

PANORAMA DEL PROCESO COLECTIVO SOBRE DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS EN EL DERECHO PRIVADO ARGENTINO. IRRELEVANCIA DE LA SUPRESIÓN EFECTUADA SOBRE EL TEXTO DEL ANTEPROYECTO.

Autores: Jorge Mario Galdós y Ezequiel Valicenti*

Resumen de las conclusiones:

- 1) La supresión de los arts. 1745 a 1748 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial y la modificación de sus arts. 14 y 240, no implica eliminar del derecho positivo argentino la categoría de los “derechos individuales homogéneos”. Las acciones por daños a derechos individuales homogéneos pueden tramitar en un proceso colectivo cuando existe una causa fáctica y normativa común, la pretensión se enfoca al aspecto colectivo de los efectos, y el ejercicio individual no aparece como justificado, o se evidencia un fuerte interés estatal.
- 2) El fundamento de la tutela de los derechos de incidencia colectiva viene dado por la Constitución Nacional (art. 43, 2° párr.), lo que es precedente y superior a cualquier contenido de normas inferiores, incluido el Código Civil y Comercial.
- 3) La categoría “derechos de incidencia colectiva” incorporada en el art. 14 del Código Civil y Comercial –y referida en normas concordantes–, es un género que incluye dos sub-especies: los derechos de incidencia colectiva que recaen sobre bienes colectivos, y los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos. Tal es la conclusión que resulta de interpretar la norma de modo coherente con el art. 43, 2° párrafo de la CN, conforme al paradigma de la constitucionalización del derecho privado y al diálogo de fuentes (arts. 1, 2 y 3, CCC).
- 4) La interpretación que la CSJN ha efectuado del art. 43 2° párrafo en lo relativo al concepto de derechos de incidencia colectiva, es una fuente material de derecho y por lo tanto, constituye una regla de derecho aplicable y prima facie obligatoria para el resto de los tribunales. Pese a la supresión efectuada sobre el texto del art. 1 del Código, la jurisprudencia constituye una fuente material de derecho y, en consecuencia, sus decisiones forman reglas de derecho aplicable.
- 5) La doctrina interpretativa de los derechos de incidencia colectiva desarrollada por la CSJN mantiene vigencia luego de sancionado el CCC, en virtud de los paradigmas introducidos por dicho cuerpo legislativo, tales como la constitucionalización del derecho privado, el diálogo de fuentes y el deber de los jueces de resolver los casos mediante una decisión razonablemente fundada (arts. 1, 2 y 3, cód. cit.).

* Facultad de Derecho – UniCen.

- 6) Ante la falta de legislación, las reglas del proceso colectivo deberán ser determinadas por el juzgador, siguiendo la construcción jurisdiccional de la CSJN, que le ha conferido operatividad, hasta tanto el legislador sancione la normativa especial requerida.
- 7) Es preciso que se sancione un régimen integral destinado a los procesos colectivos, que contengan reglas relativas a la determinación de la clase afectada, la representación adecuada, la tramitación del proceso, los efectos de la cosa juzgada, y la litispendencia, entre otros. La regulación debe seguir los lineamientos de la CSJN, los que han desarrollado una experiencia positiva en la práctica.
- 8) En síntesis, las supresiones y modificaciones efectuadas en el Anteproyecto Código Civil y Comercial no le quitan operatividad al art.43, 2º párr.. de la CN y a la doctrina interpretativa de la CSJN, principalmente a partir del caso “Halabi”, lo que resulta compatible con los nuevos paradigmas introducidos por el CCC, principalmente, la constitucionalización del derecho privado y el diálogo de fuentes (arts. 1, 2 y 3, Cód. cit.; arts. 31 y 75 inc.22, CN).

1.- Planteo del interrogante.

El trabajo emprendido por la Comisión designada por el decreto n° 191/11 para la reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial, concluyó con la redacción de un Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Recibido por el Poder Ejecutivo, este efectuó una serie de modificaciones y envió al Congreso el texto definitivo del Proyecto de Código Civil y Comercial¹. Posteriormente, durante el trámite legislativo el texto sufrió otras modificaciones hasta alcanzar la versión finalmente sancionada por la ley 26.994.

En lo que aquí interesa, las modificaciones efectuadas por el Poder Ejecutivo alteraron la división tripartita que se proyectaba en el art. 14 original sobre “el ejercicio de los derechos” – denominación del cap. 3 del Título Preliminar en el cuál se ubica la mencionada norma–. Sintéticamente, el art. 14 elaborado por la comisión reformadora seguía expresamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y clasificaba los “derechos individuales y de incidencia colectiva” en: a) derechos individuales; b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva; c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. Como veremos, la norma proyectada se encontraba en consonancia con los arts. 240 y 1725 a 1728. Luego de la mutilación realizada al texto, el art. 14 finalmente sancionado mantuvo una clasificación bipartita reducida a: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva.

Al analizar la norma, algunos autores han observado que se ha dejado fuera la consideración de los llamados “derechos individuales homogéneos” –en términos de la CSJN–, es decir, habrían sido suprimidas las acciones colectivas para los casos en que, a pesar de tratarse de intereses individuales, la particular naturaleza de la pretensión amerita un tratamiento conjunto en el marco de un proceso colectivo.

¹ Ver “Modificaciones del Poder Ejecutivo Nacional al Anteproyecto de reforma del Código Civil elaborado por la comisión de reformas decreto 191/2011”, en [nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com), link: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/7-Fundamentos-de-los-cambios-introducidos-por-el-P.E.N..pdf>, visitado el 15/09/2015.

El interrogante que nos proponemos despejar es si de la supresión efectuada en el texto del Anteproyecto puede deducirse la voluntad de suprimir del derecho argentino las llamadas acciones colectivas –en rigor, procesos colectivos sobre intereses individuales homogéneos–, y procesos colectivos sobre derechos de incidencia colectiva si por el contrario, continúan vigentes y son un mecanismo idóneo para garantizar la efectividad y eficacia de los derechos. En pocas palabras, ¿perjudica a la protección de los intereses individuales homogéneos la supresión del Código Civil y Comercial?, ¿Incidió negativamente sobre la procedencia de los daños masivos o daños por afectación de los derechos individuales homogéneos? Dados los límites de extensión, analizaremos brevemente los antecedentes: el tratamiento en el Código Civil y Comercial vigente (CCC); luego, el sistema proyectado por la comisión de reformas; y por último, el estado de la cuestión en la jurisprudencia de la CSJN. Concluido este repaso, fundamentaremos nuestra propuesta.

2.- Los antecedentes: el derecho vigente, el derecho proyectado, y la jurisprudencia de la CSJN.

2.1.- El derecho vigente.

Aún cuando el orden lógico-temporal aconsejaría iniciar el repaso de los antecedentes por el Anteproyecto elaborado por la comisión, comenzaremos por el texto del Código Civil y Comercial creyendo que ello permitirá dejar palmariamente a la vista la pérdida sufrida por las modificaciones.

Como dijimos, el art. 14 del CCC clasifica los derechos según su ejercicio entre derechos individuales y derechos colectivos. Ello se relaciona directamente con el art. 240, norma ubicada en la sección referida a los “bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva” que indica que “el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes (...) debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva”. Además, el concepto de daño resarcible incluido en el art. 1737 incluye a la lesión de un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico “que tenga por objeto un derecho de incidencia colectiva”.

Este panorama normativo –que encuentra concordancias con otras normas²– constituye un verdadero cambio de paradigma, que incorpora en el Código la necesaria armonización y limitación de los derechos individuales junto a la tutela de lo colectivo³. Ello se corresponde, además, con el paradigma de la constitucionalización del derecho privado y del diálogo de fuentes incluido en el Título preliminar del CCC.

2.2.- El derecho proyectado.

El Anteproyecto de Código presentado al Poder Ejecutivo recogía la clasificación de derechos –según la legitimación para su ejercicio– desarrollada por la CSJN, sobre todo a partir

² Arts. 9 (principio de buena fe), art. 10 (abuso del derecho), art. 18 (derecho de las comunidades indígenas), art. 1094, art. 1970 (normas administrativas), arts. 1973 a 1975, entre otras.

³ Conf., CAFFERATA, Nestor – “Significado de la reforma. Comentario a los arts. 240 y 241”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) – *Código Civil y Comercial comentado*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2014, T. I, p. 29; GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. – “Derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley 2015-A*, p.835; PÉREZ PEICU, Gonzalo - "Comentario a los arts. 240 y 241", en HERRERA, Marisa y ots. – *Código Civil y Comercial comentado*, Infojus, Bs. As., 2015, t. I, p. 402.

de los casos “Mendoza”⁴ y “Halabi”⁵. Por ello, el art. 14 constituía una transposición de la doctrina del máximo tribunal, en tanto distinguía:

a) derechos individuales, o sea derechos subjetivos sobre un bien individualmente disponible sólo por su titular⁶;

b) derechos de incidencia colectiva o derechos de incidencia colectiva strictu sensu que tienen por objeto derechos individuales homogéneos: los “derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados” (redacción del art. 14 inc. b), diferenciándose de los primeros en el hecho de que permiten procesos colectivos, tal como se disponía en materia de responsabilidad civil⁷;

c) derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos: en términos del art. 14 inc. c proyectado, los “derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común”, sobre los cuáles no hay derechos subjetivos en sentido estricto, y por lo tanto, no pertenecen a la esfera individual sino social ni son divisibles en modo alguno⁸. En este último caso además, se producía una legitimación ampliada para reclamar⁹.

Esta clasificación se proyectaba en el sistema estatuido por el Código proyectado. En materia de bienes, al tratar los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes (art. 240, con una redacción diferente a la vigente). La sección 5º, ubicada dentro de capítulo destinado a la responsabilidad civil (Libro III, Título V, Cap.1), denominada “de los daños a los derechos de incidencia colectiva”, fijaba reglas generales para el proceso colectivo, tanto en caso de daños a derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos (art. 1745), como también –y aquí la trascendencia mayor– para los daños a derechos individuales homogéneos (arts. 1746 a 1748)¹⁰. Además, al tratar la función punitiva, la sanción pecuniaria disuasiva prevista en el art. 1714 fue pensada para ser aplicada a los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos (art. 14 inc. c)¹¹. Esta normativa seguía el proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y el Código Modelo de Procesos colectivos para Iberoamérica aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal¹².

2.3.- La jurisprudencia de la CSJN.

Existe una larga evolución en la jurisprudencia de la CSJN respecto a los derechos de incidencia colectiva, a partir fundamentalmente de la delimitación de la cláusula constitucional

⁴ CSJN – “Mendoza, Beatriz S. y otros c Estado Nacional y otros”, del 20/06/06, *Fallos* 329:2316.

⁵ CSJN – “Halabi, Ernesto c P.E.N. Ley 25.873 Dto. 1563/04”, del 24/02/09, en *Fallos* 332: 111.

⁶ “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Infojus, Bs. As., 2012, p. 541.

⁷ “Fundamentos del Anteproyecto...”, cit., p. 542.

⁸ “Fundamentos del Anteproyecto...”, cit., p. 541.

⁹ Se incluía al “afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales”, lo que además dialogaba con la legitimación prevista en el art. 1745.

¹⁰ GALDÓS, Jorge M. – “Comentario al art. 1737”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) – *Código Civil y Comercial comentado*, cit., T. VIII, p. 479.

¹¹ “Fundamentos del Anteproyecto...”, cit., p. 678.

¹² “Fundamentos del Anteproyecto...”, cit., p. 689.

incorporada en 1994 (art. 43, 2º párr.)¹³. No podremos abordarla aquí, apenas referiremos a la doctrina hoy consolidada, fundamentalmente a partir de los precedentes “Mendoza”, “Halabi”, “Padece”¹⁴.

En estos precedentes la Corte fue delineando la división de derechos según la legitimación procesal para su defensa¹⁵. Asumiendo un importante rol institucional, en primer lugar reconoció que los “derechos de incidencia colectiva” mencionados en el art. 43, 2º párrafo de la Constitución incluyen dos categorías de derechos: los que tienen por objeto un bien colectivo, y los que se refieren a intereses individuales homogéneos¹⁶. En cualquiera de las dos hipótesis, si se encuentra afectada la incidencia colectiva del derecho, la acción judicial debe o puede ser tramitada bajo las reglas del proceso colectivo¹⁷. Volveremos sobre este punto.

Luego de presentar este panorama, la Corte se encontró frente a un paisaje desierto de normas referidas a cómo tramitar aquellos procesos colectivos. Por ello desde “Halabi” hasta nuestros días, el supremo tribunal ha continuado identificando los requisitos y las reglas bajo las cuales tramitar estos procesos. En pocas palabras, la Corte ha producido la creación pretoriana de un remedio judicial, como ya lo había hecho con el amparo en los recordados casos “Siri” y “Kot”.

No obstante, la doctrina es unánime en el reclamo: es necesario que el legislador asuma la tarea que le acuerda la Constitución y proceda a reglamentar detalladamente el proceso colectivo¹⁸. Justamente, mediante el diseño proyectado por la comisión reformadora es que se quiso superar este vacío. Hasta entonces, y merced al esfuerzo de la CSJN, permanecen irresueltas las incógnitas respecto a la identificación de la clase afectada¹⁹, la determinación de la representación adecuada y la legitimación activa²⁰, los efectos de la litispendencia²¹, la ejecución de la sentencia común en cada caso individual, entre otras.

¹³ Ver, GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena y TOLOSA, Pamela – “Daños a los derechos de incidencia colectiva e interés individuales homogéneos”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) - *Máximos precedentes. Responsabilidad Civil. Parte General* – La Ley, Bs. As., 2013, T. II, p. 158.

¹⁴ CSJN – “PADEC c Swiss Medical SA”, del 21/08/09, en *La Ley Online*. Para un detalle de la jurisprudencia posterior remitimos a LOWENROSEN, Flavio – “Una tendencia irreversible: la Corte Suprema de Justicia de la Nación admite la legitimación colectiva de las asociaciones de consumidores”, en *elDial.com* – CC3AD9.

¹⁵ Ver, in extenso, GALDÓS, Jorge M. – “Los daños masivos. Primeras aproximaciones”, en PALMERO, Juan C (comp.) – *Cuestiones modernas de Derecho Civil*, Advocatus, Córdoba, 2011, p. 289; *idem*, “El daño moral colectivo. Su problemática actual”, en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.) – *Derecho ambiental y daño*, La Ley, Bs. As., 2009, p.264 y ss.

¹⁶ “Halabi”, consid. 9.

¹⁷ Las diferencias entre las situaciones en que se afecta un “bien colectivo” o “intereses individuales homogéneos” es analizada por la Corte en “Habali”, consid. 10 y 11 respectivamente. Ver además, LORENZETTI, Ricardo L. - *Justicia Colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2010, p.103 y ss.

¹⁸ SALGADO, José M. – “Una ley de procesos colectivos”, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2014-V, p.227; ANDREUCCI, Carlos A. – “Acciones colectivas: ante la ausencia de ley la presencia de la jurisprudencia”, en *La Ley*, Suplemento Derecho Constitucional, mayo 2015, del 11/05/15, p.48; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena y TOLOSA, Pamela – “Daños a los derechos de incidencia colectiva...” cit., p. 157. “Halabi”, consid. 12.

¹⁹ BURN, Carlos A. y JAIME, Facundo – “Las acciones de clase y la determinación del colectivo representado en juicio”, en *Responsabilidad Civil y Responsabilidad* 2015-VI, p.219.

²⁰ PÉREZ BUSTAMANTE, Laura – “Class actions de consumo y representación colectiva”, en *La Ley* 2013-F, p.783.

²¹ DE ESTRADA, Mariano E. y ALONSO, Diego – “Unificación de acciones colectivas, litispendencia y cosa juzgada”, en *La Ley*, diario del 27/04/15, p. 5.

3. Nuestra opinión y sus fundamentos.

Visto los antecedentes, en respuesta al interrogante planteado cabe concluir que la supresión efectuada sobre el Anteproyecto no implica eliminar del derecho argentino la posibilidad de tramitar en un proceso colectivo las incidencias colectivas de los casos en que exista una afectación homogénea a derechos individuales, cuando existe una causa fáctica y normativa común, y el ejercicio individual no aparece como justificado, o se evidencia un fuerte interés estatal. Es decir, si se trata de una afectación homogénea a derechos individuales continúa siendo conveniente que su judicialización se efectúe mediante un proceso colectivo.

Las supresiones y modificaciones efectuadas no le quitan operatividad al art.43 de la CN y a la doctrina interpretativa de la CSJN, principalmente a partir del caso “Halabi”, lo que resulta compatible con los nuevos paradigmas introducidos por el CCC, principalmente, la constitucionalización del derecho privado y el diálogo de fuentes (arts. 1, 2 y 3, Cód. cit.).

La mayor pérdida ha sido la sistematicidad del tratamiento, por lo que se ha desperdiciado la oportunidad de construir una sólida regulación de tales derechos²². Pero en modo alguno las modificaciones implican una supresión a la construcción pretoriana desarrollada por la Corte Suprema de Justicia. Hasta tanto el legislador retome su tarea de reglamentar las garantías constitucionales, habrá que continuar aplicando la construcción emanada de la jurisprudencia del máximo tribunal.

Nuestros argumentos son los siguientes:

- 1) El fundamento de la tutela de los derechos de incidencia colectiva viene dado por la Constitución Nacional, lo que es precedente y superior a cualquier contenido de normas inferiores, incluido el Código Civil y Comercial.

En el “Estado legislativo de derecho” la ley (de la que el Código es su gran exponente) tiene en exclusiva la fuerza normativa, es decir, es el único instrumento capaz de otorgar derechos y de estructurar su contenido y su ejercicio. En pocas palabras: si el derecho subjetivo no está en la ley (o en el Código), no existe. Por el contrario, el “Estado constitucional de derecho” dota a la Constitución de fuerza normativa, y la ubica como norma suprema del ordenamiento jurídico, cuyos contenidos normativos se proyectan sobre el derecho secundario mediante la constitucionalización²³. Al decir de Bidart Campos, la ley no es el techo del ordenamiento jurídico²⁴. La sanción del Código Civil y Comercial ha ubicado a este cuerpo normativo en sintonía con la Constitución Nacional reformada en 1994, escogiendo para el derecho argentino un Estado constitucional y convencional de derecho. Es decir, el Código “ordena pero no constituye, estipula pero no determina, amplía pero no excluye”²⁵.

²² VERBIC, Francisco – “Derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de derechos en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2013-IV, p.58; DE LOS SANTOS, Mabel A. – “Los procesos colectivos en el Anteproyecto”, en *La Ley* 2012-C, p.1372.

²³ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés – *El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial*, Ediar, Bs. As., 2015, p. 14 y ss.

²⁴ BIDART CAMPOS, Germán - "La ley no es el techo del ordenamiento jurídico (Una muy buena sentencia de adopción)", en *La Ley*, 1997-F, p.145.

²⁵ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés – *El Estado constitucional y convencional...*”, cit. p. 12.

En otras palabras, se ha receptado plenamente el denominado proceso de constitucionalización del derecho privado (arts. 1 y 2, CCC; art. 31 y 75. Inc.22, CN)²⁶.

En lo que aquí nos interesa, el art. 43 Constitución Nacional incorporado en 1994, consagra en su segundo párrafo la posibilidad de interponer acción judicial de amparo cuando se afectan “derechos de incidencia colectiva”. Como vimos, la Corte ha dicho que la referencia efectuada en dicha norma incluye los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, pero también a los derechos de incidencia colectiva referentes a bienes individuales homogéneos²⁷.

Recordemos además que la Corte ha declarado que la omisión del legislador no puede suponer un pretexto para el ejercicio de derechos constitucionales emanados de normas calificadas como “operativas”. Más aún si tenemos en cuenta que en la doctrina constitucionalista se ha superado ya la distinción entre normas operativas y programáticas y en cambio se sostiene que todas las normas constitucionales son operativas y de concreción particular²⁸.

En consecuencia, el fundamento normativo que habilita a tramitar bajo las reglas del proceso colectivo las acciones que invocan derechos individuales homogéneos no debe buscarse en el Código sino en la Constitución. Por lo que, frente a un eventual silencio en la ley civil y comercial no puede suponer una ausencia en el derecho vigente. Por el contrario, y como es doctrina inveterada de la CSJN, en tanto intérprete de la CN, tales hipótesis deben ser subsumidas dentro de los “derechos de incidencia colectiva” a los que hace referencia el art. 43, 2º párr. de nuestra Carta Magna.

2) La categoría “derechos de incidencia colectiva” incorporada en el art. 14 del Código – y referida en normas concordantes–, es un género que incluye dos sub-especies: los derechos de incidencia colectiva que recaen sobre bienes colectivos, y los derechos de incidencia colectiva que hacen referencia a intereses individuales homogéneos. Tal es la conclusión que se resulta de interpretar la norma de modo coherente con el art. 43, 2º párr. de la CN.

Como vimos, la modificación efectuada por el Poder Ejecutivo ha borrado el inc. b) original del art. 14 (referido a los intereses individuales homogéneos). Pero también ha mutilado el inc. c), el que trataba los “derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común”, y lo ha transformado en un inc. b) relativo a “derechos de incidencia colectiva” (a secas)²⁹.

Con ello, se abren dos posibilidades de interpretación del texto legislativo. Una estricta, que identifique a los “derechos de incidencia colectiva” del inciso b) únicamente con los que tienen por objeto bienes colectivos, indivisibles e inapropiables individualmente; otra amplia, que

²⁶ LORENZETTI, Ricardo L. – “Comentario al art. 1”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) – *Código Civil y Comercial comentado*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2014, T. I, p. 29; HERRERA, Marisa y CAMELO, Gustavo – “Comentario al art. 1”, en HERRERA, Marisa y ots. – *Código Civil y Comercial comentado*, Infojus, Bs. As., 2015, t. I, p. 6; entre muchos otros.

²⁷ “Halabi”, consid. 9, 11 y 12; “Padec”, consid. 11.

²⁸ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés – *El Estado constitucional...* cit., p. 23.

²⁹ En concordancia, el art. 240 del Anteproyecto establecía que los derechos individuales tenían como límite de su ejercicio a “los derechos de incidencia colectiva en los términos del artículo 14”, y ahora refiere a los “derechos de incidencia colectiva”.

equipara la mención del art. 14 inc. b) con la fórmula del texto constitucional (art. 43, 2º párr.) y que por lo tanto incluya, según la interpretación que ha hecho la CSJN, tanto a los derechos de incidencia colectiva que se refieren a bienes colectivos como los que se refieren a intereses individuales homogéneos. Pensamos que la segunda de las interpretaciones, además de ser coherente con el sistema jurídico general, es la que permite un mayor desarrollo de los principios constitucionales, entre ellos, el de tutela judicial efectiva (arts. 1 y 2, CCC).

En este sentido, se ha dicho que los derechos de incidencia colectiva deben ser definidos como “aquellos que pertenecen divisible o indivisiblemente a una pluralidad relevante de sujetos”, categoría en la que se distingue, según “la noción de la divisibilidad del interés tutelado”, los “intereses difusos” –cuya nota es la indivisibilidad, al ser derechos de incidencia colectiva que se presentan fundidos, de modo tal que la satisfacción de uno de sus titulares no es posible sin la del resto–, y los “derechos individuales homogéneos” –caracterizados por la divisibilidad de su objeto, constituidos por intereses divisibles sobre los que se vuelve propicio un tratamiento–. De allí que los derechos individuales homogéneos sean también derechos de incidencia colectiva, pese a que su objeto es divisible³⁰.

No debemos perder de vista que la clasificación que analizamos no atiende tanto a una diferencia ontológica de los derechos, sino que se efectúa desde el punto de vista de cómo ejercer el derecho frente a la afectación, a fin de permitir su eficaz tutela.

En definitiva, podemos concluir que existen cierto grupo de situaciones que necesariamente requieren un enjuiciamiento colectivo. Son los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos. En estos casos, es materialmente imposible que la defensa de un bien colectivo (prevención o recomposición) tenga resultados sólo para una persona o un grupo, y no para el resto de la comunidad³¹.

Pero además, hay un grupo de casos sobre los que resulta conveniente, útil o eficiente una tramitación bajo las reglas del proceso colectivo. Son los llamados intereses (o derechos) individuales homogéneos.

Aquellos son derechos colectivos, y su afectación tramita mediante un proceso colectivo; estos son derechos individuales, pero cuya afectación, en su incidencia colectiva, resulta conveniente tramitar bajo un proceso colectivo.

Destacamos que lo que importa a los efectos de la clasificación no es la naturaleza del bien, sino la incidencia que su defensa presenta en cierta colectividad. Cuando un bien colectivo es afectado algunos efectos tienen incidencia colectiva, mientras que otros que son eminentemente individuales³²; cuando un bien individual resulta afectado, se generan lesiones individuales, algunas de las cuales tienen incidencia colectiva, a partir de la homogeneidad de la afectación (porque tiene una causa fáctica y normativa común), de modo que lo homogéneo genera lo colectivo.

³⁰ GIANNINI, Leandro J. – “Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial (Aportes para su redefinición)”, en *Doctrina Judicial*, del 05/09/12, p. 89.

³¹ Como lo aclara la Corte en “Mendoza”, en su caso la afectación individual de cada persona requiere de una defensa individual (resarcimiento), que en su caso, podrá constituir un caso de afectación homogénea (derechos individuales homogéneos).

³² CSJN, “Mendoza”, consid. 6.

En otras palabras, lo homogéneo es el tipo de afectación y no el interés afectado³³. Es decir, los derechos de incidencia colectiva no se identifican necesariamente con la naturaleza colectiva del bien afectado, el que puede ser colectivo o individual. Lo que es colectivo, y permite la tramitación mediante un proceso colectivo, es la afectación.

Ahora bien, si se comparte nuestra opinión según la cual la interpretación amplia del art. 14 inc. b permite incluir a los intereses individuales homogéneos, la siguiente cuestión es identificar el parámetro con el cual determinar los casos en que se está frente a un caso de afectación homogénea de derechos individuales que ameritan la tramitación bajo un proceso colectivo.

Según la doctrina pretoriana de la CSJN –vigente a falta de regulación legislativa– los requisitos para acceder al proceso colectivo cuando se trata de derechos individuales homogéneos son³⁴: a) verificación de una causa fáctica o normativa común; b) pretensión enfocada en el aspecto colectivo de los efectos (es decir, en la incidencia colectiva)³⁵; c) constatación de que el ejercicio individual no aparece justificado, o lo que es lo mismo, que el proceso colectivo es una vía más eficiente y funcional que el trámite individual. Habrá un “caso colectivo” también cuando “pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”.

Por estos días, una de las mayores dificultades consiste en dilucidar correctamente el tercer requisito: ¿cómo saber, frente a un caso concreto, si el proceso colectivo es más eficiente que el individual?³⁶ Además, en cuanto a la legitimación activa, habrá que determinar quienes se encuentran legitimados para iniciar la acción colectiva y además, bajo qué parámetros se determinará el colectivo afectado.

En conclusión, frente a la parquedad de la redacción que tiene el art. 14 vigente, que alude únicamente a los “derechos de incidencia colectiva” en su inciso b) –y no a “derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común”, según la redacción original del art. 14 inc. c)–, se abre la posibilidad de incluir en esta categoría general, por vía de interpretación, a los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos –derechos de incidencia colectiva en sentido estricto–, y a los derechos individuales cuando su afectación es homogénea.

3) Ante la falta de legislación, las reglas del proceso colectivo deberán ser determinadas por el juzgador, siguiendo la construcción jurisdiccional de la CSJN, que le ha conferido operatividad, hasta tanto el legislador sancione la normativa especial requerida.

Como consecuencia de lo dicho precedentemente, entendiendo que el fundamento normativo del proceso colectivo en caso de derechos de incidencia colectiva sobre derechos

³³ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena y TOLOSA, Pamela – “Daños a los derechos de incidencia colectiva...” cit. p. 177. Las autoras proponen referir a *afectaciones homogéneas a intereses individuales*, antes que a intereses individuales homogéneos.

³⁴ Según doct. de “Halabi”, consid. 13.

³⁵ La incidencia colectiva homogénea referida a derechos individuales puede consistir en pretensiones *patrimoniales* o *extrapatrimoniales*.

³⁶ MEROI, Andrea A. – “Delimitación jurisprudencial del caso colectivo. Dificultades”, en *La Ley* 205-B, p.212.

individuales homogéneos proviene de la Constitución, huelga volver operativa la garantía constitucional y frente a la mora del legislador, requerir que los jueces dispongan las reglas de admisión y tramitación de aquel proceso colectivo³⁷. Esto es, justamente, lo que ha ido delineando la CSJN desde el precedente “Halabi”³⁸. A falta de una regulación orgánica, también resultan útiles ciertas directrices específicas para el proceso colectivo ambiental (arts. 30, 32 y 33, LGA) y del proceso colectivo de consumo (LDC).

En pocas palabras, el proceso colectivo se enfoca en los efectos comunes de los derechos afectados, y deja a la prueba de cada caso la verificación particular del daño efectivamente sufrido por cada uno de los miembros de la clase.

Expuestos en apretada síntesis, además de los requisitos para constatar la existencia de un “caso de incidencia colectiva” (causa fáctica o jurídica común; pretensión enfocada en los “efectos comunes”, en la incidencia colectiva de la afectación; falta de conveniencia del proceso individual frente al proceso colectivo), la CSJN se ha preocupado además por exigir una adecuada identificación del colectivo representado³⁹, por evitar la duplicación o multiplicación de procesos⁴⁰ mediante la creación de un “Registro de Acciones Colectivas” (Acordada 32/2014) y la unificación de procesos colectivos similares⁴¹.

4) Pese a la supresión efectuada sobre el texto del art. 1 del Código, la jurisprudencia constituye una fuente material de derecho y, en consecuencia, sus decisiones forman reglas de derecho aplicable.

En su redacción original, el art. 1 del Proyecto de Código indicaba que para la interpretación de las leyes debía tenerse en cuenta “la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso”. Como se sabe, en la redacción vigente, el Código manda a interpretar las leyes teniendo en cuenta “la finalidad de la norma”. Pese a ello, la doctrina ha reafirmado que la jurisprudencia continúa siendo una fuente material, de acuerdo a la interpretación que ha dado la propia CSJN.

Es decir, cuando existe una serie de decisiones judiciales que interpretan la norma en sentido coincidente, la doctrina que de tales pronunciamientos se desprende constituye un fundamento para la resolución de los casos posteriores⁴². Es decir, permiten al juez sostener su decisión con una razonabilidad suficiente de sus fundamentos (art. 3, CCC). La jurisprudencia sería entonces una fuente “implícita”, a la que puede recurrirse como “fuente inspiradora” de la solución del caso⁴³.

³⁷ “Halabi”, consid. 12.

³⁸ Conf., GALDÓS, Jorge M. – “Los daños masivos y el proceso colectivo (repercusiones de Halabi)”, en *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2010-IV, p. 72.

³⁹ CSJN – “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c Loma Negra Cía, Industria Argentina SA y otros”, del 10/02/15, en *La Ley on line*, cita AR/DOC/1160/2015, con nota de Carlos Andreucci.

⁴⁰ CSJN – “Municipalidad de Berazategui c Cablevisión SA”, del 23/09/14, en *La Ley on line*, con nota de Juan Vicente Sola (en *La Ley* 2014-F, p. 73).

⁴¹ CSJN – “García, José y ot. c PEN y otros”, en *La Ley on line*, con nota de Mariano De Estrada y Diego Alonso (en *La Ley* 2015-B, p. 511).

⁴² LORENZETTI, Ricardo L. – “Comentario al art. 1” cit., p. 31.

⁴³ HERRERA, Marisa y CAMELO, Gustavo – “Comentario al art. 1” cit., p.12.

En particular, y para el interrogante que analizamos, la jurisprudencia de la CSJN constituye un *stare decisis* con particularidades propias. Si bien no es en sí misma obligatoria, lo cierto es que en el Estado constitucional y convencional de derecho el respeto del precedente lo dota de racionalidad⁴⁴. La propia CSJN ha dicho que sus precedentes tienen autoridad institucional, y por lo tanto configuran una “regla de derecho aplicable” al caso⁴⁵. Los tribunales, y la propia Corte, deben considerar y seguir los argumentos expuestos en casos análogos, por lo que quien desee su cambio o inaplicación tiene una “carga argumentativa calificada”. Es decir, los jueces tienen el deber institucional de fundar razonablemente el apartamiento a los precedentes de la Corte⁴⁶, y deben demostrar de forma “nítida, inequívoca y concluyente” la existencias de causas que hagan ineludible el cambio o la aplicación de la doctrina emanada del precedente⁴⁷.

En definitiva, la interpretación que la CSJN ha efectuado del art. 43 2° párrafo en lo relativo al concepto de derechos de incidencia colectiva, constituye una regla de derecho aplicable y obligatoria para el resto de los tribunales. Ello así hasta tanto no se conozcan razones para una nueva interpretación. Asimismo, las reglas emanadas de la jurisprudencia del Alto tribunal destinadas a reglamentar la operatividad de los procesos colectivos sobre derechos individuales homogéneos, constituyen directivas vigentes hasta tanto no se sancione una legislación especial que corrija el vacío normativo.

⁴⁴ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés – El Estado constitucional y convencional..., cit. p. 57.

⁴⁵ CSJN – “Arte Radiotelevisivo Argentino SA c Estado Nacional. JGM. SMC”, del 11/02/14, en *La Ley online*.

⁴⁶ LORENZETTI, Ricardo L. – “Comentario al art. 1°” cit., p. 31.

⁴⁷ “Arte Radiotelevisivo Argentino SA”, consid. 6.