

XXXI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

COMISIÓN 2: Reforma a las estructuras procesales

Tema: Proceso de amparo colectivo y su proyección en los procesos en materia contencioso-administrativa

Subtema: Los conflictos colectivos en el proceso contencioso administrativo mendocino.

Autores: MOLINA, Marcela S. (marcsmolina@yahoo.com.ar)
RISSO PATRON Miguel A. (miguelrissopatron@gmail.com)

Dirección postal: Av. Pedro Molina N°351- 3° Piso Of. 3 de la Ciudad de Mendoza – Provincia de Mendoza.

Teléfono: 261 592 8661

Síntesis de la propuesta:

Con el presente trabajo nos proponemos exponer una breve síntesis sobre las últimas doctrinas y discusión acerca de las herramientas procesales más adecuadas para la resolución de los conflictos colectivos, en especial aquellos que involucran intereses públicos y sus particularidades de la estructura procesal en materia contencioso-administrativa. Finalmente reflexionamos sobre algunos interrogantes que se plantean en torno a los “procesos colectivos” y proceso contencioso-administrativo y materia procesal administrativa, habilitación de instancia y legitimación, en los cuales hay un vacío legal en el ordenamiento jurídico de la Provincia de Mendoza.

Proceso de amparo colectivo y su proyección en los procesos en materia contencioso-administrativa.

A partir de la reforma constitucional del 1994 en su art.43 se ha perfilado al proceso de amparo como el sistema procesal más adecuado para encauzar todas las pretensiones de derechos colectivos que se sustentaron en una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta contrarias a los derechos y garantías constitucionales.

Ahora bien, cabe reflexionar junto a la doctrina ¿El trámite sumarísimo del amparo resulta el más adecuado para la defensa de estos intereses difusos

cuando la arbitrariedad o ilegalidad no se encuentran manifiestas? ¿Deberíamos dar a todos los conflictos colectivos el mismo cauce procesal sólo por la manda constitucional o permitir una mayor amplitud del conocimiento en estos procesos? ¿Dichos conflictos deben tramitar por el amparo colectivo constitucional o una estructura autónoma? Esta estructura procesal autónoma: ¿Debería ser transversal a todas las disciplinas del derecho o cada materia de acuerdo a su especialidad puede regular una estructura distinta? Estas interpelaciones a su vez abren otro abanico de preguntas que tornan imposible agotar sus respuestas en un trabajo, con pretensiones bastante más austeras y exhibir algunas particularidades del instrumento procesal que puede presentar en materia contencioso-administrativa.

Desde hace algunos años se discute en jurisprudencia¹ y doctrina² la conveniencia para la defensa de los intereses colectivos de la utilización de la estructura sumarísima que brinda el proceso de amparo o la necesidad de crear nuevas estructuras procesales autónomas que permitan una mayor amplitud del conocimiento y resguardo de los derechos colectivos en juego.

En respuesta a estos interrogantes, algunos autores han propuesto una Ley General para los Procesos Colectivos que sirva de marco normativo nacional para el diseño de una estructura integradora de toda esta clase de conflictos colectivos. Y para ello ponen el acento en los caracteres y fundamentos del procedimiento, dónde dichos caracteres estarán principalmente basados en la representatividad (legitimación colectiva anómala) del o los grupos y la complejidad cuantitativa subjetiva de las partes, como así también en la competencia por la posible extensión territorial que puede alcanzar el conflicto. Por otro lado, también se proyecta el referido diseño legislativo en los fundamentos del proceso colectivo como la eficacia y economía procesal, el acceso a la justicia, la prevención y desaliento a las conductas ilícitas, las soluciones igualitarias a conflictos repetitivos. Todo ello regulado en un marco lo suficientemente flexible como para que conforme a la disciplina jurídica que involucre y las características del caso, los órganos judiciales puedan disponer de suficiente poder y capacidad de adaptación de los institutos al mejor estilo funcional del case management.³

¹ CSJN, 08/07/08 “MENDOZA, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ d y p (daños derivados de la contaminación del Río Matanza Riachuelo) (Fallos: 331:1622) CSJN, 24/02/09 “HALABI, Ernesto c/PEN-Ley 25.873. dto.1563/04- s/Amparo Ley 16.986 H.270.XLII.

² Rojas Jorge, “Amparo y Proceso colectivo” Rev Derecho Procesal: Procesos Colectivos - Año 2011, pag.101.

³ GIANINI Leandro J, PEREZ HAZAÑA, Alejandro, KALAFATICH, Caren; RUSCONI, Dante; SALGADO José María, SUCUNZA; Matías A., TAU, Matías R. UCIN, Carlota y VERBIC, Francisco “Bases para la discusión de ley que regule los procesos colectivos”; Los Procesos Colectivos y Acciones de Clase en el Derecho Público Argentino” – Ed. Rubinzal-Culzoni, 2017, pag.89.

Otros autores, al cual adherimos, antes de proponer un esquema o tipo de procedimiento general que aglutine a toda clase de intereses colectivos han optado por sistematizar primero a los posibles conflictos masivos, en aquellos de interés público y aquellos de tipo resarcitorio, para proponer una estructura procesal diferenciada a cada categoría de litigios teniendo en cuenta elementos tales como: a) El tipo de incidencia colectiva que se tutela; b) Las relaciones sustantivas que habrán de llevarse al pleito y parangonarse con la trama subjetiva de la litis; c) La naturaleza de la representación colectiva; d) El objeto prevalente de la pretensión; e) Los fundamentos del tratamiento colectivo de los reclamos; y f) El impacto social esperado a partir de cada forma de litigio.⁴

Dentro de este complejo contexto doctrinal para la selección de la estructura procesal más adecuada para la resolución de los conflictos colectivos, pretendemos enfocar nuestro humilde análisis a la herramienta procesal que mejor se adapte a las particularidades del Derecho Público en materia contencioso administrativa. Y en tal sentido nos enfocamos a los intereses derivados de la actividad que despliega la Administración Pública en satisfacción de los intereses públicos y que puedan generar intereses individuales difusos en los integrantes de la comunidad.

Vale decir entonces, nuestro enfoque está dirigido a aquellos litigios categorizados como de “interés público” y que tratan sobre derechos de tipo colectivo o difuso de tercera generación (DESC). Ellos, tal como su autora lo expresa,⁵ persiguen tutelar bienes públicos de pertenecía difusa, entre los cuales podemos encontrar la protección de bienes indivisibles, como el medio ambiente o el patrimonio cultural; además de los derechos reconocidos a los individuos como miembros de un grupo con intereses afines (mujeres, niños, adultos mayores, etc), en resumen a los litigios orientados hacia la reforma estructural y puesta en vigencia de derechos sociales colectivos. Dejando fuera de este análisis las cuestiones en materia de consumo que tanto a nivel nacional como provinciales contemplan sus propias regulaciones especiales.

Por último, justifica la elección del acotado enfoque del presente trabajo, el principio de competencia y especialidad del Derecho Administrativo que conllevan la garantía y eficacia de los derechos individuales frente a la protección y cumplimiento de las finalidades públicas o de bien común que persigue la Administración y que requieren para su revisión de órganos jurisdiccionales especializados en la materia contencioso administrativa. Y todo ello, bajo el paraguas constitucional de garantías procesales como juez

⁴ UCÍN, María Carlota “Las formas del litigio colectivo y su reflejo en la estructura procesal”; Libro de ponencias generales y seleccionadas XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal – San Juan Argentina (2019) pag.241.

⁵ UCÍN, María Carlota, ob cit. p.242 ref. (4)

“natural”, debido proceso legal, juzgamiento en contradictorio, sentencia debidamente fundada dictada en tiempo razonable, vale decir el derecho a “un recurso sencillo y rápido”, consagrado por el artículo 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

De esta manera, nos avocamos a tratar un aspecto considerado diferencial respecto de los demás procesos colectivos -sin que ello implique su agotamiento- como es la naturaleza del proceso y el objeto a tutelar y en especial en la Provincia de Mendoza. Todo ello, sin perjuicio que esta estructura procesal colectiva comparta idénticos problemas de competencia en relación a la extensión interjurisdiccional de los conflictos, los presupuestos de admisibilidad, la legitimación y representatividad adecuada, la litispendencia y relación entre las acciones colectivas e individuales; las notificaciones y publicidad del proceso; la modalidad de conformación del grupo y derecho individual de exclusión del proceso colectivo; las medidas cautelares; prueba, cosa juzgada colectiva; liquidación, ejecución e implementación de la sentencia colectiva.

Naturaleza jurídica y objeto del proceso colectivo en materia contencioso administrativa.

Como antes expusiéramos la herramienta procesal de carácter colectivo ha venido siendo considerada como una “acción o garantía constitucional” (art.43 C.N.) desarrollada dentro del trámite sumarísimo del tradicional proceso de amparo, al cual se le fueron adicionado tantas modificaciones que en ocasiones terminaron perturbando la finalidad para lo cual fue concebida - última garantía expedita y protectoria de los derechos constitucionales – para transformarse en un procedimiento de trámite alongado y demasiado sofisticado. Esto ha llevado a considerar su figura procedimental como un subtipo de amparo⁶ o bien dentro de una estructura procesal nueva que contemple una tutela diferenciada que no necesariamente deba transitar por la sumariedad del conocimiento del juez o limitación de medios probatorios y la urgencia de trámite.

Por otro lado, el carácter instrumental del Derecho Procesal hace que éste busque adaptarse a los derechos sustanciales en juego y no al revés. En consecuencia, el uso de una nueva herramienta procesal adecuada a los casos concretos, no discrepa con la manda constitucional, si en forma racional y justificada, se adapta a la especialidad propia de la disciplina del Derecho Público, además de compartir los caracteres y fundamentos procedimentales genéricos arriba descriptos

⁶ SAGÜES, Nestor Pedro y SERRA, María Mercedes, Derecho procesal Constitucional de la provincia de San Fe, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p.288

En materia contencioso administrativa, proponemos legislar tal como lo vienen haciendo algunas provincias argentinas, que este especial remedio procesal debería proceder contra cualquier decisión, acto u omisión de una autoridad administrativa provincial o municipal o de entidades o personas privadas en ejercicio de funciones públicas que violando disposiciones del orden administrativo local, lesionaren intereses simples o difusos de sus habitantes y con ello que persigan la modificación de ciertas conductas o reformas estructurales sobre derechos sociales o económicos, con el fin de adecuarlas a los valores constitucionales.⁷

Una legitimación activa amplísima (legitimación anómala) pudiendo acceder a esta tutela diferencial tanto la persona física como jurídica afectadas, incluyendo las asociaciones específicamente constituidas con la finalidad del interés respectivo, con intervención del representante del Ministerio Público, Fiscalía de Estado y Amicus Curiae.

La competencia como arriba anticipásemos creemos necesaria la competencia de jueces especializados o con competencia en materia contencioso-administrativa del lugar dónde se ha producido o debido producir sus efectos el procedimiento de la autoridad pública, o el lugar de asiento de ésta a elección de recurrente. Es saludable recordar, que la doctrina se ha encargado de señalar el delicado equilibrio en función democrática y dirimente que deben ejercer estos jueces ante conflictos que involucren los litigios públicos, dónde muchas veces deben realizar el control político procurando con ello no invadir esferas de otros poderes constitucionales.⁸

Con relación al trámite o esquema estructural del proceso colectivo⁹ consideramos el más adecuado dividido en las siguientes etapas: 1) Estructura preliminar: Destinado a la determinación de la existencia de la cuestión colectiva y tipo de la misma, lo que lleva a la obtención de la legitimación y de la representación adecuada. Inmediatamente cabe establecer el tipo de proceso. 2) Estructura intermedia: Comprensiva de la fijación de los sujetos activos y pasivos, la notificación a los interesados, el registro. Y dentro de esta etapa procedimental un segundo momento que hace al análisis de la litispendencia y la producción de prueba. 3) Estructura final: Comprensiva de la sentencia, la cosa juzgada y las distintas variantes y

⁷ Ley 10.000 "Recurso contencioso administrativo sumario" de la Provincia de Santa Fe, sancionada el 27/11/86; mod, 10.915 (1992) y ley 12.015 8 (2001).

⁸ BERIZONCE, Roberto Omar "Los Conflictos de Interés Públicos" Rev. Derecho Procesal – Procesos Colectivos, Año 2011, Ed. Rubinzal –Culzoni, pag.69.

⁹ Compartimos el esquema planteado para el "PROCESO COLECTIVO EN EL PROYECTO DEL INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES", FALCON, Enrique, Rev. Derecho Procesal – Procesos Colectivos –Año 2014, pag.625.

alcance que se presentan conforme el tipo de proceso colectivo de que se trate y de la ejecución de la sentencia. 4) Cuestiones especiales: Comprensivo de la posibilidad de requerir el auxilio de la jurisdicción previo al proceso por vía de medidas preliminares y prueba anticipada, por la anticipación de la tutela, por medias cautelares, por la intervención judicial; por la ampliación, restricción o partición de las medidas. 5) Competencia de Tribunales Especializados y el tratamiento de cuestiones que exceden límites de competencia territorial en las jurisdicciones. 6) Sistema de Unidad de vista. El sistema no puede funcionar adecuadamente bajo el sistema preclusivo y por ello resulta conveniente adoptar el sistema de unidad de vista el que permite la amplitud necesaria para poder atender adecuadamente las cuestiones que se ventilan.

Los conflictos colectivos en el proceso contencioso administrativo mendocino.

En el año 2017 hubo numerosas reformas legislativas en la Provincia de Mendoza. Se sancionó el nuevo el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario (Ley N°9.001); también, se aprobó una nueva Ley de Procedimiento Administrativo (Ley N°9003 que derogó la antigua Ley N°3909). Sin embargo, quedó pendiente la modificación de la Ley N°3.918 (Código Procesal Administrativo).

Los procesos colectivos no han sido regulados hasta la fecha en la Provincia de Mendoza ni en el Código Procesal Administrativo (no modificado hasta la fecha) ni por el Código Procesal Civil y Comercial (aplicable subsidiariamente al proceso contencioso administrativo por remisión del art.76 de la Ley N°3.918). Por su parte, la nueva Ley N°9.003 no reglamentó el procedimiento administrativo previo, en los que se reclaman derechos de incidencia colectiva, aunque en su artículo 117 prevé la posibilidad de reclamos que versen sobre derechos colectivos e individuales homogéneos.

Fuentes del proceso contencioso administrativo de la Provincia de Mendoza

En el derecho público mendocino, el procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo tienen base constitucional. En efecto, la Constitución de la Provincia -sancionada en 1916- prevé reglas básicas en los artículos 128 inc.20 y 144 inc.5, en cuanto a la exigencia del agotamiento de la vía administrativa y la competencia de la Corte de Justicia mendocina.

El art.128 inc.20 en cuanto prevé que el Poder Ejecutivo en su calidad de jefe de la Administración Pública local: “Conoce y resuelve en los asuntos contencioso-administrativos...” Por su parte, el art. 144 inc.5 prevé que la Suprema Corte “...decide las causas contencioso-administrativas en única instancia, previa denegación expresa o tácita de la autoridad administrativa

competente al reconocimiento de los derechos gestionados por parte interesada. Se entenderá que hay denegación tácita por la autoridad administrativa, cuando no se resolviera definitivamente, dentro de los 60 días de estar el expediente en estado de sentencia...”

Así el procedimiento administrativo se encuentra regulado por la Ley N°9.003 y el proceso contencioso-administrativo por la Ley N°3.918, respetando esas bases constitucionales.

Existen antecedentes jurisprudenciales de la Corte mendocina sobre procesos contenciosos administrativos donde se han invocado derechos de incidencia colectiva, pero no hubo planteos sobre la legitimación ni se invocó una legitimación anómala y ni siquiera se invocó la existencia de un proceso de clase, aun cuando el Máximo Tribunal calificó los derechos conculcados como derechos de incidencia colectiva.

Lo cierto es que este vacío normativo, plantea una serie de interrogantes y cuestiones que pasamos a analizar.

El artículo 117 de la Ley N°9.003 LPA de la Provincia de Mendoza

El capítulo II titulado: “Interesados, representantes y terceros” dice en su art.117: “El trámite administrativo podrá iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona humana o jurídica, pública o privada, que invoque un interés jurídico en petitionar la actuación de la administración (...) Tienen legitimación en el procedimiento administrativo las personas humanas o jurídicas, públicas o privadas, representantes de patrimonios de afectación o de cualquier otro sujeto o “entidad que invoquen un interés jurídicamente protegido, pretendan la defensa de bienes colectivos o comunes o de intereses individuales homogéneos de incidencia colectiva”.

La Comisión redactora tuvo presente estos derechos de la tercera generación. Así lo expuso en la fundamentación del proyecto de ley y en la nota de elevación al Poder Ejecutivo Provincial. En esa nota dijo: “Es propósito de esta Comisión que esta saludable tendencia constitucional a ensanchar el ámbito de la actividad pública sujeta a control judicial, quede receptada en las normas que regulan el proceso y el procedimiento administrativo, evitando así cualquier duda que pudiera subsistir al respecto, y previendo la posibilidad de cuestionar la actuación antijurídica de la Administración ...”

Sin embargo, la Ley mencionada no previó normas específicas para la tramitación del procedimiento administrativo en los que se reclaman derechos de incidencia colectiva. Más adelante, veremos que tampoco, la Ley N°3.918 prevé normas especiales para los procesos contencioso

administrativo posterior, en el que se invoca la vulneración de derechos de incidencia colectiva.

Por tanto, deben aplicarse las normas generales sobre notificación de posibles interesados en el procedimiento administrativo (art.118) y unificación de la representación (art.123).

Consideramos que esos artículos de la Ley N°9.003 son insuficientes para dar solución jurídica a las diversas cuestiones que se plantean en torno procedimientos administrativos que versan sobre los derechos de incidencia colectiva. Veamos porqué.

El art.118 establece que: “Cuando de la presentación del interesado o de los antecedentes agregados al expediente surgiera que alguna persona o entidad tiene interés individual y directo en la gestión, se le notificará de la existencia del expediente, al solo efecto de que tome intervención en el estado en que se encuentren las actuaciones, sin retrotraer el curso del procedimiento”.

Ahora bien, en los procedimientos administrativos donde se reclaman derechos de incidencia colectiva, especialmente derechos individuales homogéneos, probablemente no puedan individualizarse a aquellas que potencialmente puedan tener un interés directo o puedan verse afectadas por aquel. Además, esa conclusión exigiría una previa delimitación del grupo afectado. ¿Tiene competencia la autoridad administrativa para esa determinación o es atribución judicial? En este último caso, si se estima que es atribución judicial, entonces: ¿la delimitación del grupo afectado queda postergado hasta el inicio del proceso contencioso-administrativo?

En la causa judicial “Leyes, Raúl c/Municipalidad de Godoy Cruz”¹⁰, previo reclamo administrativo se demandó ante la Corte de Justicia la anulación del Decreto N°2396/2005 dictado por el Intendente Municipal y de las ordenanzas que lo fundamentaban (Ordenanzas N°4217/98, 4879/2002, 4829/2002, 5207/2005, 5209/2005), por cuanto autorizó la interrupción de la libre circulación de la calle “Lago Argentino”, que tiene conexión directa con la Avda. General San Martín Sur en el tramo que atraviesa el Complejo Privado Palmares. La Corte mendocina dijo en el fallo dictado en esa causa judicial: “El derecho al uso común o general de los bienes del dominio público del Estado no configura un mero interés simple, sino que puede ser calificado un “derecho de incidencia colectiva...”, siendo el actor uno de los afectados.

También, se han planteado recursos administrativos interpuestos por alumnos de algún Institutos de Educación Superior impugnando resoluciones

¹⁰ “Leyes, Raúl c/Municipalidad de Godoy Cruz”, SCJMza sala I, 14/3/2014. Disponible: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=3599257736>

de la Dirección General de Escuelas que dejaron sin efecto el dictado de carreras de formación docente y tecnicaturas, poniendo las carreras a término y ordenando el cierre de Institutos.

Asimismo, en la causa “AMPROS” se demandó la aplicación de la Ley N°7.857 en ejercicio de la tutela de los derechos de incidencia colectiva (situaciones individuales homogéneas de contenido patrimonial de sus asociados), solicitando se les abone el salario anual complementario y demás adicionales e ítems legales.

En los dos primeros casos citados (“Leyes, Raúl” y “Alumnos del Instituto de Educación Superior”) se invocó derechos de incidencia colectiva pero la autoridad administrativa no le dio un trámite colectivo. En el último caso citado, la intervención y representación del interés colectivo de los trabajadores por el sindicato mediante la interposición de un amparo, simplificó su tramitación.

No obstante, observamos que los interrogantes y las lagunas normativas mencionadas quedan pendientes de una solución legal adecuada, particularmente cuando se invocan derechos colectivos individuales homogéneos. Entre ellos: ¿La autoridad administrativa debe citar por edictos a todos los interesados o debe convocar a una audiencia pública? ¿En qué etapa queda delimitado el grupo o clase? ¿En la instancia administrativa o judicial?

La legitimación procesal en el Código Procesal Administrativo de Mendoza (Ley N°3.918)

Esta vieja Ley del año 1973 no regula el proceso colectivo ni los procesos de clase, ni prevé normas especiales sobre legitimación anómala.

En el ámbito nacional, la CSJN en el fallo *in re* “Halabi” (2009)¹¹ el Superior Tribunal distinguió los derechos colectivos (indivisibles) y los derechos individuales homogéneos (hecho único común), ambos como subcategoría de los derechos de incidencia colectiva. Asimismo, admitió el proceso de clase exigiendo ciertos presupuestos, entre ellos: la precisa identificación del grupo afectado, la idoneidad del representante, la existencia de cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas. El citado fallo menciona la necesidad de garantizar una adecuada notificación de las personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio (quienes debe asegurarse el derecho de optar por quedar fuera del pleito o de comparecer como parte).

Estas pautas delineadas por la CSJN han servido de faros indicadores del camino que viene construyendo la doctrina arriba reseñada y fallos

¹¹ “Halabi, Ernesto c. P.E.N”, CSJN 24/02/2009, Fallos T°332:111.

posteriores, a lo que entendemos son de aplicación directa "*mutatis mutandi*" a procesos colectivos y procesos de clase en materia administrativa.

En el Derecho Público Provincial, los Códigos Procesales de varias provincias prevén normas específicas para los procesos colectivos y en algunos casos también, normas específicas para los procesos administrativos en los que se reclaman derechos de incidencia colectiva. Sin embargo, como ya señalamos que en la Provincia de Mendoza no hay regulación especial de los procesos colectivos, ni en la vieja ley N°3.918, ni en el Código Procesal Civil y Comercial sancionado en el año 2017 (aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión del art.76 Ley N°3.918).

No obstante, podemos afirmar que son admisibles estos procesos administrativos en los que se reclaman derechos de incidencia colectiva con fundamento en el art.117 de la Ley N°9.003 y en la jurisprudencia de la SCJ Mendoza *in re* "Sosa"¹², "Leyes, Raúl". Por tanto, se encuentran legitimados para interponerlo:

1) El afectado directo que actúa como miembro de un grupo o clase. Debemos tener presente que la noción clásica de "afectado" en nuestro ordenamiento jurídico se refirió a aquel a quien se le había vulnerado un derecho subjetivo, en forma exclusiva y diferenciada. Sin embargo, la consagración de los derechos de incidencia colectiva en el art. 43 de la Constitución Nacional generó un largo debate doctrinario en torno a la necesidad de acreditar una lesión jurídica (con diferencias en torno al grado de lesión del derecho), un interés jurídico o un mero interés simple.

Una postura restringida ha sostenido que afectado es aquel a quien se le ha vulnerado un derecho subjetivo. De ese modo, consideran que la reforma constitucional no ha innovado en este aspecto. La otra postura amplia (seguida entre otros por Quiroga Lavié), sostenía que la reforma constitucional ha institucionalizado el proceso de clase en nuestro derecho constitucional, tutelando incluso intereses legítimos.

Recordemos, que la jurisprudencia nacional rechazó la legitimación del actor que invoca la sola condición de "ciudadano" y un mero interés simple, un daño abstracto, interpretando que el art.43 no receptó la acción popular.

Por tanto, exigió la acreditación de un daño directo, inmediato, concreto y diferenciado (causa judicial "Consumidores Libres"¹³). En definitiva, el Superior Tribunal ha admitido la legitimación de los afectados directamente

¹² j "Sosa, Beatriz en J: 3428/13.283 Sosa Beatriz c/AMX ARGENTINA SA Claro p/amparo", SCJ MZA Sala 1, 27/07/2012. LS 440, p.155.

¹³ "Consumidores Libres Cooperativa Ltada Provisión Servicios de Acción Comunitaria s/ amparo", CSJN 07/05/1998, Fallos T°321:1352

in re “Ekmekdjian, Miguel c/Sofovich”¹⁴, “Mendoza, Beatriz”¹⁵ y “Pla, Hugo”¹⁶ en tanto no se trate de un mero interés simple.

2) Las asociaciones sin fines de lucro. La CSJN fue delineando la legitimación de las asociaciones defensoras de derechos colectivos en sucesivos fallos (“Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina -AGUEERA c/ Provincia de Buenos Aires”¹⁷, “Asociación Benghalensis c/Ministerio de Salud de la Nación”¹⁸. Más recientemente, *in re* “Federación Argentina de Entidades Empresarias del Autotransporte de Cargas”¹⁹ el Máximo Tribunal nacional rechazó la demanda por falta de legitimación activa.

Tanto la Corte Nacional como el Superior Tribunal de Mendoza (*in re* “Custodios del Bien común”²⁰), negaron legitimación a las asociaciones cuando pretenden defender derechos patrimoniales cuya representación corresponde exclusivamente a los afectados individualmente.

Sin embargo, la CSJN *in re* “Asociación civil para la defensa en el ámbito federal e internacional de derechos”²¹ reconoció excepcionalmente legitimación a las asociaciones civiles para entablar acción colectiva en defensa de derechos individuales homogéneos de contenido patrimonial cuando se encuentre involucrado el derecho a la salud y a la vida de grupos vulnerables.

En esa misma línea, el Superior Tribunal *in re* “PADEC”²² consideró que una asociación civil estaba legitimada para demandar a la empresa de medicina prepaga pues “no reconocérsele legitimación procesal se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, ya que no aparece justificado que cada uno de los afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas”.

¹⁴ “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo”, CSJN 07/07/1992, Fallos T°315:1492.

¹⁵ “Mendoza, Beatriz y ot. c/Estado Nacional y ot.p/d y p”, CSJN 30/08/2006, Fallos T°329:2316.

¹⁶ Pla, Hugo y ot.c/Chubut y otr.s/amparo”, CSJN 13/05/2008, Fallos T°331:1243.

¹⁷ “Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina (AGUEERA) c/ Prov.Bs As”, CSJN 22/04/1997, Fallos T°320:690.

¹⁸ “Asociación Benghalensis c/Ministerio de Salud”, CSJN 01/06/2000, Fallos T°323:1339.

¹⁹ “Federación Argentina de Entidades Empresarias del Autotransporte de Cargas”, CSJN 05/10/2020, SAIJ.5 Disponible: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-federacion-argentina-entidades-empresarias-autotransporte-cargas-interior-dnv-otro-proceso-conocimiento-fa20000165-2020-10-15/123456789-561-0000-2ots-eupmocsollaf?>

²⁰ “Custodios del Bien Común c/Municipalidad Cdad Mza p/acción inconst.”, CSJ Mza 19/09/2012, disponible en www.jus.mendoza.gov.ar

²¹ “Asociación civil para la defensa en el ámbito federal e internacional de derechos c/INSSJ s/amparo”, CSJN 10/02/2015, Fallos T°338:29.

²² “PADEC c/ SWISS MEDICAL S.A. s/nulidad”, CSJN 21/08/2013, Fallos T°336:1236.

3) El ordenamiento jurídico de la Provincia de Mendoza no prevé la figura del Defensor del Pueblo, por tanto, la representación de los intereses difusos lo ejercen los propios afectados ya sea individualmente o en grupo, o las asociaciones creadas a esos fines.

Competencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, materia administrativa y presupuestos procesales de la Ley N°3.918

El art. 1 de dicha ley, establece que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia es competente para conocer y resolver en instancia única, en las acciones que se deduzcan por violación de un derecho subjetivo o interés legítimo regido por ley, decreto, reglamento, resolución, contrato, acto o cualquier otra disposición de carácter administrativo. Incluye, actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, actos separables de los contratos de la Administración Pública, los actos que resuelvan todo tipo de reclamo por retribuciones, jubilaciones pensiones y las acciones de lesividad (arts.2 y 3 de la citada norma legal). Ese artículo ha reglamentado el art.144 inc.5 de la Constitución Nacional.

Esta disposición constitucional (incluyendo el art.1 de la ley citada), ha sido criticada por algunos juristas locales quienes proponen su modificación y la creación de tribunales especializados en materia administrativa. Con mayor razón, se justifica la creación de estos tribunales especializados para las causas judiciales en las que se reclamen derechos de incidencia colectiva. De lo contrario, su complejidad y características provocarían un colapso en la actividad cotidiana del Máximo Tribunal.

El proceso contencioso administrativo debe cumplir ciertos presupuestos procesales detallados en los arts. 9, 11, 12 y ccs de la Ley N°3.918, que aplicados a aquellos en que se reclaman o invocan derechos de incidencia colectiva, generan no pocos interrogantes y ponen en evidencia la insuficiencia de la solución normativa.

Mencionaremos seguidamente aquellos presupuestos procesales que -según nuestro humilde criterio- requieren una solución expresa y adecuada en los procesos administrativos donde se debaten derechos de incidencia colectiva. Entre ellos:

-Congruencia entre las cuestiones planteadas en sede administrativa y las sometidas a control judicial. En este sentido, el art.11 Ley 3918 establece que: "Las acciones procesales deben limitarse a las cuestiones que fueron debatidas previamente en las reclamaciones o recursos administrativos..."

-Improcedencia de la reproducción de reclamos administrativos anteriores consentidos por el interesado (art.9 L.3918)

-Agotamiento de la instancia administrativa, esto es, existencia de una decisión administrativa definitiva y que cause estado (art.5 L.3918).

-Plazo de caducidad (art. 20 L.3918). La acción deberá promoverse dentro del plazo de 30 días corridos, el que comenzará a regir desde el día siguiente al de la notificación de la decisión administrativa o, en los casos de denegación tácita, desde el siguiente al del vencimiento de los 60 días.

Con relación a estos presupuestos procesales nos preguntamos: ¿Los demás interesados pueden presentarse en el proceso administrativo y adherir, aun cuando no hayan previamente interpuesto el reclamo administrativo y agotado la instancia? De lege lata, una respuesta positiva colisionaría con lo dispuesto en los arts.5 y 11 de la Ley N°3.918.

En los casos en que un afectado ha consentido una denegatoria a su reclamo o no interpuso la acción judicial dentro del plazo del art.20: ¿podría luego adherir al proceso contencioso-administrativo a pesar de lo dispuesto en el art.9 de la Ley N°3.918? Aun así, no olvidemos que la sentencia del proceso colectivo podría tener efectos expansivos. Los posibles afectados: ¿Cuándo ejercen la opción de adherir o de solicitar la exclusión del procedimiento?

Por otro lado, si todos los reclamos administrativos que versen sobre derechos de incidencia colectiva no han tramitado en un mismo procedimiento administrativo ni en un mismo expediente y una vez agotada la vía administrativa de uno de esos procedimientos, se interpone la acción judicial: ¿Podría el Máximo Tribunal declarar la apertura de éste como proceso colectivo o un proceso de clase? El art.5 de la Ley N°3.918 es un obstáculo legal para que esa declaración judicial produzca la atracción y acumulación de todos reclamos y recursos administrativos que no han agotado la instancia administrativa. Además, ¿desde qué fecha se computa el plazo de caducidad del art.20?

La definición y soluciones jurídicas adecuadas y razonables para estas cuestiones procesales exigen necesariamente una ley formal que respete el marco constitucional provincial.

Otras cuestiones procesales

El pronunciamiento de apertura del proceso colectivo es esencial, pues allí se concentra el control de los presupuestos necesarios para poder tramitar válidamente este tipo de reclamos. En esa etapa inicial el juez efectúa un examen de mérito, evaluando si existe un grupo cuya actuación conjunta es impracticable bajo la figura del litisconsorcio y si se verifican cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase, o si las pretensiones o defensas de los representantes concuerdan con los intereses del grupo, o si el legitimado

extraordinario es el representante adecuado del conjunto y si la acción colectiva se encuentra justificada. En los procesos colectivos es indispensable la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto, como así también la representatividad adecuada del grupo o clase.

Estos aspectos son esenciales, tanto es así que frente a las falencias en la definición de la clase la CSJN ha procedido a su rechazo (“Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/Loma Negra”).

En los procesos contencioso-administrativo de la Provincia de Mendoza, la Corte provincial (competente conforme el art. 144 inc.5 de la Constitución Provincial) es quien deberá emitir ese primer decreto. Ahora bien: ¿Debe hacerlo en el primer decreto o una vez requerido el expediente administrativo o al momento de expedirse sobre la admisibilidad formal? ¿Podrá hacerlo de oficio o a petición de parte? ¿Se aplican las mismas reglas en un proceso colectivo y en un proceso de clase?

¿Y si hay diferencias de criterios y resoluciones judiciales de las Sala I y II de la Corte sobre el trámite procesal? ¿Quién resuelve el conflicto de competencia?

El art.28 prevé la posibilidad de acumulación de acciones. En tal caso, cuando se han promovido varios procesos motivados por una misma decisión administrativa o cuando unas sean reproducción, confirmación o ejecución de otra o exista entre ellas cualquier otra conexión, la Corte puede de oficio o a petición de parte, ordenar su acumulación. Sin embargo, en los procesos de clase deberá expedirse sobre la delimitación del grupo, su representatividad y deberá establecer el modo de comunicar a los integrantes del grupo la existencia del proceso para que puedan adherir.

Reflexiones finales

La Ley N°9.003 de “Procedimiento Administrativo”, autoriza la interposición de reclamos y recursos administrativos a quien invoca derechos de incidencia colectiva. Sin embargo, el Código Procesal Administrativo no regula los procesos colectivos ni procesos de clase, ni tampoco lo hace el nuevo Código Procesal Civil de Mendoza. Hay una extensa laguna normativa que exige soluciones jurídicas adecuadas y alineadas a la doctrina en los primeros capítulos de este trabajo reseñada y a la jurisprudencia nacional y provincial, en aras de brindar seguridad jurídica.

Esperamos que el espíritu reformador alcance finalmente a estos procesos contencioso-administrativos en los que se debaten derechos de incidencia colectiva.