación que realizara la CSJN para que se cumpla con la cobertura de la vacante del Defensor del Pueblo de la Nación, pues la omisión en la que incurre el Congreso de la Nación “repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios”²¹.

¹⁹ Decisión del TJUE del 29 de abril de 2015, T217/11, “Claire Staelen contra el Defensor del Pueblo de la Unión Europea”.

²⁰ Ponce Solé, Juli , “La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida”, en *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos Nro. 15*, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, España, 2019, pp. 278-284. Señala el autor que algunos *ombudsmen* de ciertos países han seguido ese camino, como el caso del *Commonwealth and Immigration Ombudsman* australiano, con sus 10 principios para la buena administración y las directrices para el ejercicio de la discrecionalidad en la toma de decisiones administrativas del Ombudsman del *Western Australia Ombudsman* o de la guía para una buena toma de decisiones del Ombudsman de Nueva Zelanda.

²¹ CSJN Fallos 339:1077. También Fallos 339:1562.