

Comisión n° 12. Interdisciplinaria: “Derechos e intereses de incidencia colectiva”

LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA A LA LUZ DE LAS DISTINTAS FUENTES

Autor: Valeria Verónica Vaccaro*

Resumen:

De lege lata:

Encontramos dentro de nuestro ordenamiento jurídico dos categorías de derechos: Los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva.

La actual redacción del art. 14 del CCC se refiere a la categoría de los derechos de incidencia colectiva como género quedando subsumidos en ella las dos especies; los derechos difusos y los individuales homogéneos.

El precedente "Halabi" expresa, una definición precisa y detallada de lo que debe entenderse por “derechos de incidencia colectiva” –art. 43 CN- la que continuará siendo el faro para litigantes y jueces

De lege ferenda:

En el ámbito del Derecho de Consumo, el codificador ha propuesto un diálogo de fuentes entre el microsistema de la ley 24.240, el art. 42 y 43 de la CN; con lo cual los derechos de incidencia colectiva poseen su propio régimen en los artículos 52, 52 y 54 de la ley específica.

El legislador –Nacional y Provincial- deberá diseñar los procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos de intereses de incidencia colectiva.

Deberá el legislador reavivar la letra muerta del Anteproyecto y propiciar una regulación integral, sistemática y coherente con el Código Civil y Comercial que de respuestas definitivas a los conflictos que involucran a un número significativo de personas.

1. Introducción

La noción de derecho de incidencia colectiva nació en nuestro ordenamiento jurídico conjuntamente con la reforma constitucional del año 1994, siendo su progenitor el artículo 43 de la CN. La norma establece que el afectado, ciertas clases de asociaciones y el Defensor del Pueblo se encuentran legitimados para interponer una acción de amparo 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”. Esta disposición produjo un cambio sustancial en la estructura constitucional argentina en la medida en que reconoció el

* JTP simple de la Cátedra de Contratos y Defensa del consumidor y Usuario. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Rosario (UNR). Profesora Adjunta de la Cátedra de Contratos Civiles y Comerciales y del Régimen Jurídico de los Consumidores. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Abierta Americana (UAI).

derecho a accionar judicialmente a sujetos potencialmente distintos de los afectados en forma directa por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesiona, restringe, altera o amenaza, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o la ley. Esta legitimación anómala que surge del art. 43 de la CN se encuentra circunscripta a la tutela de *derechos de incidencia colectiva*. Por ello, a los fines de evaluar la admisibilidad de toda acción iniciada por el Defensor del Pueblo o asociaciones en el marco del art. 43 de la CN, debe necesariamente examinarse si en el caso concreto está en juego *un derecho de incidencia colectiva* o no, ya que ninguno de estos sujetos podrían accionar en defensa de derechos subjetivos puramente individuales.

Así fue que con el correr de los años, ya más de veinte, la noción de *derecho de incidencia colectiva* fue examinada, definida y defendida en la labor jurisprudencial¹ de los tribunales inferiores y principalmente por el precedente “HALABI²” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

De su tratamiento se desprende que *los derechos de incidencia colectiva* son merecedores de una tutela especial tal como fuera entendido por los integrantes de la comisión redactora³ cuando decidieron incorporarlos en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante el Anteproyecto). La noción individualista de los códigos decimonónicos dejaban desprotegidos ciertos bienes que por ser de todos o de muchos no son de nadie y que, en definitiva quedaban bajo la tutela del derecho público.

La sociedad de masas, la propagación de peligros y su carácter colectivo requiere de una mirada distinta, que trasciende las barreras de lo público y lo privado. Así es que se exigía un cambio de paradigma que nos asegure que lo nuestro también será protegido. Veremos si las normas de nuestro nuevo ordenamiento son suficientes para ello o si, por el contrario, se necesitará de leyes que definan un eficiente control y un desenroscado acceso a la jurisdicción.

2. Los derechos de incidencia colectiva desde la perspectiva del Código Civil y Comercial.

2.1. Las categorías previstas en el art. 14 del CCC.

¹ En efecto, si en los años ochenta se contaba con un puñado de sentencias colectivas, iniciadas generalmente por ciertos particulares (Kot, Siri, Catan c/ Est Nac, etc) y ciertas organizaciones gubernamentales, en los noventa el agente pasó a manos de organizaciones no gubernamentales. Desde entonces, se cuentan por cientos las causas donde se defienden intereses colectivos, en particular en materia del consumo y del ambiente, de la protección del patrimonio originario de pueblos aborígenes, entre otros temas de relevancia pública. Acompañando tal movimiento, la actividad jurisdiccional ha operado una interpretación extensiva de la escasa normativa existente —la Constitución, la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) y la Ley General del Ambiente— destinada a permitir la protección de intereses globales, de sectores sociales comprometidos, y hasta descuidados.

² Fallos 270 – XLII. “Halaba Ernesto C/ PEN – Ley 25.873 dto. 1563/04 S/ Amparo Ley 16.986” del 24/09/2009.

³ La Comisión especial encargada de la redacción de un Anteproyecto de ley de actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, encabezada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Aída Kemelmajer de Carlucci y Elena Highton de Nolasco, una vez cumplida su labor, remitió el mismo al Poder Ejecutivo nacional, para la constitución del Proyecto de ley que fuera remitido al Senado, y aprobado por dicha Cámara el 4 de julio de 2012.

Nuestro Código Civil y Comercial es, sin dudas, el código de la modernidad que refleja la sociedad actual en la que vivimos y que intenta brindar herramientas legales necesarias para solucionar los conflictos que ya no encontraban un andamiaje jurídico acorde en el régimen de Vélez. Así fue que los autores pensaron en un Código de los derechos individuales y colectivos en consonancia con la Constitución Nacional y propusieron el siguiente texto para el 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 I; 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 pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”*.

El artículo recogía el criterio adoptado por la Corte en “Halabi”, el cual ha sido tomado como guía en esta materia atento a la claridad con la que el más alto tribunal desarrolla la clasificación de los derechos individuales, los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos y los derechos individuales homogéneos.

En el texto definitivo sólo encontramos tipificados los derechos individuales y los de incidencia colectiva, como consecuencia de la intervención infundada del PEN que eliminó los derechos individuales homogéneos y acotó el tratamiento de los derechos de incidencia colectiva a una simple enunciación. Así pues, el artículo 14 del CCC reza: *“Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”*.

Expresa Lorenzetti que en los primeros el interés es individual, la legitimación también y cada interés es diverso del otro, cada titular inicia una acción y obtiene una sentencia en un proceso bilateral, es el modelo tradicional y en el se reconocen derechos subjetivos, intereses legítimos o de hecho no reprobados por la ley⁴. Por su parte, en los derechos de incidencia colectiva el bien afectado es el titular del interés es el grupo y no el individuo en particular y en ellos puede existir una legitimación difusa en cabeza de los sujetos que integran el grupo (interés difuso), de una asociación que tienen representatividad en el tema (interés colectivo) o del Estado (interés público)⁵.

Queda demostrado en el texto del art. 14, que el tratamiento de *los derechos de incidencia colectiva* en el proceso de unificación civil y comercial ingresó con el pie izquierdo y tuvo un curso accidentado. Se elogia la oportunidad aprovechada por el Anteproyecto para “recobrar” un tiempo perdido y acordar así dimensión substantiva a las acciones colectivas. Sin embargo, el Código –cual verdugo frío e insensible– suprimió, de un plumazo y sin justificación, lo esencial de las disposiciones relativas a ellas, mediante algunas reglas básicas⁶.

⁴ Lorenzetti, Ricardo L, Código Civil y Comercial. Comentado, T 1, Pág. 73. Ed. Rubinzal-Culzoni.

⁵ Lorenzetti, Ricardo L, Ob. Cit., T 1, Pág. 74, Ed. Rubinzal-Culzoni.

⁶ En los fundamentos la Comisión explica que se evitó desarrollar cuestiones procesales, que no corresponden al ámbito del Código. No obstante, agregó que resultaba necesario dar algunas directivas

La pobreza normativa del derecho sustancial nos deja con la duda de si ¿comprende los derechos de incidencia colectiva que versan sólo sobre bienes colectivos ó, también comprende a los que versan sobre **bienes individuales homogéneos y divisibles**? Del análisis armónico de las normas existentes en el Anteproyecto bien podía uno afirmar que, el legislador había tomado la decisión de pasar a la historia incorporando al derecho de fondo una clara y sistemática regulación de los derechos individuales homogéneos. Pese a que no los enunciaba de esa manera en el mentado art. 14 inc b), sí lo hacía en los desaparecidos artículos 1746 (Daño a los derechos individuales homogéneos), 1747 (Presupuestos de admisibilidad) en clara alusión a los mismos y 1713 (Sanción pecuniaria disuasiva)⁷.

Éstos recortes han dado lugar a nuevos debates, y hay quienes postulan que los derechos de incidencia colectiva se encuentran vacíos de contenido o que la norma sólo refiere a ellos *stricto sensu* (los difusos o supraindividuales o derechos públicos subjetivos). Estas ideas encuentran su sostén en la norma del art. 240 que se analiza seguidamente.

Me permito disentir en esta interpretación tan lineal y apegada a la letra del código para dar paso y apertura a las directrices que nos impone el legislador en los artículos 1º y 2º. El mensaje para los operadores del derecho es bastante claro, a diferencia de Vélez, hoy se busca maximizar las normas del derecho privado no limitándolas a la simple lectura del código. Hoy tenemos definido un conjunto de reglas que deben ser interpretadas a través de los principios y valores jurídicos.

Siguiendo entonces ese mandato, a mi juicio, no deben existir duda alguna en relación a qué intereses de incidencia colectiva busca tutelar el codificador. El art. 14 del CCC clasifica entre derechos individuales y de incidencia colectiva, lo que nos permite afirmar que sólo presenta dos categorías contrapuestas. Ello no implica que debemos descartar la trilogía de derechos receptada en Halabi⁸, muy por el contrario, lo que habrá

genéricas y sustantivas sobre el funcionamiento de los procesos colectivos, tanto para las acciones reguladas en el Código como para suplir las que no han sido previstas en la legislación especial del derecho del consumidor.

⁷ El art. 1746 del Anteproyecto intitulado “*Daño a derechos individuales homogéneos*”, preveía que “Hay daños a derechos individuales homogéneos cuando media una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o provenientes de una causa común, fáctica o jurídica (...)”. Seguidamente, el art. 1747, bajo el título *Presupuestos de admisibilidad*, disponía que: “Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se reclama el resarcimiento de daños a derechos de incidencia colectiva o individuales homogéneos, se debe exigir que el legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos. Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta: a. la experiencia, antecedentes y solvencia económica del legitimado para la protección de este tipo de intereses; b. la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda (...)”. Por último el art. 1713 “*Sanción pecuniaria disuasiva*” del Ante proyecto prescribía que: “El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.”

⁸ En Halabi la Corte realiza la siguiente distinción: a) Derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular: Se trata del patrimonio como atributo de la persona, los bienes que lo integran y los derechos reales o creditorios; b) Derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos: Se refiere a aquellos que son indivisibles y de uso común. Estos bienes pertenecen a la esfera social y no son divisibles en modo alguno; c) Los derechos individuales homogéneos: En este supuesto una causa común afecta a una pluralidad de derechos y por lo tanto se permite un reclamo colectivo. Se diferencian de los

que pensar, y trabajar, es que se ha introducido el género de los *derechos de incidencia colectiva lato sensu: los derechos individuales homogéneos y los intereses difusos*.

2.2 Las limitaciones y reglas previstas en el art. 240.

La cuestión relativa a los *derechos de incidencia colectiva* como límites a los derechos individuales, es tratada por el Código, en una sección especial, consagrada a los bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva (Libro primero, Título III “De los bienes”, capítulo 1 dedicado a los bienes con relación a las personas y *los derechos de incidencia colectiva*).

El Anteproyecto, bajo el título *Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes*, había previsto dos normas –arts. 240 y 241- con el fin de asegurar la tutela efectiva de esta categoría de derechos. En ese sentido, se establecía una limitación genérica de afectación de derechos de incidencia colectiva⁹ y se preveía el derecho de información necesaria y de participación en las discusiones sobre decisiones relevantes conforme con lo dispuesto en la legislación especial disponiéndose, además, quiénes son los sujetos habilitados a formular el pedido de información¹⁰. Ello tiene suma importancia, por ejemplo, en materia de servicios públicos domiciliarios donde –según los casos- se requiere de la celebración de audiencias públicas previo a la toma de decisiones (v. g. incremento de tarifas). Por último, se dispuso en el mismo artículo — que más tarde se convirtiera en el actual art. 241 — que “Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

De esta sección 3ª solo ha quedado un huella pequeña, pero no menos importante, de lo que aspiraba a regular la comisión redactora en el ámbito de los bienes en relación a los derechos de incidencia colectiva, dejando a salvo la prohibición de “*afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial*”¹¹.

Una crítica final merece la decisión de eliminar la norma que consagraba el acceso al agua potable como derecho fundamental. El art. 241 del Anteproyecto rezaba: “*Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales*”. El mismo fue reemplazado, como ya se dijo, por el último párrafo del art. 240 de la versión del Anteproyecto referido a la jurisdicción.

segundos porque son derechos subjetivos individuales y divisibles y de los primeros porque permite un proceso colectivo.

⁹ Art. 240 del Anteproyecto: “El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva en los términos del art. 14. No debe afectar gravemente el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial...”.

¹⁰ Art. 240: “... Los sujetos mencionados en el art. 14 tienen derecho a que se les suministre información necesaria y a participar en las discusiones sobre decisiones relevantes conforme con lo dispuesto en la legislación especial”.

¹¹ El Anteproyecto pensó también en consagrar el derecho fundamental de acceso al agua potable al establecer en el art. 241 al establecer que: “Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales”. El mismo fue reemplazado, como ya se dijo, por el último párrafo del art. 240 de la versión del Anteproyecto referido a la jurisdicción.

De lo expuesto se desprende una clara e indudable alusión a los derechos colectivos o difusos, es decir a una interpretación *stricto sensu* de los *intereses de incidencia colectiva*. En palabras de la jurista Garrido Cordobera¹², esta norma se enmarca en los intereses difusos que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos en cuanto integrantes de grupos, comunidades ligadas en virtud de goce por parte de cada una de ellas de una misma prerrogativa de forma tal que la satisfacción de la porción de intereses se extiende a todos, del mismo modo que la lesión afecta simultánea y globalmente a la comunidad.

Se expone, así, una injustificable discriminación y la pobreza normativa en el tratamiento de los derechos individuales homogéneos como especie. Se ha desaprovechado una oportunidad de terminar con la discusión acerca del alcance de los derechos colectivos *lato sensu* según su carácter divisible o no, según sean patrimoniales o no.

3. La tutela de los derechos de incidencia colectiva en los precedentes de la CSJN.

Mucho se ha debatido en el ámbito de la CSJN sobre esta categoría de derechos admitiéndose, en un primer momento, que deben recibir una tutela diferenciada según se trate de derechos colectivos indivisibles o divisibles.

La mayoría de los miembros del más alto tribunal comenzó inclinándose por una interpretación restrictiva, según la cual los *derechos individuales homogéneos* no podían ser considerados *derechos de incidencia colectiva*. Esta interpretación prevalecía cuando se trataba de *derechos individuales homogéneos* esencialmente patrimoniales y se atenuaba frente a los supuestos *derechos individuales homogéneos* no patrimoniales en donde la Corte había admitido, la legitimación del Defensor del Pueblo o de asociaciones del art. 43 CN¹³.

Con el correr de los precedentes la postura intermedia llegó a consolidarse y, así, postuló que la noción de *derechos de incidencia colectiva* incluye también la de *derechos individuales homogéneos* (sin distinguir entre los derechos esencialmente patrimoniales y no patrimoniales) si, de acuerdo con las circunstancias, existen obstáculos para el acceso a la justicia de parte de los titulares de esos derechos. Esta interpretación es la que ha logrado efectivizar la tutela diferenciada de estos derechos permitiéndoles a los titulares de los mismos el acceso a la jurisdicción¹⁴.

Como consagración de esto último, el 24 de febrero de 2009 la CSJN presentó a la comunidad su veredicto en el precedente "Halabi". El caso fue tratado con todos los gestos institucionales relevantes para que sea recibido y considerado como un

¹² Garrido Cordobera, Lidia M.R., "Los Derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial (Art. 14)"

¹³ CSJN, "Monner Sans, Ricardo vs Fuerza Aérea Argentina s/amparo 16.986", 26/09/2006, Revista Jurídica la Ley, 2007 A, p. 553; "Ministerio de Salud y/o Gobernación", 31/10/2006.; "Mujeres por la Vida, Asociación Civil sin Fines de Lucro —filial Córdoba— vs Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación", 31/10/2006, Revista Jurídica la Ley, 2006 F, p. 464.; "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires vs Secretaría de Comunicaciones resol. 2926/99 s/amparo ley 16.986", 31/10/2006.; "Asociación de Superficiarios de la Patagonia vs Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros", 29/08/2006, Revista Jurídica la Ley, 2006, F, p. 630, nota de P. Zambrano.; "Asociación Banghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/Amparo ley 16.986", Fallos: 323:1339; "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud – Estado Nacional s/ acción de amparo – medida cautelar", 18-12-03, Fallos: 326:4931

¹⁴ Es decir que desde esta perspectiva la noción de *derecho de incidencia colectiva* del art. 43 incluye los *derechos individuales homogéneos* que individualmente no tendrían acceso a una respuesta jurisdiccional.

manifiesto leading case –de hecho lo es - de la configuración conceptual de los derechos de incidencia colectiva incorporados en la reforma constitucional de 1994. La CSJN identifica la efectividad de los nuevos derechos con la superación de los paradigmas individualistas clásicos del acceso a la justicia y la legitimación procesal, y afirma que estos nuevos derechos demandan nuevas vías de acceso a la justicia.

El fundamento del reconocimiento de los *derechos individuales homogéneos* como derechos de incidencia colectiva radica en la imposibilidad de defenderlos en forma individual, y es este el punto de contacto con los derechos colectivos. En ambos casos su consagración, y la legitimación colectiva para su defensa, se vinculan justificadamente con el acceso a la justicia, pues la inexistencia de tutela colectiva dejaría a ambas categorías de derechos sin protección efectiva.

Celebramos que este precedente haya dejado atrás las discusiones sobre la relevancia de la patrimonialidad o la divisibilidad de los derechos para permitir su defensa colectiva. Más aún, el tribunal señala explícitamente que los *derechos individuales homogéneos* -además de individuales y enteramente divisibles - pueden ser patrimoniales o personales, aclaración que se justifica en la necesidad de superar la postura de la doctrina y jurisprudencia que excluía a los derechos patrimoniales de la defensa colectiva, contrariando la naturaleza de los derechos receptados en el art. 43 CN.

La CSJN profundizó lo dicho en Halabi en varias acciones colectivas iniciadas por diferentes asociaciones de consumidores al reconocer que de acuerdo con las disposiciones del art. 43 de la CN, dichas asociaciones se encuentran legitimadas para iniciar acciones colectivas relativas a *derechos de incidencia colectiva* referentes a *intereses individuales homogéneos*, incluso de *naturaleza patrimonial*, en la medida en que demuestren la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos; que la pretensión esté concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase involucrada; y que de no reconocerse la legitimación procesal podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir¹⁵.

Finalmente, y tal como lo expresaran los autores Maurino y Sigal¹⁶ en su comentario al fallo “Halabi”, no puede dejarse de lado el fuerte mensaje enviado por la CSJN al Congreso al sostener que no se detendrá en la defensa de derechos ante la inacción regulatoria.

La sanción del nuevo código pudo haber sido un acuse de recibo de aquel mensaje; pero el PEN se encargó que no lo fuera al erradicar del Proyecto la prestigiosa labor de los juristas que intentaron reforzar los lineamientos del más Alto Tribunal. Pese a ello, no habrá que olvidar el criterio de la operatividad de los derechos reconocidos en la Constitución que exige que allí donde hay un derecho violado haya un remedio disponible para restablecerlo.

4. La regulación prevista en el Estatuto del Consumidor.

El campo de los derechos del consumidor, como el derecho al medioambiente, resulta ser apto y muy propicio para profundizar la afectación a *los derechos de incidencia*

¹⁵ CS 361/2007 (P-43) “Padec” del 21-8-13; CS 2/0229 (U-45) “Unión de Usuarios”, del 3-3-14 y CS 519/2012 “Consumidores Financieros Asociación Civil” del 24-6-14.

¹⁶ Maurino, Gustavo y Sigal, Martín. “Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”. Lexis Nexis N° 0003/014394 ó 0003/014396.

colectiva. Esto sucede como consecuencia de la natural masificación del daño en las relaciones de consumo a las que se le suman otras particularidades como ser la escasa cuantía de los potenciales reclamos. Es imperioso contar con mecanismos especiales y específicos para la tutela de los *intereses de incidencia colectiva* que complementen lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución Nacional.

Las disposiciones de la ley 24.240 que consagran la tutela de los derechos de incidencia colectiva se encuadran dentro del Capítulo XIII “De las Acciones”, en los artículos 52, 53, 54 y 55. Todas estas normas fueron reformadas, reconstruidas, por la ley 26.361 del año 2008. La sanción de esta última constituyó “un paso a la historia” reconociendo – entre otros institutos¹⁷ - los intereses individuales homogéneos patrimoniales y no patrimoniales.

En definitiva, ha sido el derecho del consumidor el encargado de desarrollar el programa constitucional, particularmente el incorporado en 1994, de los derechos de fundamentales. En lo que respecta a los *derechos de incidencia colectiva*, la mentada ley no se ocupa de definirlos ni como género ni como especie. Sólo se ha encargado de perfilar los aspectos relacionados a la forma, es decir al proceso, regulando la legitimación activa de las asociaciones de consumidores que tramiten causas judiciales en defensa de dichos intereses (art. 52, 3º párrafo) y el beneficio de gratuidad con el que contarán las acciones judiciales que se inicien para tutelarlos (art. 55, último párrafo).

El reconocimiento de la ley a los derechos individuales homogéneos divisibles y patrimoniales, surge del criticado art. 54¹⁸ al disponer que: “...*el magistrado, si la cuestión tuviere contenido patrimonial, establecerá las pautas de reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas*”. En definitiva, el legislador apuntó a recoger las posturas mayoritarias de la jurisprudencia y de la doctrina sin dejar duda alguna acerca del contenido patrimonial que envuelve a los derechos de incidencia colectiva.

Los supuestos de hecho que se presentan en este marco son los asuntos que conllevan un requerimiento de reparación de daños y perjuicios o a la restitución de sumas de dinero o bien pueden ambas acumularse en un mismo proceso. Los daños sufridos colectivamente se manifiestan en aquellos daños que impactan en el medio ambiente, los daños nucleares, los vicios ocultos o redhibitorios de un producto o servicio, los efectos derivados de ciertas cláusulas abusivas insertas en contratos de consumo o por adhesión que perjudican a los adherentes por ser un contrato masificado, la publicidad engañosa, etc. Los destinatarios del peligro ya no son las personas sino un colectivo de personas ligadas entre sí por idéntica causa generadora del daño.

En cuanto al daño y su reparación, el Anteproyecto estaba decidido a ampliar los horizontes hasta llegar a los intereses sociales o de incidencia colectiva¹⁹. El actual art.

¹⁷ La reforma a la ley trajo relevantes disposiciones en torno al trámite de las causas relacionadas con el derecho del consumo (art. 53), la gratuidad de las actuaciones judiciales (íd.), normas relacionadas con la prueba (íd.), la legitimación del Ministerio Público (art. 52).

¹⁸ La crítica principal radica en que surge una preferencia por la solución autocompositiva (“acuerdo conciliatorio o transacción”) de cara a un tratamiento legislativo de la “acciones de incidencia colectiva” que empieza por esa alternativa. Sugiere Meroi que el motivo de ello se encuentra en el imaginario estadounidense en el que sólo el 5% de estos pleitos va a sentencia. “Meroi, Andrea A. “La tutela de los “Derechos de Incidencia Colectiva”; en “La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por la ley 26.361.”, Ariza, Ariel (Coordinador). Abeledo Perrot. Bs. As. 2008. Pág.199.

¹⁹ Se los regulaba en la Sección 5ª, intitulada los “*Daños a los derechos de incidencia colectiva*” cumpliendo una prerrogativa constitucional y de *lege ferenda* en el derecho substantivo.

1737 da testimonio de ello cuando dispone que: “*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.*”(Art. 1733 en la versión del Anteproyecto). La supresión de la sección 5° del Anteproyecto ideada especialmente con disposiciones legales positivas y específicas en esta materia no nos deja otro remedio que conformarnos con la aplicación residual de la sección 4ª a un proceso de indemnización de daños a un derecho de incidencia colectiva, lo cual no ofrece la coherencia elaborada por la Comisión redactora.

En dicho contexto, las normas previstas en el Estatuto del Consumidor continuarán guiando a los magistrados con el fin de adoptar y fortalecer la tendencia general en materia de procesos colectivos *lato sensu*. Asimismo, seguirá siendo una deuda pendiente del legislador el tratamiento de la real defensa de *los derechos de incidencia colectiva*, materia pendiente para una ley a venir.

5. Conclusión:

La realidad varía según como se la mire y esto les sucederá a los operadores jurídicos que aboguen en esta temática. Sostiene Lima Marques²⁰ que el que aplica la ley debe examinar el conflicto con ojos plurales pues la nueva teoría del sujeto es otra y que si la ley está para protegerlos, el campo de aplicación subjetivo no puede ser solamente individual porque es también necesariamente colectivo.

El Código distingue dos categorías de derechos y echa claridad al precisar que existe la de los derechos de incidencia colectiva *lato sensu*, pero ha dejado pendiente el tratamiento de los elementos tipificantes de una y otra especie de derechos dentro de los mismos al eliminar el excelente trabajo realizado por la comisión redactora especialista en esta materia. Pese a ello, la utilidad principal residual será la de sembrar las pistas a adoptar por el legislador en una legislación especial.

No obstante ello debemos celebrar que hemos ido por más, será el turno ahora de enriquecer la letra del nuestro derecho de fondo y diseñar –desde el derecho de forma– el molde que de cabida a las cuestiones en juego.

²⁰ Lima Marques, Claudia y otros, Comentarios ao código de defesa do consumidor, editora Revista Dos Tribunais, 2006, pág. 34