

La noción de *derechos de incidencia colectiva* en el nuevo CCyC

Autor: Pamela Tolosa*

Resumen:

La noción conceptual de derechos de incidencia colectiva, en sentido amplio, comprende a los llamados derechos de incidencia colectiva referidos a bienes colectivos indivisibles y de uso común, y a los referidos a derechos individuales homogéneos (en términos de “Halabi”).

En el contexto del nuevo CCyC, interpretar la categoría derechos de incidencia colectiva en sentido amplio resulta consistente con el texto constitucional y con las fuentes citadas en los fundamentos del Anteproyecto.

Luego, el concepto de daño de incidencia colectiva (art. 1737 CCC) alcanza a los casos caracterizados usualmente como daños individuales homogéneos.

Resulta imperioso dictar normas procesales que impliquen un diseño adecuado del proceso colectivo, en cada jurisdicción, a los fines de garantizar la eficacia de esta clase de derechos.

1. Introducción

El nuevo Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) se caracteriza, entre otras cosas, por ser un código de los derechos individuales y colectivos¹. Así, en el título preliminar, el artículo 14 dispone que se reconocen *los derechos individuales* y *los derechos de incidencia colectiva*, y que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales *cuando afecta el ambiente o derechos de incidencia colectiva en general*.

Sin embargo, el Anteproyecto 2012 proponía una protección mucho más completa de los derechos de incidencia colectiva, que fue modificada por el PEN. A pesar de ello, la protección de los derechos de incidencia colectiva en el nuevo CCyC se encuentra presente en diversas instancias². En el campo de la responsabilidad civil, el libro III, título V, capítulo 1, contiene varias normas que apuntan a la protección de los derechos de incidencia colectiva. Concretamente, el deber de prevención y la acción preventiva de daños, si bien no se refieren

* Profesora Adjunta, Universidad Nacional del Sur.

¹ Los miembros de la Comisión de Reformadora, en los fundamentos al Anteproyecto, manifiestan que se trata de un Código de los derechos individuales y colectivos.

² Más allá del mencionado título preliminar: en el libro I, título III, capítulo 1, referido al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes; en el libro III, tanto en el título III como en el título V se encuentran disposiciones específicas vinculadas a la protección de derechos de incidencia colectiva de los consumidores y usuarios. Ver al respecto: TOLOSA, P. y GONZALEZ RODRIGUEZ, L., “La protección de los derechos de incidencia colectiva en el nuevo Código Civil y Comercial”, disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/la-proteccion-de-los-derechos-de-incidencia-colectiva-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-por-pamela-tolosa-y-lorena-gonzalez-rodriguez/>

exclusivamente a casos derechos de incidencia colectiva, sin duda tendrán un fuerte impacto en esta materia. En otro orden, el concepto de daño jurídico que adopta el nuevo código expresamente comprende la afectación de derechos de incidencia colectiva³ y, consecuentemente, al daño de incidencia colectiva.

En este contexto, el nuevo CCyC plantea diversos desafíos pendientes en materia de protección de los derechos de incidencia colectiva, en general, y resarcimiento de daños de incidencia colectiva, en particular. Entre otros, la interpretación del concepto de *derechos de incidencia colectiva* en el marco del CCyC y la necesidad de diseñar procesos colectivos adecuados para garantizar su protección y el resarcimiento de los daños de incidencia colectiva. Ello, en cuanto el Anteproyecto 2012 distinguía entre *derechos individuales*, *derechos individuales homogéneos* y *derechos de incidencia colectiva indivisibles y de uso común*⁴, pero el texto aprobado sólo alude a *derechos individuales* y *derechos de incidencia colectiva*, sin caracterizar a estos últimos como “*indivisibles y de uso común*”. Luego, resulta de especial interés precisar el alcance de este concepto a la luz de la nueva normativa⁵. Asimismo, el Anteproyecto 2012 preveía una sección especial (dentro del capítulo referido a la Responsabilidad Civil) dedicada a los *daños de incidencia colectiva* y *daños individuales homogéneos* que fue eliminada, pero – como lo adelanté- el artículo 1737 recepta al concepto de *daño de incidencia colectiva*. Esto ha dado lugar a planteos doctrinarios acerca de la necesidad de una reforma legislativa que incluya el resarcimiento de los daños de incidencia colectiva y, principalmente, a los *daños individuales homogéneos*. En contraposición a esta idea, una interpretación amplia del concepto de *derechos de incidencia colectiva* permite concluir que el marco normativo del nuevo CCyC es suficiente para una protección adecuada de estos derechos, sin necesidad de ninguna reforma legislativa para lograr dicho objetivo. En las líneas que siguen me dedicaré a analizar cómo encauzar ambos desafíos en el marco de una interpretación armónica de las normas del CCyC.

³ ARTÍCULO 1737.- *Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.*

⁴ La redacción original del artículo 14 en el Anteproyecto, era del siguiente modo:

ARTÍCULO 14.- *Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:*

- a) *derechos individuales;*
- b) *derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1;*
- c) *derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.*

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puede afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

⁵ En este sentido, afirmaban Rivera y Rivera (h) en 2005: “*La legitimación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones se encuentra condicionada a la existencia de un derecho de incidencia colectiva. En consecuencia, resulta imprescindible determinar qué es un derecho de incidencia colectiva y qué lo distingue de los derechos subjetivos puramente individuales*”; en RIVERA, J.C. (h) y RIVERA, J.C. (2005), “*La Tutela de los Derechos de Incidencia Colectiva. La Legitimación del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones del Artículo 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional*”, LA LEY 2005-B, 1053. Actualmente, no sólo tiene vigencia este interrogante respecto de la legitimación, sino que además cabe agregar que la determinación de qué es un derecho de incidencia colectiva permitirá concluir el alcance de las normas que expresamente se refieren a ellos en el nuevo CCyC.

II. El concepto de derechos de incidencia colectiva en el nuevo CCyC

II.a. Una revisión del problema conceptual

Existían en la doctrina argentina numerosas denominaciones para aludir a esta clase de derechos, que reconocían la influencia del derecho comparado⁶. Quizás las más difundidas fueron las de *intereses difusos* y *colectivos*, aunque la distinción conceptual no estuviera siempre clara o no hubiera un criterio uniforme de distinción. Los criterios más usuales para esta distinción eran el de la existencia o no de una vinculación u organización previa entre los miembros del grupo afectado, o el mayor o menor grado de organización entre ellos, y el hecho de tratarse de un grupo determinado o indeterminado de afectados⁷. Pero también tuvieron influencia en Argentina otros rótulos como el de “intereses supraindividuales homogéneos”, proveniente del derecho brasileiro, o “intereses de grupo” del derecho colombiano, entre otros⁸.

La reforma constitucional de 1994 adoptó el término *derechos de incidencia colectiva*. Esta denominación era novedosa por entonces y, en consecuencia, tenía la ventaja del desapego de los términos *derechos e intereses colectivos* y *difusos* y de la categoría *intereses supraindividuales homogéneos* provenientes del derecho comparado, y, al mismo tiempo, parecía superadora de los desacuerdos doctrinarios sobre los límites de cada noción conceptual. Posteriormente, la Ley General del Ambiente (en adelante, LGA) 25.675, sancionada en el 2002, y la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC) del 2008, también adoptaron la denominación *derechos de incidencia colectiva*⁹ en consonancia con el texto constitucional.

Sin perjuicio de ello, los problemas terminológicos y conceptuales subsistieron a pesar de la nueva denominación. Así, en primer lugar, se interpretó que los denominados *intereses difusos* se encontraban incluidos en la noción derechos de incidencia colectiva, pero surgieron debates acerca de cuánto más allá de ese límite alcanzaría dicha noción. Se afirmaba que el concepto era más amplio que el de *intereses difusos*, pero mientras para algunos no podían incluirse bajo ese rótulo a los llamados *derechos individuales divisibles*, para otros no podían incluirse intereses

⁶ Entre otros, *intereses difusos*, *intereses de tercera generación*, *intereses supraindividuales*, *intereses superindividuales*, *intereses colectivos*, *intereses de incidencia colectiva*, *intereses transindividuales*, *interés de grupo*. Para una interesante reflexión acerca del problema terminológico vinculado a este tema, ver BUJOSA VADELL, L. M. (1997), “Sobre el concepto de intereses de grupo difusos y colectivos”, LL., 26/ 11/ 1997.

⁷ Si bien en algunas ocasiones la expresión “intereses difusos” se ha utilizado como sinónimo de “intereses colectivos”, algunos autores las han distinguido conceptualmente. Así, por ejemplo, se ha afirmado que “interés colectivo” refiere a “*aquellos intereses comunes a una colectividad de personas y sólo a éstas, cuando exista un vínculo jurídico entre los componentes del grupo: la sociedad comercial, el condominio, la familia, las entidades profesionales, el sindicato, etc. Son intereses nacidos de una relación-base que une a los miembros de las respectivas comunidades y que, aun no confundiendo con los intereses estrictamente individuales de los individuos en particular, permite su identificación*” -ver al respecto PELLEGRINI GRINOVER, A. (1986), “Acciones colectivas en tutela del ambiente y de los consumidores”, Revista IUS, N° 38, La Plata, p. 64; GOZAINI, O. A.(2008), “Protección procesal de usuarios y consumidores”, en MOSSET ITURRASPE, J. y WAJNTRAUB, J. H., *LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR*, Rubinzal-Culzoni, pp 354-355- . Es decir, la diferencia estaría dada en la existencia de una estructura organizativa no ocasional ni efímera de la que surge el llamado *interés colectivo*.

⁸ AZAR, M. J.(2009), “Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN”, LA LEY 13/07/2009, 13/07/2009, 1, LA LEY2009-D, 1029, Cita Online: AR/DOC/2147/2009; AZAR, M. J.(2012), “Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Revista de Derecho Privado”, Año 1, Número 2, Ediciones Infojus.

⁹ LGA en el art. 27 se refiere a “daño de incidencia colectiva”. La LDC, en los arts. 52, 54 y 55.

patrimoniales y para la posición más amplia podía abarcar derechos individuales de carácter patrimonial¹⁰.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) adoptó la denominación *derechos de incidencia colectiva*, consistentemente con el texto de la CN, pero si se revisan los antecedentes en este campo, puede advertirse que el alcance conceptual de esta noción no fue uniforme¹¹.

Fue a partir del fallo “Halabi” que se popularizó en la doctrina la distinción entre *derechos de incidencia colectiva* y *derechos individuales homogéneos*. El criterio sobre el que se puso énfasis para distinguir entre ambas categorías fue la *indivisibilidad* o *divisibilidad* del interés. Sin embargo, no existe unanimidad en cuanto a las bases conceptuales implicadas, y ello se reflejó en la jurisprudencia¹². Concretamente, pueden distinguirse dos posiciones respecto del alcance de esta noción conceptual:

- a) una noción amplia, que incluye dentro de la denominación derechos de incidencia colectiva a los llamados *derechos de incidencia colectiva referidos a bienes colectivos*¹³

¹⁰ En este sentido, afirmaba Quiroga Lavié: "...los derechos colectivos, o de incidencia colectiva como lo llama nuestra Constitución, no son solamente aquellos cuyo objeto o situación de ventaja merecedora de protección resulta común a un grupo indeterminado de personas, e indivisible en su materialidad, como es el caso del medio ambiente. También alcanza su tutela a derechos individuales divisibles y mensurables, en relación con el objeto materia de su prestación, cuando resultan equivalentes entre sí y la afectación que han sufrido ha sido producida por un acto administrativo único aplicable de un sector o grupo indeterminado de personas. Es decir que el colectivo se configura tanto por el objeto único e indivisible materia de la prestación, o del bien objeto del goce, como por el acto único, administrativo o no generador de perjuicios individualizables y divisibles sufridos por sus respectivos titulares", en QUIROGA LAVIE, H., *El amparo colectivo*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, pp. 131-132. Asimismo, ver al respecto: AZAR, M. J. (2009), cit., AZAR M.J. (2012), cit.

¹¹ Para una interesante revisión en este sentido, ver: AZAR-BAUD, M. J. (2013), *LES ACTIONS COLLECTIVES EN DROIT DE LA CONSOMMATION. ÉTUDE DE DROIT FRANÇAIS ET ARGENTIN À LA LUMIÈRE DU DROIT COMPARÉ*, Titre 2, Chapitre 1, Dalloz, París.

¹² Básicamente, las principales controversias se suscitaron en la jurisprudencia en torno a casos de reclamos presentados por asociaciones de consumidores que implicaban pretensiones patrimoniales de los usuarios o consumidores que pretendían representar. Mientras algunos jueces invocando “Halabi” consideraban que se trataba de casos de derechos de incidencia colectiva referidos a derechos individuales homogéneos y existía legitimación de la actora para representar dichos intereses; otros entendían que tratándose de afectaciones patrimoniales de los usuarios o consumidores, de daños diferenciados sufridos por ellos, no podía hablarse de intereses individuales homogéneos y, en consecuencia, la asociación de consumidores no estaba legitimada para iniciar un proceso colectivo. “PADEC c/ Swiss Medical SA” fue uno de esos casos, que finalmente llegó a la CSJN, y el máximo tribunal tuvo oportunidad de expedirse en el sentido favorable a considerar admisible la *acción de incidencia colectiva* y, en consecuencia, reconocer la legitimación de la asociación de consumidores. Nos referimos a este tema en: RODRIGUEZ GONZALEZ, L. y TOLOSA, P., “Daños a los Derechos de Incidencia Colectiva e Intereses Individuales Homogéneos”, capítulo 3 del libro *MAXIMOS PRECEDENTES de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. RESPONSABILIDAD CIVIL, PARTE GENERAL*, Ricardo L. Lorenzetti (Director), editorial LL, tomo II, Buenos Aires, 2014, ISBN 978-987-03-2631-1, pp. 149-184; y TOLOSA, P. y RIOS, G. (2015), “Defensa del Consumidor, Proceso Colectivo e Intereses Individuales Homogéneos”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, febrero 2015.

¹³ Un análisis crítico de la denominación *bienes colectivos*, lleva a concluir que no resulta claro el criterio utilizado para delimitar la noción conceptual implicada en esta categoría. Excede los límites propuestos

indivisibles y de uso común, y también a los llamados *derechos de incidencia referidos a intereses individuales homogéneos*. Desde este enfoque, existiría una relación de género a especie entre *derechos de incidencia colectiva* (en sentido amplio) y los denominados *derechos individuales homogéneos*.

- b) una noción restringida, que considera que en el término derechos de incidencia colectiva se refiere exclusivamente a los intereses que recaen sobre *bienes colectivos, indivisibles o de uso común*. Para esta posición, la categoría *derechos individuales homogéneos* sería una categoría diferenciada de la categoría *derechos de incidencia colectiva*.

Luego, dado que el texto del nuevo CCyC refiere a *derechos de incidencia colectiva* sin ninguna definición al respecto, el debate en torno al alcance conceptual de esta noción persiste. Así, aquellos quienes defienden la postura restringida, consideran excluidos del nuevo CCyC a los llamados *derechos individuales homogéneos*. Esto reaviva el debate sobre este concepto. Y su delimitación teórica se encuentra estrictamente vinculada a problemas concretos – relacionados también con la supresión de la sección 5ª del capítulo I, título V, Libro III del Anteproyecto 2012- tales como la admisión o no del proceso colectivo para casos en los cuales existen pretensiones patrimoniales diferenciadas entre el grupo de afectados, por un lado; y por otro, de un modo más general, cómo deberían diseñarse los procesos colectivos.

II.b. Los argumentos a favor de una interpretación amplia

Un análisis detenido de las fuentes de las que se nutre el texto del nuevo CCyC y de la modificación que se hiciera al texto del Anteproyecto, en el contexto del ordenamiento jurídico vigente, permite concluir que la referencia a *derechos de incidencia colectiva* se corresponde con la noción conceptual amplia¹⁴. Básicamente, tres argumentos pueden esgrimirse para fundar esta conclusión.

En primer lugar, las fuentes que cita la Comisión de Reformas en los fundamentos al Anteproyecto. Al referirse a los derechos, se cita como fuente al fallo “Halabi”¹⁵, En este precedente, en el considerando 9, puede leerse: “*Que en materia de legitimación procesal*

para este trabajo profundizar al respecto. Algunas ideas en relación a este punto fueron esbozadas en: TOLOSA, P. (2006) “*Conservación de un Área Arqueológica. Un caso de afectación de intereses difusos*”, Revista La Ley Gran Cuyo, ISSN 0329-1677, año 11, número 11, diciembre, pp. 1389-1411.

¹⁴ Cabe aclarar, en este punto, que asumo que las palabras no tienen un único significado posible, ni mucho menos reflejan una posible esencia de las cosas. Es decir, parto de una posición “convencionalista” en cuanto a la relación entre el lenguaje y la realidad. Ello implica suponer que la relación entre lenguaje y realidad es establecida por acuerdos consuetudinarios en nombrar ciertas cosas de ciertas maneras; en otros términos, que las cosas solo tienen propiedades esenciales en la medida en que los hombres hagan de ellas condiciones necesarias para el uso de la palabra. En cambio, otra forma de ver la relación entre lenguaje y realidad es desde una postura esencialista: este enfoque asume que los conceptos reflejan alguna presunta esencia de las cosas y las palabras son medios para expresarlas. Así, al contrario de las posturas convencionalistas, para los esencialistas habría una conexión entre las palabras y la realidad que los seres humanos no pueden cambiar, solo descubrir o reconocer, lo que determina que sólo pueda existir una definición correcta para cada palabra. Considero que este modo de analizar los conceptos jurídicos genera confusiones insuperables, y que, en cambio, asumir una posición convencionalista resulta preferible.

¹⁵ Ver fundamentos al Anteproyecto, disponibles en: <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2/>

corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: **individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos**". Luego, en el considerando 11) se refiere a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43, CN.)¹⁶. Y en el considerando 12) afirma: "*Que la Constitución Nacional admite en el art. 43, párr. 2º, una tercera categoría conformada por **derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos**. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados*"¹⁷. Así, la CSJN en "Halabi" adopta la noción amplia de derechos de incidencia colectiva, comprensiva tanto de los derechos que tienen por objeto *bienes colectivos* como de los derechos referentes a *intereses individuales homogéneos*.

Al referirse a los *daños de incidencia colectiva*, en los fundamentos al Anteproyecto, se citan como fuentes, además del fallo "Halabi", al Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamerica (en adelante, CMPCI), y al proyecto de reforma a la LGA elaborado por la Asociación Argentina de Derecho Procesal¹⁸. Si se considera el CMPCI, allí tampoco es posible encontrar un concepto restringido de derechos de incidencia colectiva. Por el contrario, el CMPCI directamente no utiliza el rótulo derechos de incidencia colectiva - lo que demuestra que se trata de una denominación propia de nuestro ordenamiento jurídico-. En su artículo 1 dispone que la acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de 1) *intereses o derechos difusos*, 2) *intereses o derechos individuales homogéneos*. Luego, no es posible sostener la interpretación restringida de la noción *derechos de incidencia colectiva* del nuevo CCyC con fundamento en esta fuente¹⁹.

El proyecto de reforma a la LGA, por su parte, apuntaba justamente a incluir en dicha normativa la posibilidad de que los legitimados colectivos puedan demandar la reparación de los daños individuales sufridos por los integrantes del grupo afectado por el hecho dañoso y los límites dentro de los cuales resulta viable la tutela colectiva de los derechos individuales, entre otras

¹⁶ Y agrega: "...son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado."

¹⁷ Continúa este considerando: "*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 a considerar razonable la realización de un sólo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño...*"

¹⁸ También en los fundamentos puede leerse, en este punto, una última frase que afirma: "*Se adecua el art. 1622 del Proyecto de 1998*". Precisamente, dicho artículo proyectado se titulaba "daño a intereses de incidencia colectiva" y se refería exclusivamente a casos de los usualmente denominados *de afectación a bienes colectivos*, pues apuntaba a la reposición al estado anterior como prioritaria y no admitía la posibilidad de incluir perjuicios individuales diferenciados.

¹⁹ Podría argumentarse que la categoría *intereses difusos* que menciona el CMPCI se identifica con la noción *derechos de incidencia colectiva*, y se distingue de la categoría *intereses supraindividuales homogéneos*, con lo cual sería consistente esta distinción con la interpretación restringida. Pero este argumento asume la identificación de la noción *derechos de incidencia colectiva* con la categoría *intereses difusos*, lo cual no constituye un criterio uniforme ni pacífico en nuestra doctrina y jurisprudencia.

cosas²⁰ Precisamente, esta reforma pretendía evitar la interpretación restrictiva de las disposiciones de la LGA en materia de responsabilidad civil, propiciada por un sector de la doctrina, que sostiene que sólo se aplican a los casos de daño ambiental colectivo, excluyendo los daños individuales sufridos como consecuencia de la contaminación al ambiente²¹. De esa manera, la reforma propuesta, garantizaba la posibilidad de encauzar los reclamos por daños individuales derivados de la contaminación en el marco de un proceso colectivo. En cuanto a la terminología utilizada, el proyecto de reforma legislativa en cuestión no define la noción de *derechos de incidencia colectiva*, y sólo usa esta denominación una vez²². Tampoco utiliza el término *derechos individuales homogéneos*; se refiere al *daño ambiental colectivo* y a la posibilidad de *demandar colectivamente la reparación de los perjuicios individuales homogéneos sufridos a consecuencia del daño ambiental*. En consecuencia, a partir de la cita de esta fuente, tampoco es posible sostener una interpretación restrictiva de la noción derechos de incidencia colectiva.

En segundo lugar, la interpretación amplia de la noción de derechos de incidencia colectiva, resulta compatible con los términos utilizados por el texto de la CN. Así, el artículo 43, segundo párrafo, dispone: “*Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines...*”. Al referirse a los *derechos de incidencia colectiva en general*, después de especificar que el amparo colectivo puede ejercerse para la defensa de *los derechos relativos al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor*, pareciera claro que se adoptó una fórmula amplia, genérica, comprensiva de toda clase de derechos que puedan presentar las características necesarias para ser incluidos en la categoría *de incidencia colectiva*. Por otra parte, el texto constitucional no hace ninguna mención a los llamados *derechos individuales homogéneos*.

²⁰ Además, el proyecto incorpora la posibilidad del dictado de una condena genérica dejando para una segunda fase del proceso la liquidación de los daños individuales, delimita los alcances de la expansividad de la cosa juzgada de los efectos de la sentencia y confieren facultad al juez para crear fondos de compensación especiales. Ver al respecto: VERBIC, F (2008) “El proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente n° 25.675. En búsqueda de un sistema procesal colectivo para la reparación del daño ambiental en la República Argentina”, Revista de Processo N° 157, Ed. Revista dos Tribunais, Brasil; y VERBIC, F. (2013), “Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el Congreso de la Nación para regular la tutela colectiva de derechos en la República Argentina”, Revista de Processo N° 216, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo.

²¹ Ver al respecto, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2006), “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA)”, Comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el 22 de junio de 2006. Por su parte, Cafferatta sostiene la postura de que las disposiciones de la LGA también se aplican al caso de daño individual en la medida que el art. 30 reconoce la legitimación del *afectado* para promover el proceso colectivo: CAFFERATTA, Néstor (2006), “Derecho a la salud y derecho ambiental”, L.L.C. 2006-411.

²² En el último párrafo del artículo 30 proyectado, que dice: “*Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se tutelen derechos de incidencia colectiva, se exigirá que el legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de dichos intereses. Entre otros parámetros, el juez podrá tener en cuenta: a) la capacidad, competencia, prestigio y experiencia del legitimado; b) sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; c) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda*”.

En tercer lugar, si bien es cierto que la referencia a los *derechos individuales homogéneos* fue eliminada del texto del CCyC, y quedó la expresión *derechos de incidencia colectiva*, no debe perderse de vista que la redacción original del artículo 14 inciso c) del Anteproyecto 2012 decía “*derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común*”. Precisamente, la referencia a estas dos últimas características también se eliminó. En consecuencia, el texto actual sólo se refiere a *derechos de incidencia colectiva*, sin ninguna limitación o restricción a los casos de “*indivisibilidad*” y “*uso común*”.

Por último, cabe destacar que la noción de *derechos de incidencia colectiva* consiste en una categoría instrumental al proceso colectivo. Asimismo, cuando se hace referencia a *derechos individuales homogéneos*, se hace alusión a categorías jurídicas creadas a los fines de habilitar una estrategia jurídica procesal determinada: el proceso colectivo. Las principales confusiones conceptuales en torno a esta noción derivan de focalizar el análisis en el *tipo de derechos o intereses* afectados. Ello suele llevar a pensar que existen *clases de intereses o derechos* con propiedades ontológicas primitivas diferenciables: es decir, que así como en el mundo podemos distinguir peras de manzanas y papas de batatas, entre otras cosas, es posible distinguir del mismo modo *clases de derechos* ontológicamente diferenciables. Por el contrario, si se focaliza el análisis en que se trata de una categoría instrumental a un *tipo de estrategia jurídica*, resulta más sencillo advertir su utilidad. La categoría *derechos de incidencia colectiva* admitirá el proceso colectivo. Luego, una interpretación amplia de esta noción será consistente con habilitar el proceso colectivo no sólo para los casos de afectación a los llamados *bienes colectivos indivisibles y de uso común*, sino también para situaciones que clásicamente podrían encuadrarse dentro de la categoría derechos individuales pero que por la forma en que se produce la afectación de esos derechos y por el tipo de solución que se pretende, se justifica la procedencia del proceso colectivo – en términos de “Halabi”.

III. El proceso colectivo y los daños de incidencia colectiva

Si se interpreta que el nuevo CCyC adopta la noción conceptual amplia de *derechos de incidencia colectiva*, luego, la noción de *daño de incidencia colectiva* a que alude el artículo 1737 del CCyC, comprende la categoría de *daño referido a la afectación de un bien colectivo indivisible y de uso común*, y la categoría de los llamados *daños individuales homogéneos*. Luego, en ambos casos, se habilitaría la estrategia jurídica del proceso colectivo²³.

²³ Un sector de la doctrina y la jurisprudencia se ha manifestado contraria a habilitar el proceso colectivo en casos en los cuales existen daños diferenciados entre los afectados. El argumento principal para sostener esta postura restrictiva se funda en el peligro que implicaría admitir una legitimación extraordinaria y el proceso colectivo en casos donde cada afectado sufre daños individuales diferenciados y puede tener interés en llevar adelante un reclamo individual, o puede rechazar la representación del legitimado extraordinario, o no quiere ser alcanzado por la sentencia, o directamente haya estado ausente del proceso y no tiene interés en ser alcanzado. Ver al respecto: RIVERA, J.C. (h) y RIVERA, J.C., (2005), cit. Sin embargo, estos “peligros” pueden superarse con una regulación adecuada del proceso colectivo que garantice la posibilidad de que los individuos afectados puedan apartarse del resultado de la sentencia colectiva, la representatividad del legitimado extraordinario, la publicidad, etc. Y las ventajas del proceso colectivo en estos casos son muy significativas en términos de eficiencia y de eficacia, no sólo en torno a garantizar el acceso a la justicia, sino también para equilibrar el poder de las partes en el proceso y para internalizar costos sociales. Ver al respecto: ULEN, T. (2011). “An Introduction to the Law and Economics of Class Action Litigation”, *European Journal of Law & Economics* 32: 185-2013; HYLTON, K. N. (2013), “The Economics of Class Actions and Class Action Waivers”, Boston University School of Law, Law & Economics Research Paper N° 13-22. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=2277562> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2277562>;

En cuanto al proceso adjetivo para el resarcimiento de estas clases de daños, la eliminación de la sección V que preveía el Anteproyecto 2012 dentro del capítulo de Responsabilidad Civil resulta lamentable, pues hubiera sido de gran utilidad en tanto implicaba pautas generales para el proceso colectivo. No obstante, dado que dictar normas procesales es una facultad no delegada al gobierno federal, corresponde ahora exigir en cada jurisdicción local el diseño del proceso colectivo adecuado para garantizar el acceso a la justicia y el resarcimiento en casos de daños de incidencia colectiva²⁴. No es necesaria una reforma legislativa al nuevo CCyC, solo basta con dictar normas procesales adecuadas en cada jurisdicción.

Excede los límites propuestos para estas líneas analizar cómo debería regularse el proceso colectivo y que ventajas presentan las diferentes alternativas institucionales en competencia. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que a los efectos de diseñar normas procesales eficaces la distinción entre las categorías de derechos de incidencia colectiva referentes a *bienes indivisibles* y *de uso común* y derechos de incidencia colectiva referentes a *intereses individuales homogéneos* será relevante- más allá de la terminología que se utilice para denominarlas-. Así, es razonable pensar que en la primera *clase de casos* las características del proceso colectivo deberían ser distintas que en la segunda *clase*, pues en la primera no hay personas afectadas de manera individual en su persona o su patrimonio y, por lo tanto, la pretensión sólo será colectiva. En los casos en los que existan *daños individuales diferenciados* más allá de la pretensión colectiva, habrá pretensiones individuales que requieran una etapa procesal adicional para garantizar el resarcimiento de los daños. Consecuentemente, es razonable que en estas situaciones se evalúe, por ejemplo, la representatividad del legitimado de modo diverso, se dispongan reglas procedimentales distintas en relación a la notificación de los posibles afectados, a los efectos de la sentencia, a la posibilidad de otorgar resarcimientos diferenciados, entre otros. Pero estas cuestiones podrán distinguirse y regularse adecuadamente en las normas adjetivas que correspondan. Y para ello no obsta en absoluto la falta de mención expresa de esta distinción entre ambas categorías procesales en el CCyC. Sin perjuicio de que la aprobación de la regulación propuesta en el Anteproyecto 2012 hubiera significado un gran aporte en la materia.

IV. Conclusiones

La noción conceptual *derechos de incidencia colectiva*, en sentido amplio, comprende a los llamados *derechos de incidencia colectiva referidos a bienes colectivos indivisibles y de uso común*, y a los *derechos de incidencia colectiva referidos a derechos individuales homogéneos* (en términos de “Halabi”).

En el contexto del nuevo CCyC, interpretar que la categoría *derechos de incidencia colectiva* alude a la noción conceptual amplia, resulta consistente con el texto constitucional y con las fuentes mencionadas en los fundamentos del Anteproyecto.

RUBENSTEIN, W. B. (2006), “Why Enable Litigation? A Positive Externalities Theory of the Small Claims Class Action”, UCLA School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. 06-10, disponible en <http://ssrn.com/abstract=890303> ; CASSONE, A. & RAMELLO, G. (2011), “The Simple Economics of Class Action: Private Provision of Club and Public Goods”, International Programm in Institutions, Economics and Law, Working Paper Series Comparative Analysis of Institutions, Economics and Law, Paper N°3, disponible en <http://www.iel.carloalberto.org/Research-and-Publication/Working-papers.aspx>

²⁴ No puede dejar de mencionarse que existen numerosos proyectos de ley en el Congreso de la Nación referidos al proceso colectivo, que no han prosperado. Entre ellos, el proyecto de reforma de la LGA propuesto por la Asociación Argentina de Derecho procesal.

En consecuencia, la protección de los *derechos de incidencia colectiva* en el nuevo CCyC comprende las situaciones implicadas en los casos usualmente caracterizados como *derechos individuales homogéneos*. Luego, el concepto de *daño de incidencia colectiva* receptado en el artículo 1737 del nuevo CCyC alcanza tanto a los daños causados por la afectación de un bien colectivo como así también a los comprendidos en la categoría denominada *daños individuales homogéneos*.

Resulta imperioso dictar normas procesales, en cada jurisdicción, que impliquen un diseño adecuado del proceso colectivo para garantizar la eficacia en la protección de esta clase de derechos. Ya pasaron veinte años de la incorporación de los derechos de incidencia colectiva en la CN, seis desde el dictado del fallo “Halabi”, y todavía la legislación sobre el proceso colectivo sigue siendo una deuda pendiente.