

Buenos Aires, 31 de octubre de 2006.

Vistos los autos: "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones - resol. 2926/99 s/ amparo ley 16.986".

Considerando:

1°) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al admitir por mayoría el recurso de apelación interpuesto por el defensor del pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, confirmó la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por dicho órgano y dejó sin efecto la resolución de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación 2926 de 1999, en la cual se había autorizado el cobro del servicio de informaciones "110" a los usuarios del servicio telefónico. Contra esta decisión, el Estado Nacional —Secretaría de Comunicaciones— interpuso el recurso extraordinario parcialmente concedido a fs. 162/162 vta.

2°) Que, como fundamento, el tribunal de alzada señaló que la resolución administrativa cuestionada había sido dictada sin que los usuarios hubieran tenido oportunidad de participar y de ser oídos en la audiencia pública que debió haber sido convocada antes de fijar la tarifa objetada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42 de la Constitución Nacional y el Reglamento General de Audiencias públicas aprobado por la resolución 57 de 1996.

3°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que en el caso se ha puesto en cuestión la validez de un acto de la autoridad nacional y la decisión final del pleito ha sido contraria a ella (art. 14, inc. 1°, ley 48).

4°) Que el apelante se agravia por considerar que el

defensor del pueblo instituido por el art. 137 del estatuto constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires carece de legitimación para cuestionar en juicio los actos de las autoridades nacionales. Por otra parte, sostiene que la previa convocatoria a audiencia pública constituía un procedimiento meramente facultativo y su falta de realización no obstaba al dictado de la resolución administrativa atacada en el juicio de amparo.

5°) Que, de conformidad con el mencionado art. 137 y, además, con los arts. 1°, 2° y 13, inc. h, de la ley 3, sancionada por la legislatura local, el defensor del pueblo de la ciudad es un órgano independiente cuya función es la defensa y protección de los derechos humanos, y demás derechos y garantías individuales, colectivos, y difusos, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración, de prestadores de servicios públicos, y de las fuerzas que ejerzan funciones de policía de seguridad. Su competencia se extiende a los actos de naturaleza administrativa de los poderes judicial y legislativo, y de los órganos de control. Tiene legitimación para promover recursos administrativos y acciones judiciales en todos los fueros, inclusive el federal. A tales competencias, la actora añade las que a su juicio derivan del art. 58 de la ley nacional 24.240, de defensa del consumidor (aplicable a los servicios públicos que se prestan a domicilio; art. 25), pues invoca el carácter de autoridad local de aplicación de esa norma.

6°) Que las referidas atribuciones del defensor del pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires emanan del estatuto constitucional respectivo y de la legislatura local, que carece de facultades para reglar lo atinente a los procedimientos seguidos en los juicios tramitados ante los Tribunales de la Nación. Al respecto, conviene recordar que en las

condiciones que expresan los arts. 5°, 123, y 129, y la cláusula transitoria décimoquinta de la Constitución Nacional, el Estado federal garantiza a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno goce y ejercicio de sus instituciones. Pero "ello debe entenderse dentro del orden provincial respectivo y sin extender el imperio de las instituciones de una al territorio de la otra, porque entonces ésta vendría a quedar regida, no por sus propias instituciones, ... sino por las extrañas" (Fallos: 119:291, págs. 304, último párrafo, y 306). A la inversa, tampoco sería aceptable sostener que el defensor del pueblo de la Nación está facultado para cuestionar en juicio los actos de los órganos de gobierno local dictados en virtud de lo dispuesto en sus propias leyes, toda vez que su competencia está limitada a la protección de los derechos e intereses de los individuos y de la comunidad frente a los actos, hechos u omisiones de las autoridades nacionales (art. 1°, 14, 16 y 17 de la ley 24.284).

7°) Que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se dan sus propias instituciones autónomas, organizan sus poderes, dictan sus leyes de procedimientos, y designan a sus jueces (Fallos: 112:32, esp. 59; 197:292; 199:287) sin intervención alguna del gobierno federal pues, al hacerlo, ejercen poderes no delegados sino originarios o concedidos (art. 129 de la Constitución Nacional). Sin embargo, no pueden ejercer sus atribuciones de tal manera que obste a los fines del gobierno federal en tanto éste se mantenga dentro del ámbito de sus competencias (Fallos: 249:292, considerandos 11 y 14 del voto del juez Oyhanarte), pues donde hay poderes delegados al Gobierno de la Nación no hay poderes reservados salvo por pacto expreso y especial (Fallos: 183: 190). En todo caso, si los intereses locales entrasen en pugna con los nacionales, la representación para estar en juicio en nombre

de unos y otros compete a las autoridades políticas respectivas, de conformidad con lo que sus leyes dispongan al respecto; no a cualquiera de los órganos que se la atribuya. En consecuencia, lo expresado en el art. 13, inc. h, de la ley 3 en el sentido de que el defensor del pueblo de la Ciudad Autónoma está facultado para promover acciones incluso en el fuero federal debe entenderse como que dicha facultad está limitada a la actuación en juicio en defensa de los derechos individuales o colectivos ante los tribunales de la justicia ordinaria de la Capital, o cuando las leyes nacionales o federales hayan sido aplicadas en el ámbito local por órganos de esta última naturaleza, en los supuestos en que dichas normas les hayan confiado su ejecución. Al respecto cabe advertir que según el art. 41 la ley 24.240 de defensa del consumidor su aplicación compete, en el orden nacional, a la Secretaría de Industria y Comercio de la Nación y, en el orden local, a los gobiernos de las provincias y de la Ciudad Autónoma, sin perjuicio de que éstos la deleguen en otros órganos subordinados. El art. 42 de la ley mencionada agrega que los órganos nacionales y locales actúan de manera concurrente en lo relativo a la vigilancia y juzgamiento de las infracciones que simultáneamente tengan lugar en sus respectivas jurisdicciones. En tales condiciones, no es exacto lo afirmado en la demanda de amparo, con respecto a que el defensor del pueblo de la Ciudad Autónoma constituye la autoridad de aplicación de la ley 24.240 en el ámbito local, pues no es un órgano de gobierno local ni actúa por delegación de él, sino con absoluta independencia funcional y sin sujeción a instrucciones u órdenes.

8°) Que, como se ha expresado, los actos del gobierno nacional y de sus órganos son cuestionables ante los tribunales de este mismo carácter, de conformidad con las

reglas que dicte al respecto el Congreso de la Nación, que rigen lo atinente a los procedimientos, a la capacidad de estar en juicio como parte, y al modo de configurarse las controversias para ser susceptibles de resolución judicial. Por tanto, un órgano de control de la administración de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyas atribuciones derivan de la legislatura local y que no constituye el representante de aquélla, ni tiene la personería legal de los particulares afectados, ni constituye persona de existencia visible ni ideal, carece de competencia constitucional para objetar los actos de las autoridades nacionales, y eventualmente obtener su anulación. En virtud de las consideraciones precedentes, cabe concluir que el defensor del pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es parte legitimada para cuestionar la validez de la resolución 2926 de 1999 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación relativa a la tarifación del servicio telefónico y obtener un pronunciamiento sobre su validez o nulidad en las presentes actuaciones.

9°) Que no cabe expedirse acerca de lo manifestado por el defensor del pueblo de la Nación a fs. 148 en el sentido de que adhiere a los términos de la sentencia apelada y a lo actuado por el defensor del pueblo de la Ciudad Autónoma, y solicita que se lo tenga por parte legítima en el pleito; toda vez que en la acción de amparo no son admisibles las incidencias ni tercerías (art. 16 de la ley 16.986).

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se declara procedente el

-//-

recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Costas por su orden, en atención a la novedad de la cuestión planteada. Notifíquese y, oportunamente, remítanse. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI (en disidencia)- RICARDO LUIS LORENZETTI (en disidencia)- CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

DISI -//-

-//-DENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON E. RAUL  
ZAFFARONI Y DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, confirmó —por mayoría— la sentencia que había hecho lugar a la acción de amparo promovida por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y dejado sin efecto la resolución de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación 2926 de 1999 en la cual se autorizó el cobro del servicio de informaciones "110" a los usuarios del servicio telefónico.

Para así decidir, el tribunal señaló que la resolución cuestionada había sido dictada sin que los usuarios hubieran tenido oportunidad de participar y de ser oídos en la audiencia pública que debió haber sido convocada antes de fijar la tarifa objetada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42 de la Constitución Nacional y en el Reglamento General de audiencias públicas aprobado por la resolución 57 de 1996.

2°) Que contra esa decisión, el Estado Nacional —Secretaría de Comunicaciones— interpuso recurso extraordinario (fs. 125/143, replicado a fs. 151/160), que fue parcialmente concedido, sólo en tanto se halla en juego la interpretación de normas de índole federal (fs. 162/162 vta.).

3°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la validez de un acto de autoridad nacional y la interpretación de normas federales y la decisión final del pleito ha sido contraria a la pretensión del recurrente (art. 14, inc. 1° y 3°, de la ley 48).

4°) Que el apelante señala, por una parte, que la

Defensoría del Pueblo instituida por el art. 137 del Estatuto Constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires carece de legitimación para cuestionar en juicio los actos de las autoridades nacionales. Por otra parte, sostiene que la previa convocatoria a audiencia pública constituía un procedimiento meramente facultativo y su falta de realización no obstaba al dictado de la resolución administrativa impugnada. Al contestar el recurso extraordinario, la actora invoca, como fundamento de su legitimación procesal para demandar como lo hizo, el referido art. 137 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el art. 13, inc. h, de la ley local 3 y los arts. 1 y 25 de la ley nacional 24.240. Asimismo, reitera los argumentos expuestos en la demanda acerca de la necesaria participación de los interesados en casos como el presente.

5°) Que en la jurisprudencia en punto a la legitimación procesal, se advierte que esta Corte, a lo largo de su historia, ha utilizado diferentes tipos de calificaciones jurídicas para similares supuestos, por lo que resulta necesario abundar en la identificación precisa de cada uno de ellos a fin de conferir claridad a las decisiones y dar seguridad jurídica a los ciudadanos.

Para el cumplimiento de este objetivo, es insuficiente encontrar fundamento en la interpretación que otros tribunales han efectuado acerca de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica o sobre la Constitución española, ya que nuestra Carta Magna, si bien se nutre de las fuentes mencionadas, tiene una singularidad propia, derivada de la incorporación parcial de diferentes aspectos de cada una de ellas y de otras fuentes nacionales e internacionales. De tal modo se hace necesario indagar la configuración típica dentro del derecho vigente.

6°) Que en materia de legitimación procesal corres-

ponde, como primer paso, delimitar con precisión si la pretensión concierne a derechos individuales, a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, o a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En todos ellos, la comprobación de la existencia de un caso es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 326:3007, considerandos 6° y 7°; 311:2580, considerando 3°; y 310:2342, considerando 7°, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el "caso" tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo ello esencial para decidir sobre la procedencia, como se verá en los considerandos siguientes. También es relevante determinar si la controversia en cada uno de esos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible.

7°) Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ella no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trate de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable.

Esta regla tiene sustento en la Ley Fundamental, ya que el derecho de propiedad, la libertad de contratar, de

trabajar o la de practicar el comercio, incluyen obligadamente la de ejercer de modo voluntario las acciones para su protección. Asimismo, su art. 19 consagra una esfera de la individualidad personal, que comprende tanto derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, que presupone la disposición voluntaria y sin restricciones que la desnaturalicen.

Cada ciudadano tiene la libertad de disponer de sus derechos como lo desee, sin que tenga que dar explicación alguna sobre sus intenciones, salvo supuestos de ilicitud. Por esta razón es que, los derechos individuales, sean patrimoniales o no, son, por regla general, de disposición voluntaria por parte de su titular.

8°) Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional), son ejercidos por el defensor del pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes.

En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible.

Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa *petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se relaciona con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa.

Por todo lo expuesto, puede afirmarse que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al defensor del pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.

9°) Que la Constitución Nacional admite una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, cuando hace alusión a los derechos de los consumidores y a la no discriminación en su art. 43.

En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva al legislador a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que haya reglamentado el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta muy importante porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos. Esta ausencia de regulación constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Constitución ha instituido.

Frente a esa falta de regulación, cabe señalar que la norma constitucional referida es claramente operativa y es obligación de los jueces hacerla efectiva, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo

valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492).

La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357).

En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige.

10) Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que, en ausencia de un ejercicio colectivo, habría una afectación grave del acceso a la justicia.

El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en

que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

El tercer elemento está dado por la constatación de una clara afectación del acceso a la justicia, en uno de sus aspectos, vinculado a las denominadas acciones de clase, cual es la existencia de un interés individual que, considerado aisladamente, no justifica la promoción de una demanda. En efecto, se trata de un grupo de personas para las cuales la defensa aislada de sus derechos no es eficaz, debido a que la medida de la lesión, individualmente considerada, es menos relevante que el costo de litigar por sí mismo (Fallos: 322:3008, considerando 14, disidencia del juez Petracchi).

11) Que en la presente causa se trata de la legitimación en un supuesto de intereses individuales homogéneos, ya que la Defensoría solicitó una decisión que tendrá efectos jurídicos sobre una pluralidad relevante de sujetos.

Existe una norma que concede de modo general la legitimación (art. 137 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), la que es invocada en un caso vinculado a los derechos del consumidor (art. 43 de la Constitución Nacional) y por lo tanto es directamente operativa al vincularse con derechos humanos. La pretensión impugnativa, por falta de realización de la audiencia pública, se refiere a una decisión que afecta a una multiplicidad relevante de sujetos y por lo tanto hay una causa homogénea. Hay, además, una causa *petendi* enfocada en el elemento común, ya que la decisión que se tome afectará, inevitablemente, a todo el grupo. No se advierte una vulneración del derecho de defensa en juicio, ya

que no hay ningún aspecto que vaya a interferir en la esfera privada de cada individuo. Está configurada una situación de amenaza directa y relevante de los derechos de los usuarios y consumidores (art. 43 de la Constitución Nacional), es decir, hay una causa o controversia en el sentido técnicamente expresado.

12) Que de conformidad con lo expuesto en los considerandos anteriores, existe legitimación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires en el presente caso, por lo que cabe analizar si esa legitimación se ejerce dentro de un ámbito de su competencia. Al respecto, se ha objetado que la Defensoría, siendo un órgano de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no tiene competencia para cuestionar una decisión de un organismo nacional.

La Constitución de la Ciudad Autónoma asigna a dicha Defensoría "la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y esta Constitución, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración o de prestadores de servicios públicos" (art. 137). La autorización para la protección de los derechos consagrados en la Ley Fundamental importa, claramente, la posibilidad de estar en juicio respecto de decisiones que los afecten, cualquiera sea su origen. Esta conclusión se ve reforzada, además, por la ley 3 de la Ciudad que, en su art. 2, prevé la misma función de defensa, protección y promoción que en términos análogos tiene la Defensoría en la Constitución local, aunque lo hace con un alcance mayor, comprendiendo, también, "a los actos de naturaleza administrativa de los poderes Judicial, Legislativo y de los Órganos de Control". Para hacer posible el cumplimiento de sus funciones, la ley le otorga, en su art. 13, la atribución de

"promover acciones administrativas y judiciales en todos los fueros, inclusive el federal" (inc. h). Es decir, tanto la Constitución como la ley 3 locales otorgan a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad legitimación procesal (causa "Defensor del Pueblo de la Nación", Fallos: 328:1652, voto de los jueces Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti, considerando 14).

13) Que admitida la legitimación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad para impugnar una decisión de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación, corresponde examinar si la sentencia se ajusta a derecho cuando dispuso la descalificación por falta de convocatoria de la audiencia pública. El art. 42 de la Constitución Nacional incorporó la denominada "protección de los consumidores", que comporta, en cuanto regla relevante para el caso, el derecho a una "información adecuada y veraz" y a la tutela de sus "intereses económicos". La regulación de la información en las relaciones de consumo consagra tanto un derecho fundamental cuyo titular es el consumidor o usuario como un deber a cargo del prestador. Este débito es más acentuado que en las relaciones jurídicas de derecho común y su contenido es el de suministrar los datos suficientes para evitar que la otra parte incurra en error o le impida ejercer un derecho.

La referida disposición constitucional también prevé —en su tercer párrafo— que "La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control".

De esa redacción se desprende la clara intención de los constituyentes de 1994 de que consumidores y usuarios, expresamente en la forma de asociaciones, e implícitamente de

un modo genérico, participen en la elaboración de ciertas disposiciones de alcance general a cargo de la Administración, cuando, como en el caso, ellas, al fijar tarifas para una modalidad de la prestación del servicio telefónico (información de guía "110"), puedan proyectar los efectos sobre sus derechos e intereses.

14) Que la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas, que traduce una faceta del control social, puede manifestarse de varias maneras distintas, una de las cuales es la audiencia pública.

Aunque no constituye la única alternativa constitucional, en tanto el art. 42 no la prevé ni explícita ni implícitamente sino que deja en manos del legislador la previsión del mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso, no puede desconocerse que la audiencia pública comporta un mecanismo de debate sobre diversos aspectos de la prestación de un servicio público y permite la democratización de las decisiones, formar consenso acerca de ellas y dar transparencia a los procedimientos, ya que en ella participan los usuarios, sus representantes y otros sujetos que puedan estar involucrados.

15) Que el art. 30 del decreto 1185/90 —modificado por el decreto 80/97— prevé que "Toda fiscalización y actuación llevada a cabo por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones respetará el derecho de defensa de las partes. Serán aplicables al respecto la Ley de Procedimientos Administrativos y el decreto 1759/72 y sus modificatorios, así como las siguientes normas adicionales: a) La Comisión Nacional de Telecomunicaciones publicará la iniciación de toda fiscalización o actuación en la cual considere que los usuarios o terceros pueden aportar informaciones o puntos de vista importantes y útiles, a cuyo efecto indicará el plazo durante el

cual deberán presentarse las manifestaciones por escrito de usuarios o terceros para ser tenidas en cuenta en cuanto fueren pertinentes; b)...La Comisión Nacional de Comunicaciones podrá disponer, con carácter extraordinario, que ciertas fiscalizaciones o actuaciones sobre aspectos de grave repercusión social incluyan una audiencia pública a la cual podrán presentarse para efectuar manifestaciones en forma oral los miembros del público que se anoten al efecto y que sean admitidos al efecto por ésta".

Como se advierte, la norma transcrita —además de consagrar expresamente el respeto del derecho de defensa y la aplicación de las disposiciones de la ley 19.549— ha previsto la convocatoria a una audiencia pública como facultad de la Comisión Nacional de Comunicaciones, como una posible conducta a seguir en supuestos en que las actuaciones o fiscalizaciones suscitan el interés de los usuarios (o terceros) o, más concretamente, puedan afectar sus derechos o intereses.

Aun cuando la apreciación acerca de llevar a cabo una audiencia pública —para lo cual es necesario definir previamente qué hipótesis tienen encuadramiento en el concepto jurídico indeterminado de "grave repercusión social"— ha quedado a cargo de la Comisión Nacional de Comunicaciones, no puede soslayarse que también ha quedado a cargo de ella, como contrapartida, nada menos que asegurar la participación de los usuarios en los referidos supuestos, lo cual, además, es coherente con los propósitos que ha tenido en cuenta el Poder Ejecutivo al dictar el decreto 1185/90, en el sentido de que la eficiencia, la especialización y la independencia de criterio del ente de control "constituyan una garantía del interés público y de los *derechos de los usuarios* como para el respeto de los derechos de los prestadores del servicio" (ver párrafo cuarto del considerando único del decreto; el desta-

cado no aparece en el texto original).

Esta interpretación —de una norma anterior en el tiempo— no sólo es compatible con el art. 42 de la Constitución Nacional según la reforma de 1994, sino que, al mismo tiempo, es la que mejor armoniza con diversas disposiciones, de diferente jerarquía, que consagran la importancia de la participación, como son, por un lado, las que regulan otros servicios públicos privatizados que dan preponderancia al sistema de la audiencia pública, como el régimen jurídico de la electricidad (arts. 11, 13, 32, 46, 48, 73 y 74 de la ley 24.065) y el régimen jurídico del gas (arts. 6, 16, inc. b, 18, 29, 46, 47, 67 y 68 de la ley 24.076); y, por otro lado, con el decreto 229/00 que prevé la participación de los usuarios (arts. 4°, inc. d, y 5°, inc. f), y especialmente, con el decreto 1172/03 que aprobó los reglamentos generales de "audiencias públicas", de "publicidad de la gestión de intereses", de "elaboración participativa de normas", de "acceso a la información pública" y de "reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos", para el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional (arts. anexos 1, 2 y 3, y anexos I a VIII).

16) Que pese al referido mandato, la demandada no dio razones suficientes que justifiquen no haberse convocado a una audiencia pública, cuando la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires impugnó una decisión de indudable trascendencia social y económica, y que según su parecer constituía una violación al marco regulatorio del servicio telefónico, sino que, por lo contrario, se limitó, a lo largo del proceso, a sostener que la convocatoria a una audiencia pública, tanto en los términos del decreto 1185/90 como de la resolución 57/96 de la Secretaría de Comunicaciones —que reglamenta los arts. 7 y 30 del referido decreto—, comporta una

facultad discrecional. Cabe recordar que la esfera de discrecionalidad de los entes administrativos no implica en absoluto que éstos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquélla no resulte fiscalizable (Fallos: 315:1361 y 323:1321, entre muchos otros), ni constituye una libertad de apreciación extralegal que obste a la revisión judicial (Fallos: 315:1361 y 321:3103).

17) Que, en las condiciones enunciadas, la omisión —infundada, por lo demás— de otorgar a los usuarios la posibilidad de participar, con carácter previo y como requisito de validez, en la elaboración de la resolución 2926/99, resulta manifiestamente ilegal, lo que habilita la procedencia de la acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y del art. 1 de la ley 16.986 (Fallos: 319:2955).

Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. E. RAUL ZAFFARONI - RICARDO LUIS LORENZETTI.

ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por **el Poder Ejecutivo Nacional - Secretaría de Comunicaciones**, representado por el Dr. **David E. Eidelman** y la doctora **Beatriz E. Saffores**

Traslado contestado por **la defensora del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, doña Alicia de Oliveira**, con el patrocinio letrado del Dr. **Eduardo J. Monti**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V**