

# Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

## Comentario de una supresión

por **M. JOSÉ AZAR**<sup>(1)</sup>

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<sup>(2)</sup>, 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.

Entre los motivos que guiaron la constitución de aquella Comisión, se destacan las “relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas (...) así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos”. Asimismo, que las mismas se han puesto de relieve con la reforma Constitucional del año

.....  
(1) Doctora en Derecho. Universidades Paris I Panthéon-Sorbonne y Universidad de Buenos Aires.

(2) En adelante, el “Proyecto”.

1994 y la consiguiente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos<sup>(3)</sup>”.

Entre aquellas transformaciones operadas a nivel de la cultura jurídica argentina, el activismo judicial, provocado en particular por las asociaciones civiles, ocupa un rol preponderante<sup>(4)</sup> en la construcción de una democracia participativa<sup>(5)</sup>. En efecto, si en los años ochenta se contaba con un puñado de sentencias colectivas, iniciadas generalmente por ciertos particulares 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, otrora descuidados. Se contribuye así a la creación de un sistema especial para el trámite de los procesos colectivos, respecto de los cuales el modelo clásico vigente ha demostrado sus insuficiencias<sup>(6)</sup>.

Nos proponemos analizar las consecuencias probables de las normas proyectadas para un Código Civil y Comercial “amputado” en el área de los .....

(3) Véanse los Fundamentos del Decreto N° 191/2011.

(4) En este sentido, LORENZETTI identifica una “demanda social acumulada”, que se encamina hacia los tribunales y una fortaleza del poder judicial suficiente como para dar una solución adecuada frente a la falta de respuesta de otros poderes. LORENZETTI R., *Justicia colectiva*, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 237. Sobre la distinción entre activismo bueno y malo, puede verse MANILI P., *Tratado de derecho procesal constitucional*, La Ley, 2010, T. I, p. 330. Sobre los motivos que influyen en el activismo judicial, BERIZONCE R., “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. El derecho procesal en vísperas del bicentenario”, *Revista de Derecho Procesal*, n° extraordinario, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 169.

(5) Sobre el amparo colectivo como una forma de construir la democracia participativa, puede verse SABSAY D., “El amparo como garantía de los derechos procesales”, *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, n°5, p. 41.

(6) GOZÁINI O., “Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2004 F, p. 387.

derechos de incidencia colectiva, en comparación con las del Anteproyecto, confrontadas a la actualidad jurisprudencial y doctrinaria pero, sobre todo, a la Carta Magna argentina. Para cumplir tal objetivo, parece necesario recordar brevemente los antecedentes nacionales en la materia (I), lo que significa un estado de situación de nuestro derecho positivo y la jurisprudencia (II), el estado parlamentario de nuestro derecho prospectivo, lo que significa un muestreo de los proyectos de ley existentes relativos a las acciones en defensa de los derechos colectivos (III) para comprender el alcance de la legislación de fondo que se pretende discutir en el poder legislativo, lo que implica una comparación de las disposiciones propuestas por la Comisión de Juristas con la versión presentada por el Poder Ejecutivo al legislador (IV).

## I | Breve historial de los derechos de incidencia colectiva en nuestro país

La evolución mencionada, cuyo primer hito histórico se encuentra en la consagración de los derechos de incidencia colectiva, en el art. 43 CN, había comenzado una década atrás con el dictado de las primeras sentencias sobre la cuestión. Entre éstas, cabe recordar las causas *Kattan*<sup>(7)</sup>, *Ekmedjan*<sup>(8)</sup> y *Cartañá*<sup>(9)</sup> que constituyeron los pilares sobre los cuales se asienta la jurisprudencia relativa a la defensa colectiva. Naturalmente, entre las principales cuestiones planteadas se ubica la delimitación de la noción de “intereses difusos”, así como su naturaleza jurídica.

En este sentido, se elaboraron distintas teorías que los ubicaban en alguna de las categorías de la trilogía del derecho administrativo que distinguía entre los derechos subjetivos, los intereses legítimos y los intereses simples<sup>(10)</sup>.

(7) J.N.C-A.F. n°2, “Kattan, A. E. y otro vs Gobierno nacional - Poder Ejecutivo Tribunal”, 22/03/1983, en *Revista Jurídica La Ley*, 1983 D, p. 568.

(8) CSJN “Ekmedjian, Miguel A. vs Sofovich, Gerardo y otros”, 7/07/1992 en *Revista Jurídica La Ley*, 1992 C, p. 543.

(9) CSJN, “Cartañá, Antonio E. H. y otro vs Municipalidad de Buenos Aires”, 7/07/1993, en *Revista Jurídica La Ley*, 1994 A, p. 34.

(10) AZAR MARÍA J. “Las acciones colectivas en el derecho del consumo. Estudios de derecho francés y argentino a la luz del derecho comparado”, tesis de doctorado, Universidad de Buenos Aires y Paris I Panthéon-Sorbonne (cotutela), versión en francés a ser publicada por

Sin embargo, cabe señalar que dicha distinción, proveniente del derecho italiano, donde existe una duplicidad de jurisdicción, judicial y administrativa<sup>(11)</sup> y que reservaba la defensa de los derechos subjetivos a la primera y de los intereses legítimos a la segunda, perdió rigor con la admisión del administrado en la esfera judicial. Pero, por sobre todas las cosas, ella no se justifica en países que desconocen la jurisdicción dual, como es el caso de la Argentina<sup>(12)</sup>.

La doctrina procesalista, por su parte, se venía ocupando del tema desde los años setenta. Debe reconocerse a los procesalistas argentinos el mérito de haber trabajado sobre los intereses difusos o colectivos<sup>(13)</sup>. No es menor el trabajo de civilistas, constitucionalistas y administrativistas en torno a cuestiones como el daño colectivo<sup>(14)</sup> y la responsabilidad colectiva o la ubicación de los intereses difusos en la clasificación tripartita de los derechos<sup>(15)</sup>. Ello demuestra la preocupación por el tema desde distintas áreas del Derecho, lo cual es razonable pues, los derechos colectivos en general, son eminentemente transversales a aquellas discipli-

.....  
Dalloz, París, abril 2013, n°296. La versión en español puede consultarse en la Biblioteca de la Universidad de Buenos Aires. Adde: GIANNINI, L., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, p. 29 a 39; VERBIC, F. *Procesos Colectivos*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 113; SALGADO, J. *Tutela individual homogénea*, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 36 a 40.

(11) GORDILLO A., *Tratado de derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, 6e éd., 2003, T. II, p. 29.

(12) Ver MAIRAL H., *Control judicial de la administración pública*, Depalma, 1984, T. I, p. 107 y s.; Azar, M. J., op. cit.

(13) Entre los trabajos argentinos, pueden considerarse señeros en la materia, por ejemplo, entre los más antiguos: MORELLO A., "La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal" *JA* 1978 T. III, p. 321; *Revista Jurídica la Ley*, 1979 T. A, p. 225; MORELLO A., HITTERS J. C. y BERIZONCE R., "La defensa de los intereses difusos, ponencia nacional argentina al XI Congreso Internacional de Derecho Procesal", *JA*, 1982-IV-700; MORELLO A., "Las nuevas exigencias de tutela (experiencias y alternativas para repensar la política procesal y asegurar la eficacia del servicio)", en *La justicia entre dos épocas*, La Plata, Platense, 1983, p. 57 y s.; MORELLO A. y STIGLITZ G., "Hacia un ordenamiento de tutela judicial de los intereses difusos," *JA*, 1985-IV, 651; Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos, La Plata, Platense, 1986, p. 201 y s.; "Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia", *Revista Jurídica la Ley*, 1987 D, 364; "Los intereses difusos y su adecuada protección judicial. Operatividad del amparo colectivo," *DJ* 1991 2, 471.

(14) Las citas a la bibliografía pueden verse en AZAR M. J., op. cit. "Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN", en *Revista Jurídica la Ley*, 13/7/2009, p. 1 y s.

(15) Mismo si la clasificación es en sí misma es cuestionable. V. nuestra tesis, n° 300.

nas. Lo dicho es particularmente cierto en las áreas que conciernen los derechos de tercera generación, como el consumo, el medioambiente, la discriminación sexual, racial, laboral, entre otras tantas ramas en las cuales la perspectiva colectiva resulta novedosa para el derecho sustancial y adjetivo.

Con la reforma constitucional de 1994, se abrió un nuevo espectro al otorgárseles la jerarquía de nuevos derechos y garantías así como una herramienta procesal propia, el *amparo colectivo*<sup>(16)</sup>.

La utilización de la voz "derechos de incidencia colectiva", introducida por primera vez por la última reforma constitucional, como ya hemos tenido oportunidad de expresarlo<sup>(17)</sup>, constituye una fórmula original, desapegada de las más conocidas hasta entonces "derechos o intereses colectivos y difusos" e incluso de la terminología brasileña que agrega la categoría de "derechos pluriindividuales homogéneos", para distinguirlos de aquellos, a los que define como "supraindividuales".

Tanto el problema de falta de armonización terminológica como la carencia de homogeneidad en el tratamiento de dichos intereses provocaron un agudo interés de la doctrina, que ha consagrado numerosos estudios, jornadas y congresos al tema buscando establecer bases sólidas sobre las cuales pueda evolucionar la materia.

Desde entonces, el giro temático se direcciona hacia la delimitación del alcance de la noción derechos de incidencia colectiva, cabe asignárseles *ipso facto* los desarrollos sobre los intereses difusos. Se trataba de una nueva categoría de derechos comprensiva de aquellos y otras situaciones. En tal caso, cuáles.

Estas y otras cuestiones provocaron mucha tinta y puede decirse, básicamente, que mientras un sector los consideraba restringidos a los intereses

(16) Pero debe recordarse que, con anterioridad, las provincias habían iniciado un movimiento a favor de la protección de los intereses difusos. En tal sentido, Constituciones y leyes locales ya habían dado preeminencia a los intereses plurales, a los que atribuyeron diferentes *nomen juris*; intereses —o derechos— difusos, colectivos, plurales. AZAR M. J., tesis precitada, n° 11.

(17) AZAR M. J., "Los daños masivos en la jurisprudencia argentina", in *Defensa del consumidor*, LORENZETTI R. y SCHÖTZ G. (Dir.), Abaco, nov. 2003, p. 250 y s.; *Id.* "Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN", *Revista Jurídica la Ley*, 13/7/2009, p. 1 y s.

difusos o indivisibles —posición en la cual nos enrolamos en 2003<sup>(18)</sup>—, otro los consideraban abarcativos de otros derechos, divisibles y homogéneos —posición a la que adherimos desde el 2005, como lo explicamos en otro trabajo<sup>(19)</sup>—. En esta época, se afianzó el criterio distintivo entre los intereses difusos y otros a los que se llamó, a veces, intereses colectivos siguiendo la doctrina española, y otras veces derechos individuales homogéneos, siguiendo la doctrina brasileña. Es decir que la divisibilidad de los derechos pasó a ser el elemento diferenciador de los intereses difusos respecto de los otros derechos también colectivos a los que se denominaría derechos individuales homogéneos, siguiendo la doctrina y la legislación brasileña<sup>(20)</sup>. Se abandonó así todo otro criterio conocido hasta entonces, como la determinación de los miembros del grupo o la mayor o menor organización del agente legitimado para actuar en defensa de derechos difusos y colectivos<sup>(21)</sup>. Ello, en particular, gracias a los esfuerzos llevados adelante a nivel nacional e internacional, en particular iberoamericano, pues en la actualidad contamos con un Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, diseñado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que constituye una alternativa válida de concierto en un marco internacional o comunitario.

La jurisprudencia, incluso aquella de la CSJN, estuvo dividida acerca de esta cuestión<sup>(22)</sup>: para la posición amplia, los derechos de incidencia colectiva son un género comprensivo de los derechos divisibles e indivisibles mientras que para la posición restringida, los derechos de incidencia colectiva se limitan a estos últimos. Por su parte, el voto de

.....

(18) AZAR M. J., "Los daños masivos en la jurisprudencia argentina", en *Defensa del consumidor*, LORENZETTI R. y SCHÖTZ G. (Dir.), Abaco, nov. 2003, p. 250 y s.

(19) AZAR M. J., "Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN", *Revista Jurídica la Ley*, 13/7/2009, p. 1 y s.

(20) Oteiza estima que "La noción de divisibilidad presenta dificultades y en ciertos casos, tales como en el reclamo por daño ambiental, puede haber reclamos divisibles por los distintos daños causador pero prevalecer la afectación al colectivo". OTEIZA E., "El reciente proyecto de reforma del Código civil y los derechos de incidencia colectiva", *Revista de derecho procesal*, 2012, n° extraordinario, pp. 503 a 512.

(21) Sobre los distintos criterios conocidos en el derecho comparado y la doctrina, puede verse nuestra tesis de doctorado, precitada, n° 27 y s.

(22) Sobre las distintas posiciones de los miembros de la CSJN, puede verse GIANNINI L., *La tutela de derechos individuales homogéneos*, cit. p. 292 y s. AZAR M. J., op. cit.

un ministro de la CSJN había esbozado una posición intermedia consistente en considerar como derechos de incidencia colectiva no solamente aquellos indivisibles sino también aquellos divisibles y postergados socialmente como el consumo y el medioambiente<sup>(23)</sup>. Ahora bien, en febrero del 2009, con el fallo *Halabi*<sup>(24)</sup>, esta posición fue absorbida por la nueva mayoría que en esta causa adhiere a la postura que reconoce a los derechos de incidencia colectiva como indivisibles y divisibles no patrimoniales, no siendo clara —para algunos— la cuestión de saber si los derechos divisibles y patrimoniales merecen la protección constitucional del artículo 43 CN.

Por entonces, antes del dictado del fallo *Halabi*, los tribunales inferiores habían dictado incontables sentencias en la materia, a veces contradictorias entre sí. La CSJN, con tono especialmente pedagógico, se refirió a la cuestión colectiva. La relativa sencillez de lenguaje utilizado y la adopción de una escrupulosa metodología contrastaron con la complejidad de las causas que llegaron a su seno. Ello es especialmente notorio en las causas "*Matanza-Riachuelo*<sup>(25)</sup>", "*Monner Sans*<sup>(26)</sup>", "*Hospital Materno infantil de Salta*<sup>(27)</sup>", "*Asociación civil Mujeres por la vida*<sup>(28)</sup>", "*Defensor del pueblo*<sup>(29)</sup>" y "*Superficiarios de la Patagonia*<sup>(30)</sup>", entre otras.

Resulta de ello una línea directiva que permitirá fundar las bases de una teoría jurisprudencial al respecto. Así, en el primer fallo de la causa Ma-

(23) Sobre la interpretación del voto del ministro Maqueda, *ídem* nota anterior.

(24) CSJN, "*Halabi, Ernesto vs P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04*" 24/02/2009.

(25) CSJN, "*Mendoza, Beatriz y otros vs Estado Nacional y otros*", 20/06/2006, *Revista Jurídica la Ley*, 2006 D, p. 88.

(26) CSJN, "*Monner Sans, Ricardo vs Fuerza Aérea Argentina s/amparo 16.986*", 26/09/2006, *Revista Jurídica la Ley*, 2007 A, p. 553.

(27) CSJN, "*Ministerio de Salud y/o Gobernación*", 31/10/2006.

(28) CSJN, "*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.

(29) CSJN, "*Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires vs Secretaría de Comunicaciones resol. 2926/99 s/amparo ley 16.986*", 31/10/2006.

(30) CSJN, "*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.

tanza-Riachuelo, también conocido por el nombre de una de las demandantes, *Mendoza*<sup>(31)</sup>, como en la causa Hospital de Salta, se efectúa una delimitación de las pretensiones procesales esgrimidas con el objeto de determinar con precisión cuáles de ellas podían ser objeto de jurisdicción originaria de la CSJN. A partir de entonces, se produjeron interesantes desarrollos acerca de la noción de caso colectivo y su nuevo perfil con relación a la tradicional doctrina del caso judicial<sup>(32)</sup>. Más tarde, en el fallo sobre el fondo de la cuestión, la CSJN condenó al Estado Nacional, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires a realizar una serie de actividades tendientes a lograr la recomposición del ambiente dañado<sup>(33)</sup>. En esta causa, el desafío frente a los más de cinco millones de afectados y más de sesenta demandados sería el de la obtención de un fallo ejecutable, para no repetir la experiencia de la causa *Verbitsky*<sup>(34)</sup>, *habeas corpus* referido a todos los inculcados y detenidos en Comisarías de la Provincia de Buenos Aires.

Entretanto, se reformó la Ley de defensa del consumidor lo que echaría luz sobre las categorías de derechos de incidencia colectiva pues, adoptando la misma expresión constitucional y los mismos legitimados activos<sup>(35)</sup>, en el párrafo referido a las disposiciones que el juez debe adoptar en su sentencia, dejaría clara la procedencia de las acciones colectivas con relación a los derechos divisibles patrimoniales (art. 54 LDC). Asimismo, la LDC consagraría la autoridad de la cosa juzgada *secundum eventum litis*, un derecho de *opt-out* para los miembros del grupo frente a un acuerdo colectivo o antes de la sentencia colectiva, en la oportunidad que el juez indique.

Un año más tarde, la CSJN denuncia la mora del legislador, en la causa Halabi, toma las riendas frente a la falta de legislación y adopta disposicio-

.....

(31) CSJN, "Mendoza, Beatriz y otros vs Estado Nacional y otros", 20/06/2006, en *Revista Jurídica La Ley*, 2006 D, p. 88.

(32) Sobre la cuestión, SALGADO J., "La Corte y la construcción del caso colectivo", *Revista Jurídica La Ley*, 2007 D, p. 787.

(33) CSJN "Mendoza, Beatriz Silvia y otros vs Estado Nacional y otros.", 23/07/2008, *Revista Jurídica La Ley*, 10/09/2008.

(34) CSJN "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus" 3/05/2005..

(35) Agregando a la Autoridad de Aplicación y un rol especial al Ministerio Público (arts. 52 a 55 LDC, según ley 26.361).

nes relacionadas con la causa y otras *obiter dictum*. Entre las primeras, se dejó claramente establecido que los derechos divisibles forman parte de los derechos de incidencia colectiva, conformándose para ello una nueva mayoría entre los miembros de la CSJN; se decide otorgar efecto *erga omnes* a la sentencia, para lo cual se apoyará en la base *ius* fundamental de los derechos de incidencia colectiva. Entre estas últimas, se adoptan lo que el fallo llama *pautas adjetivas mínimas que rigen la materia*<sup>(36)</sup>, que la Corte reconoce como “indispensables”:

“(...) con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la “acción colectiva” que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar (...)”.

Entre éstas, se dispone que:

“la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos”(...).

.....

(36) Considerando n° 20.

Como lo expresa el propio fallo, las fuentes de inspiración de tal construcción son diversas aunque, para la determinación de tales condiciones, parece haberse seguido esencialmente la Regla 23 de *Federal Rules of Civil Procedure* (en adelante FRCP) y la jurisprudencia norteamericana sobre *class actions* en lo que se refiere a la representatividad adecuada, la comunidad de elementos de hecho y de derecho (bien que en aquel régimen del *common law* se exige la comunidad fáctica o jurídica), las reglas de notificación y la precisa identificación del grupo.

Entonces, puede advertirse que el recorrido de los derechos de incidencia colectiva, no obstante ciertos accidentes, sobre todo relativos al alcance de la noción “derechos de incidencia colectiva” y al reconocimiento de la legitimación activa de las personas enumeradas por el art. 43 CN, avanza a paso seguro en el campo del ejercicio profesional y jurisprudencial.

## 2 | El curso legislativo posterior a la Reforma Constitucional: proyectos de ley sobre “acciones de clase”

Desde 1994, e incluso con anterioridad, se han sucedido proyectos de ley referidos a las acciones colectivas. Pero se observa un resurgimiento de la cuestión a partir de aquella suerte de “intimación” de la CSJN en la causa Halabi, donde el máximo tribunal no sólo responsabilizó al poder legislativo del vacío existente en el derecho positivo, sino que avanzó sobre los aspectos mínimos que la futura legislación debería considerar.

A partir de dicho momento, ha aumentado el número de proyectos de ley como consecuencia de la reglamentación del art. 43 o, específicamente, sobre las acciones de clase. La mayoría tiene su origen en el Senado, otros en Diputados y existen asimismo algunas proposiciones de iniciativa “privada” como la de la Asociación de Bancos Argentinos y se conoce que un texto se debate en el seno de la Academia de Derecho.

Conviene detallar los sesgos característicos de los proyectos vigentes en el presente, antes de concentrarnos en el análisis de las normas del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

Al menos doce proyectos se han presentado en estos últimos años: cuatro en el 2009<sup>(37)</sup>, dos en el 2010<sup>(38)</sup> y seis en 2011<sup>(39)</sup>. Entre estos últimos, dos reproducen otros del 2009 que habían perdido estado parlamentario. La mayoría de ellos se asemejan en sus líneas generales con matices diferentes que subyaremos a continuación.

Mientras que un proyecto propone reformar el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y adoptan la denominación "acción colectiva"<sup>(40)</sup>, los otros proponen reglamentar los arts. 41 a 43 CN en una ley especial y la denominan "acción de clase".

En cuanto a los tipos de derechos colectivos en juego, el el *nomen iuris* que estos últimos han recibido y el objeto de protección pueden resumirse en tres escenarios: el primero trata de la protección de derechos de incidencia colectiva y de intereses individuales homogéneos afectados por una causa común<sup>(41)</sup>, como si se tratara de dos especies diferentes, los últimos referidos a derechos divisibles y los primeros a los indivisibles. En el segundo, la protección de los derechos de incidencia colectiva se refiere tanto a derechos divisibles e indivisibles<sup>(42)</sup>. En el tercero y último, la protección de los derechos de incidencia colectiva se refiere a intereses individuales homogéneos que afectan derechos enteramente divisibles<sup>(43)</sup>, y por lo tanto con una visión restrictiva que excluye los derechos indivisibles o difusos.

La legitimación activa también es diferente según los proyectos: a veces, sólo cuentan con ella las personas jurídicas<sup>(44)</sup>; otras, cuentan con ella

.....

(37) Proyectos de ley S1412/2009, S1496/2009, 2199-D-2009 y 4776-D-2009.

(38) S3396/2010 y 5996-D-2010.

(39) S0204/2011 (que reproduce el proyecto S1496/2009 que había perdido estado parlamentario), S0018/2011, S1045/2011 (que reproduce el proyecto S1412/2009), 3094-D-2011, 4033-D-2011 y 4055-D-2011.

(40) Proyecto 4776-D-2009.

(41) Art. 3, proyecto S0204/2011.

(42) Arts. 31 y 36 del proyecto 3094-D-2011.

(43) Art. 1, proyecto S1045/2011 y 4033-D-2011, art. 1 de la propuesta de la ABA.

(44) Proyecto 4776-D-2009.

las personas físicas, las asociaciones y el Defensor del Pueblo<sup>(45)</sup> y otros agregan al Ministerio Público<sup>(46)</sup>. Por otra parte, un proyecto excluye la excepción de previo y especial pronunciamiento por falta de legitimación para actuar, la cual sólo puede oponerse como defensa de fondo<sup>(47)</sup>.

En lo que se refiere al número de miembros que componen un grupo cuya protección se persigue en justicia, mientras que un proyecto exige un mínimo de treinta<sup>(48)</sup>, otro exige cincuenta<sup>(49)</sup>, pero la mayoría no retiene un número fijo, sino que acude a fórmulas generales como "una pluralidad importante<sup>(50)</sup>" de miembros en número tal que la formación de un *litisconsortium* sea impracticable<sup>(51)</sup>.

Para poner en marcha un proceso, sólo un proyecto conserva la exigencia de una mediación previa obligatoria<sup>(52)</sup>, otro no se pronuncia sobre la cuestión<sup>(53)</sup> mientras que todos los demás suprimen esta exigencia.

La estructura del proceso también difiere según los proyectos. Para la admisibilidad de la acción colectiva, ciertos proyectos exigen que la pretensión procesal contenga elementos de hecho y de derecho comunes<sup>(54)</sup>, mientras que otros exigen elementos fácticos o legales comunes<sup>(55)</sup>. La condición conocida como *numerosity*, en virtud de la cual se exige un número tan importante de personas que la constitución de un *litisconsortium* sea impracticable, se retoma del derecho americano en varios proyectos<sup>(56)</sup>.

.....  
(45) Proyecto 5996-D-2010.

(46) Proyecto S1045/2011.

(47) Art. 35, proyecto S0204/2011.

(48) Proyecto 5996-D-2010.

(49) Proposición de la ABA, Asociación de Bancos de Argentina.

(50) Art. 2 proyecto 4033-D-2011.

(51) Art.1(1) proyecto 4055-D-2011.

(52) D5996-D-2010.

(53) D4776-D-2010, D2199-D-2009.

(54) D5996-D-2010.

(55) D4776-D-2010; 4055-D-2011.

.....  
(56) S0018/2011, S1045/2011

Una condición que, a pesar de su gran importancia brilla por su ausencia en varios proyectos, es la de la representatividad adecuada del demandante. Sin embargo, se trata de un elemento clave del comienzo del proceso; en efecto, ella permitirá garantizar una defensa adecuada y así justificar la extensión de los efectos de la cosa juzgada a los miembros ausentes del grupo, en otros términos, el sistema que permite que la cosa juzgada alcance a todos los integrantes, incluso aquellos que no han intervenido en el marco del proceso colectivo.

Otros proyectos, de nuevo inspirados del régimen de las *class actions*, exigen entre las condiciones de admisibilidad que la representatividad sea adecuada<sup>(57)</sup> (o que los representantes protejan de manera justa y adecuada los intereses de la clase<sup>(58)</sup>) y exigen el control de la manutención de esta condición durante todo el curso del proceso<sup>(59)</sup> mientras que otros proyectos permanecen mudos sobre la cuestión.

De manera sorprendente, un proyecto considera que el representante adecuado es el que detiene el número más alto de mandatos de los clientes<sup>(60)</sup>. Ello constituye una peligrosa confusión de las calidades de representante *ad causam* y *ad litem*<sup>(61)</sup> lo que puede conllevar, además, una lucha entre los profesionales del derecho para atraer mandatos. Al respecto, en uno de los proyectos, la elección del representante definitivo<sup>(62)</sup> se hace durante el desarrollo de la *Junta*<sup>(63)</sup> o bien durante una audiencia *ad hoc*<sup>(64)</sup>.

.....

(57) Art. 3(d) proyecto 4033-D-2011.

(58) Art. 1(4) proyecto 4055-D-2011. Este proyecto prevé la posibilidad de los miembros de señalar que la representación no es adecuada y de presentar sus pretensiones o defensas así como de toda forma de participación en el proceso (art. 9).

(59) Art. 15 proyecto 4033-D-2011.

(60) S1045/2011.

(61) La misma confusión se observa en el proyecto que alude a los representantes provisorios y definitivos de la clase, en referencia a los abogados de la actora. Art. 8 *in fine* del proyecto S0018/2011, que exige la calidad de abogado del representante de la clase.

(62) El representante provisorio, en el proyecto, es aquél que introduce la demanda en justicia. En tal sentido, véanse los proyectos S1045/2011, S0204/2011.

(63) Art. 14, proyecto S0204/2011.

(64) S0018/2011.

Como se advierte, algunos proyectos parecen ser una traducción literal de la regla federal 23 sobre las *class actions*<sup>(65)</sup> e incluyen una etapa de certificación de la acción siguiendo la modalidad americana<sup>(66)</sup>. Esta influencia del régimen de las *class actions* se hace sentir fuertemente en los proyectos que exigen el predominio de las cuestiones comunes y la superioridad de la acción de clase para su admisibilidad<sup>(67)</sup> o aun en materia de condiciones de manutención de la certificación de una acción de clase<sup>(68)</sup>. Luego, otros proyectos han concebido un mecanismo de constitución de una *Junta*<sup>(69)</sup>, siguiendo la modalidad del proceso concursal, donde el representante definitivo de la clase es elegido por votación de los miembros. Dicho proyecto explica en la exposición de motivos que en las causas de consumo, los estadios de fútbol pueden ser el lugar natural de elección del representante. Es fácil advertir que el procedimiento, así concebido, se revela desde múltiples facetas como costoso y complejo.

Si la mayoría de los proyectos prefieren el proceso ordinario para su desarrollo, en el proyecto de reglamentación del amparo colectivo<sup>(70)</sup> da preeminencia a este último, salvo cuando las circunstancias sugieren otra solución. Asimismo, en un proyecto, la acción colectiva es objeto de una acción declarativa, conforme el art. 322 CPCCN y propone la inclusión de art. 322 *bis* al mismo<sup>(71)</sup>; se trataría de una acción en declaración de responsabilidad contractual o extracontractual en caso de afrenta masiva y generalizada de derechos individuales homogéneos.

Con relación a la cosa juzgada, en la mayoría de los proyectos, dicha autoridad se produce *erga omnes*, aun si hablando con propiedad se trataría de un efecto *ultra partes*. Así, las sentencias alcanzan tanto a los miembros presentes como a los miembros ausentes del grupo. Ciertas diferencias se hacen notar. Así, para un proyecto, la solución se extiende a .....

(65) S0018/2011.

(66) D5996-D-2010.

(67) En particular los proyectos 4055-D-2011, 4033-D-2011, S0018/2011.

(68) S0018/2011, S0204/2011 (art. 2).

(69) S0204/2011.

(70) S1045/2011, D2199-D-2009,

(71) D4776-D-2010.

todos los miembros tanto si la decisión es favorable como si es desfavorable (*whether favorable or not* en la terminología de la Regla 23, conocida igualmente como *two-way preclusion*)<sup>(72)</sup>, y ello sin excepción. Por el contrario, en todos los demás proyectos, la solución se aplica *erga omnes* con excepción de aquellos miembros que han optado por excluirse del proceso oportunamente (*opt-out*).

Por su parte, en el proyecto de reglamentación del amparo individual y colectivo, el derecho de exclusión se limita a los procesos que versan sobre derechos divisibles<sup>(73)</sup>. Por otra parte, un proyecto consagra la solución *ultra partes secundum eventum litis, in utilibus*, es decir, para los casos de sentencias favorables a la demandante; en caso de rechazo de la acción, un nuevo proceso puede ser intentado sobre la base de nuevos hechos<sup>(74)</sup>.

Para la organización y la gestión de la información relativa a los procesos colectivos, en regla general, los proyectos proponen la creación de un Registro de acciones colectivas. Algunos lo ubican bajo la órbita de del Consejo de la Magistratura<sup>(75)</sup>, mientras que otros bajo la del Registro de Procesos Universales, dependiente del Poder Judicial de la Nación<sup>(76)</sup>.

En cuanto a la relación entre las acciones individuales y colectivas, un proyecto propone la suspensión de los procesos individuales a partir de la introducción de la demanda colectiva, sin que la notificación de ésta opere la interrupción de las acciones individuales<sup>(77)</sup>.

Dichos proyectos merecen ciertas observaciones críticas, que servirán de base a los elementos de análisis del Proyecto de unificación de los Códigos civil y comercial.

.....

(72) Art. 11, proyecto S0018/2011.

(73) Art. 36, proyecto 3094-D-2011.

(74) Art. 18, proyecto S1045/2011. Se excluyen de la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia colectiva a aquellos miembros que hubieran solicitado la suspensión de sus procesos individuales dentro de los 30 días luego de la toma de conocimiento de la existencia de una acción colectiva.

(75) Art. 6, proyecto 4033-D-2011.

(76) Art. 10, proyecto S0204/S/2011, art. 11, proyecto 4055-D-2011, art. 24 de la propuesta de la ABA.

(77) Art. 11, proyecto 4055-D-2011.

Llama la atención que ninguno de los proyectos enumerados ha tenido en cuenta el desarrollo doctrinario de la última década. Si bien enuncian la “abundante jurisprudencia” en la materia, ninguno aborda la problemática judicial para responder con el texto proyectado. Es flagrante que ninguno de los proyectos haya tomado al Código de Procesos Colectivos para Ibero-América como referencia, indispensable en la materia.

Cabe destacar que todos los textos tienen vocación abarcativa de todos los procesos colectivos que puedan presentarse, sin distinción de la materia consumerista, ambiental u otra. Sin embargo, la falta de articulación entre las normas propuestas con aquellas en vigor. Es decir, los proyectos en su mayoría enumeran a quienes tienen legitimación para actuar, como si nada estuviera previsto en las Leyes especiales de defensa del consumidor o del medioambiente, lo que puede generar un conflicto normativo.

Se observa en varios proyectos, como en la propia jurisprudencia, un error frecuente consistente en la identificación de las *class actions* con las acciones colectivas en defensa de derechos individuales homogéneos. Ahora bien, como dijimos, las acciones de clase, según están reguladas por la Regla 23 FRCP conciernen las dos hipótesis, con previsiones tanto respecto de acciones en materia de *injunctions* (que versan frecuentemente sobre remedios indivisibles, por ejemplo las *civil rights class actions* en materia de discriminación así como también las *limited fund class actions* en materia de fondos limitados de parte del demandado lo que exige un tratamiento equitativo respecto de todos los miembros, independientemente del carácter divisible de sus derechos) y las más conocidas *class actions for damages*, destinadas a obtener una indemnización para cada uno de los miembros de la clase.

A nivel estructural, como lo ha destacado Verbic<sup>(78)</sup>, existe un problema de indefinición del modelo, pues se adoptan ciertos elementos de *common law* y del *civil law*, cada uno impregnado de una tradición jurídica propia. Así, mientras que el primero se basa en la doctrina del precedente, en el segundo la misma no existe con la fuerza obligatoria del primero. Además, el rol del juez está teñido de un impulso diferente, más dinámico en el sistema continental que en el derecho civil, aunque es en esta área donde el acercamiento entre ambos modelos se hace sentir con mayor fuerza. Por

---

(78) Jornadas sobre procesos colectivos, Colegios de abogados de La Plata, 22 de mayo de 2012.

último, mientras que en aquél *remedies precede rights*, en el último son los derechos que hacen existir un remedio legal para hacerlos valer.

En consecuencia, como apunta el mismo autor, los proyectos no definen derechos, lo cual sería propio del derecho escrito, ni tampoco las situaciones conflictivas que autorizan el ejercicio de las acciones colectivas, como es el caso de la Regla 23. En efecto, las *class actions* norteamericanas se caracterizan por una especial orientación pragmática, al pertenecer a un sistema donde, a diferencia del *ubi jus, ibi remedium* (donde hay un derecho, habrá un remedio) de los países continentales, pertenecen a un régimen según el cual *ubi remedium, ibi jus*<sup>(79)</sup>. Es por ello que la clasificación que allí interesa es aquella que distingue las pretensiones procesales, o las peticiones del *named plaintiff* en una acción de clase, según su divisibilidad o indivisibilidad (*divisible* o *indivisible remedies*). De ello dependerá, en especial, el tipo de acción de clase respecto de la cual las partes solicitan la certificación ya que, como se sabe, además de las cuatro condiciones de certificación, llamadas *pre-requisites, numerosity, commonality, typicality, adequacy of representation*, la *class action* debe entrar en algunos de los tres tipos (llamados por cierta doctrina hipótesis de cabimiento)<sup>(80)</sup>.

(79) Sobre la cuestión y el acercamiento de los sistemas de *common law* y de *civil law*, véase VERBIC FRANCISCO, "Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación", en *Revista Jurídica La Ley*, 2010 A, p. 769.

(80) La primera categoría de la Regla Federal de Procedimiento, en adelante FPR, 23 (b) (1) (A), se aplica cuando las acciones individuales son tan numerosas que ellas generarían normas de conducta completamente inconsistentes de la parte contraria. Ello implica el riesgo o el peligro de "disposición" de los intereses de los miembros ausentes.

La subdivisión siguiente (1) (B), se refiere a los casos de fondos limitados en término pecuniarios en casos de reparación (*limited fund class actions*) y aquellos en los cuales múltiples acciones pondrían en peligro los intereses de sus miembros. En dicha categoría de acciones de clase, se incluyen los casos en las que se reclama una *injunction*: el cese de una conducta o la prevención de un daño (Regla 23 (b) (2)). Esta hipótesis se aplicó tradicionalmente a lo que se conoce como *civil rights*, clásicamente los casos de discriminación, y más recientemente en los casos de defensa de la competencia, por ejemplo en los acuerdos de precios en algunas industrias y patentes.

La tercera categoría, es la más abarcativa y quizá la más conocida; determina que una acción de clase debe mantenerse, cuando las cuestiones de hecho y de derecho comunes a los miembros de la clase prevalecen sobre lo que está en juego a nivel individual, y la *class action*, como herramienta procesal, es superior a cualquier otro método para la justa resolución eficiente de una controversia. Son las condiciones conocidas como *predominance of common questions* y *superiority*. Es decir, la acción de clase debe resultar el mejor método de reparación posible. Su aplicación es extensa, y permanece como una categoría subsidiaria

Debe destacarse la inclinación de algunos autores a favor de una consideración pragmática del conflicto colectivo antes que de una clasificación conforme a la naturaleza jurídica de los derechos; en otros términos, se trata de dar preferencia a los conflictos y a su tipología, con prescindencia de la ontología<sup>(81)</sup>. Al respecto, en nuestra tesis de doctorado, nos hemos pronunciado a favor de la consideración del tipo de derecho en juego y del tipo de pretensión procesal, que puede o no coincidir con el primero. Así, respecto de un derecho divisible, como el derecho a la información veraz y completa de los consumidores, puede solicitarse una medida cuyos efectos son indivisibles, como la supresión de una publicidad engañosa que atenta contra aquél. En tal caso, si la legislación adopta reglas procedimentales diferentes respecto de los procesos que versan sobre unos u otros, parece razonable que el proceso tramite como un proceso respecto de intereses difusos y no de derechos individuales homogéneos, en razón del tipo de remedio buscado. Por ello debe prestársele especial atención, sin por ello descartar las clasificaciones de derechos, propias a los sistemas de derecho escrito<sup>(82)</sup>.

Como veremos, un atisbo de esta cuestión parece poder encontrarse en el art. 1745 del Anteproyecto de unificación del Código Civil y Comercial. Según el mismo, hay daño a los derechos de incidencia colectiva, cuando existe lesión a los mismos y "(...) la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador (...)". Ello significa la imposición de un cierto tipo de pretensión a fin de que una acción pueda intentarse en justicia respecto de los derechos de incidencia colectiva.

Este aspecto reviste gran importancia pues, en las *class actions*, los requisitos para la configuración de una u otra no son los mismos, como tampoco lo son ciertos aspectos del proceso, especialmente la obligatoriedad de notificaciones individuales y la posibilidad de ejercicio del *opt-out*.

.....  
que incluye todas las hipótesis que no encuentran cabida en las demás categorías. Se trata básicamente de acciones en reparación de los daños (*class action for damages*).

(81) VERBIC FRANCISCO, op. cit., p. 769; SALGADO José, *Tutela individual homogénea*, Astrea, 2011, n° 11. Con anterioridad, Trionfetti había señalado que lo que se deben identificar son las situaciones que se tutelan, lo que se presenta como algo más complejo, puesto que pueden comprender tanto una determinada clase de sujetos, una determinada clase de bienes o una determinada clase de derechos. TRIONFETTI VÍCTOR, "Aspectos preliminares sobre la tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos y homogéneos", en OTEIZA E. (Coord.), *Procesos colectivos*, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 156.

(82) AZAR MARÍA J., op. cit.

Al respecto, cabe señalar que, en el régimen de las *class actions*, existen diferencias substanciales con relación al tipo de notificaciones a cursarse si el remedio es divisible o indivisible (en las primeras debe cursarse el mejor medio disponible utilizando los medios razonables para dirigir una información individualizada a los miembros del grupo, mientras que en el segundo el juez tiene la facultad de decidir si una notificación general es necesaria, pudiendo omitírsela). Lo mismo puede pensarse, en nuestro régimen, en materia de participación en las audiencias públicas, pues las reclamaciones divisibles necesitarán la presencia de los representantes naturales de los sectores comprometidos e incluso de los miembros individualmente, si éstos lo desearan. Por dicha razón, estimamos que la determinación de la representatividad adecuada se ve influenciada por aquello que se reclama (estimamos, en efecto, que no es lo mismo un reclamo de indemnización que el reclamo de un cese, a veces una persona podría resultar legitimada para esto último pero no para lo primero).

He aquí uno de los más graves problemas de los proyectos: el de la ausencia o la deficiencia en regulación de la representatividad adecuada<sup>(83)</sup>. En efecto, es impensable que el abogado que detenga mayor número de poderes sea el más representativo, así como que sea factible que la convocatoria a todos los miembros en un lugar preciso, en el marco de una audiencia de elección del representante sea la vía apropiada a tal fin. En ninguno de los dos casos se ofrecen garantías de adecuada defensa de los miembros del grupo ni se evita el conflicto potencial entre los miembros y el representante.

En un reciente trabajo, Oteiza ha señalado lo que denomina “debilidades subsanables” de los Proyectos, que nos permitimos reproducir. En efecto, se trata de los núcleos temáticos que no se han abordado o que deberían mejorarse, a saber: i) el examen de la fase de admisibilidad de la pretensión colectiva, ii) la regulación específica de la representatividad adecuada y los criterios para la elección del representante del grupo o clase, iv) la explicitación de la definición del grupo o clase, v) la conveniencia de adoptar instrumentos para brindar soluciones alternativas a la sentencia de mérito, vi) la participación del Ministerio Público, vii) la regulación de las audiencias públicas, viii) las facultades y deberes del juez, ix) la especificidad de las medidas cautelares en este tipo de procesos, x) el carácter preferente

(83) En este sentido GIANNINI L., *Jornadas sobre procesos colectivos*, Colegios de abogados de La Plata, 22 de mayo de 2012.

de los procesos sobre derechos colectivos en relación con aquellos en los cuales se debate sobre derechos individuales, xi) la litispendencia y la cosa juzgada colectiva, xii) los instrumentos para lograr el efectivo cumplimiento de la sentencia, xiii) las costas, xiv) los honorarios y xv) los incentivos económicos que permitan ampliar la participación, entre otros aspectos para ser considerados por el Congreso Nacional<sup>(84)</sup>. Nos permitimos agregar la necesaria consideración de las reglas sobre la prescripción, la suspensión e interrupción del curso de aquella.

Puede comprenderse que, en este estado, todas las expectativas estaban puestas en el Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial.

### 3 | Unificación de los Códigos Civil y Comercial. Divergencias en el paso del Anteproyecto al Proyecto

El recorrido de los derechos de incidencia colectiva en el proceso de unificación civil y comercial sigue un curso accidentado. Como veremos, si el Anteproyecto había aprovechado tamaña ocasión para “recobrar” un tiempo perdido y acordar así dimensión substantiva a las acciones colectivas, el Proyecto suprime, de un plumazo y sin justificación, lo esencial de las disposiciones relativas a ellas, mediante algunas reglas básicas<sup>(85)</sup>.

Así, es elocuente que mientras el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación evocaba la expresión “*derechos de incidencia colectiva*” once veces<sup>(86)</sup>, en nueve artículos, el Proyecto, en su versión definitiva, sólo la ha conservado en seis oportunidades, distribuidas en cuatro artículos. Esta dramática disminución obedece esencialmente a la eliminación de la sección 5º, intitulada “*De los daños a los derechos de incidencia colectiva*”

(84) OTEIZA E., “El reciente proyecto de reforma del Código civil y los derechos de incidencia colectiva”, *precitado*, pp. 503/512.

(85) 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 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.

(86) Sin contar las cuatro repeticiones de los títulos del índice.

va” (arts. 1745 a 1749), y a una restricción de la clasificación de derechos operada en el art. 14. De ello resulta la pobreza normativa del Proyecto de *corpus* de derecho substancial privado, en la materia.

Para referirnos a ello, no podemos evitar comparar la versión del Anteproyecto —perfectible— con la del Proyecto —defectuoso por omisión— pues como los proyectos de ley sobre las acciones de clase, se hace caso omiso a los desarrollos importantes doctrinales y jurisprudenciales.

Analizaremos, a continuación, la regulación propuesta en tres partes: (A) primero, con relación a la tipología de derechos reconocidos—arts. 14 y 18— y en materia de bienes sobre derechos de incidencia colectiva —arts. 240 y 241— (B); luego, con relación a la sanción pecuniaria aplicable a quien actúa con grave menosprecio a los derechos de incidencia colectiva —art. 1713 o 1714 según la versión del Anteproyecto o del Proyecto respectivamente— (C) y, por último, con relación a la Sección dedicada a los daños a los derechos de incidencia colectiva —arts. 1745 a 1748 del Anteproyecto—.

### 3.1 | Los derechos de incidencia colectiva en la clasificación de derechos y de los bienes

Fiel a la tradición continental europea, la redacción original del Anteproyecto disponía el reconocimiento de derechos individuales y de incidencia colectiva, en los términos siguientes:

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.*

Dicha redacción y clasificación quedó "mutilada" en el Proyecto que sólo distingue los derechos individuales de los derechos de incidencia colectiva.

ARTÍCULO 14.- (1) 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 al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

El art. 14, tanto en su versión original del Anteproyecto, como del Proyecto actual, fieles a la tradición de los países de derecho civil han continuado en la senda de la calificación de derechos, y no de las situaciones conflictivas.

La nueva redacción, por sí sola, no genera problemas ya que la tendencia era de considerar los derechos de incidencia colectiva como un género con sus dos especies, los derechos individuales homogéneos y los intereses difusos. Sin embargo, en el Anteproyecto se recepciona la trilogía de derechos, conforme al caso *Halabi*, sin haberse seguido por lo tanto la denominación utilizada por dicho fallo que distinguió entre los derechos de incidencia colectiva que versan sobre bienes colectivos y sobre bienes individuales homogéneos. Por su parte, el Anteproyecto reservó la terminología "derechos de incidencia colectiva" para el primer subtipo de derechos, el de los también llamados intereses difusos, por ejemplo, por la legislación brasileña. Sin embargo, tal distinción terminológica no conlleva otras consecuencias que las semánticas, al volver sobre una cuestión que parecía zanjada. Lo importante es que dicha clasificación triple despeaba toda posible duda sobre el alcance de la protección a la vez a los derechos divisibles e indivisibles. A partir del art. 14 del Anteproyecto, habría podido concluirse positivamente acerca de la inclusión de

dos especies de derechos colectivos *lato sensu*: los derechos individuales homogéneos y los difusos.

En segundo lugar, la redacción del Anteproyecto permitía distinguir ambas especies por la divisibilidad —que estimamos material o jurídica— de los derechos en juego. Al respecto, es sabido que, para la delimitación de ambos tipos, existen varias posiciones doctrinales, provenientes esencialmente de las soluciones adoptadas en el derecho comparado, a saber: la determinación o no de los miembros, la organización o no del legitimado activo, entre otros.

No podemos pasar por alto la opción del artículo 14 del Anteproyecto de no denominar a los derechos enunciados en el inciso b) como *derechos individuales homogéneos*, expresión adoptada en los arts. 1746 (Daño a los derechos individuales homogéneos) y 1747 (Presupuestos de admisibilidad) en clara alusión a los derechos previstos por el inc. b) del art. 14. En este inciso se agregaban tres caracteres tipificantes de los derechos individuales ejercidos mediante una acción colectiva: 1) una pluralidad de afectados individuales, 2) daños comunes pero divisibles o diferenciados padecidos por aquellos, 3) una causa común generadora, según lo dispuesto en el Libro Tercero [De los derechos personales], Título V [De otras fuentes de las obligaciones], Capítulo 1 [De la responsabilidad civil].

Con relación al inc. c), que el Anteproyecto ha llamado derechos de incidencia colectiva, se los describe como indivisibles y de uso común. En otros términos, la relación de exclusividad propia a los derechos subjetivos es inexistente en estos casos que se caracterizan, por el contrario, por el goce y el sufrimiento común en caso de lesión a los mismos.

El propio art. 14 menciona los legitimados para accionar respecto de los derechos indivisibles (se enuncian el afectado, el Defensor del Pueblo, las organizaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales). Dicha técnica del Anteproyecto era criticable puesto que, por un lado, no se enuncian los legitimados respecto de los derechos individuales que pueden defenderse colectivamente y, por el otro, se vuelve sobre la legitimación en materia de intereses difusos (o derechos de incidencia colectiva *stricto sensu*) en el art. 1745, que agregaba al Estado y a los Ministerios Público Fiscal y de la Defensa y respecto de los derechos individuales homogéneos en el art. siguiente, el cual reserva la acción judicial a los tres primeros enunciados, o sea, el afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio, el Defensor del Pueblo y las organizaciones.

Por otra parte, siempre en materia de derechos colectivos, el art. 18 declara entre los derechos de las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida, que éstas “(...) tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto [De los derechos reales], Título V [De la propiedad comunitaria indígena], de este Código. También tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva (...)”. De la redacción, sin embargo, quedan dudas sobre cuáles son los derechos que cuentan como derechos de incidencia colectiva: sólo del derecho de participación en la gestión de recursos naturales o también los primeros enunciados y cuál es la incidencia de dicha calificación.

Por último, se consagra un límite al ejercicio de los derechos individuales, los que no podrán (gravemente disponía el Anteproyecto, adjetivo suprimido por el Proyecto) afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. A esta cuestión relativa a los derechos colectivos como límites a los derechos individuales, el Código volverá, en una sección especial, consagrada a los bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva (en el Libro primero de la parte general, el Título III intitulado “De los bienes”, en su capítulo 1 dedicado a *los bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva*) en los arts. 240 y 241 del Anteproyecto los cuales fueron, como el 14, objeto de “retoques” de parte del Poder ejecutivo.

El Anteproyecto, bajo el título *Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes*, había previsto tres cuestiones. En primer lugar, una limitación genérica de afectación de derechos de incidencia colectiva<sup>(87)</sup>. En segundo lugar, 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 información<sup>(88)</sup>. Ello tiene suma importancia, por ejemplo, en materia de servicios públicos. En

---

(87) “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”.

(88) 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.

tercer y último lugar, se había previsto en el mismo artículo —que pasará a ser el artículo siguiente 241 en el Proyecto— que “Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable” (art. 240). Por el contrario, el art. 240 del Proyecto se ha limitado a consagrar la limitación al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores, el cual debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Mientras que el Anteproyecto hacía alusión al respeto de la ley especial, el Proyecto alude a la conformidad “(...) a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público(...)”. A renglón seguido, ambos textos prevén que “no debe 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”.

De gran trascendencia social y económica, el art. 241 del Anteproyecto había consagrado el derecho fundamental de acceso al agua potable, en los términos siguientes: “Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales”.

Dicho artículo fue simplemente suprimido en el Proyecto, dejando esta cuestión substancial librada al buen entender de los jueces en materia constitucional. El mismo fue reemplazado por el último párrafo del art. 240 de la versión del Anteproyecto referido a la jurisdicción, disponiéndose que “(...) Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

De otro orden es la novedosa adopción de una sanción pecuniaria disuasiva.

### 3.2 | La adopción de una Sanción pecuniaria disuasiva en el Proyecto y en el Anteproyecto

Siguiendo la tendencia de anteriores proyectos de unificación civil y comercial, ambos textos —el Anteproyecto y el Proyecto— han consagrado una figura cercana a la conocida como *daños punitivos* en lo que es una traducción de los controvertidos *punitif damages* consagrados por algunos Estados de los Estados Unidos, *exemplary damages* en Inglaterra, donde también se los conoce como *punitory damage* ou *vindictive*

damages<sup>(89)</sup>, o multa civil en la LDC Argentina<sup>(90)</sup>. Ello de manera novedosa con relación a la legislación del resto de los países iberoamericanos que desconocen esta figura<sup>(91)</sup>.

.....

(89) AZAR MARÍA J., op. cit.

(90) Tal fue la denominación adoptada por el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación de 1998 y por la Ley de defensa del consumidor, a partir de la reforma operada por la ley 26.361 en 2008 (art. 52 bis). Esta última procede en caso de incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales frente al consumidor. Al respecto, Bersten explica que si bien los daños punitivos son una novedad de la ley n° 26.361, una multa civil ya estaba prevista para las infracciones relativas a los servicios públicos domiciliarios. En efecto, según el artículo 31 LDC, si el proveedor factura una suma indebida o ya regulada, el consumidor debe hacer una reclamación ante la autoridad de control. Si se desprende del procedimiento administrativo que pagó en exceso, el proveedor debe reintegrar lo pagado, con los intereses que impone a los consumidores en caso del retraso, así como una indemnización del 25% del importe indebidamente percibido o reclamado. Dicha suma ha sido considerada, por cierta doctrina, como una multa civil. Por otra parte, dicha disposición fue objeto de aplicación analógica para servicios no domiciliarios, en particular, en un asunto colectivo de telefonía móvil. En la especie, una asociación de consumidores había demandado la restitución de dos rúbricas que *Movicom* reclamaba a los usuarios, con los intereses y la indemnización prevista en el art. 31.

Los jueces hicieron también aplicación analógica de esta solución para servicios privados (en causas contra bancos), donde se solicitara la restitución de las sumas indebidamente percibidas con más el interés por retraso que la empresa exige a los consumidores alegando, además de la analogía, el principio de la reciprocidad que la Ley prevé entre los usuarios y los proveedores de los servicios públicos domiciliarios (art. 26 LDC).

Así, desde 2008, en virtud de la reforma de la Ley, el juez puede aplicar una "multa civil", a favor de la víctima, la cual varía según "*la gravedad de los hechos y otras circunstancias que rodean el asunto*", pero que se limita a 5 millones de pesos, en la actualidad. La redacción del artículo que las consagra es altamente criticable, como hemos tenido ocasión de expresar. Azar MARÍA J., tesis *precitada*, n°73, 157, 160 y 213.

(91) Existen sin embargo otras instituciones frecuentemente relacionadas por la doctrina con los daños punitivos. Tal es el caso del enriquecimiento sin causa. Dicha institución, cuyo origen y las *condictios* remontan al derecho romano, existe asimismo en el sistema anglosajón bajo el nombre de *unjustified enrichment* ou *unjust enrichment*. También llamado enriquecimiento injusto, indebido, sin justificación, sin causa, ilícito, ilegítimo en otros regímenes es fuente de obligaciones. VELASCO CELLERI E., *Sistema de práctica procesal civil*, Quito, Ecuador, Pudeleco editores, 2005, T. 7, p. 132; art. 884 Código Civil brasileño; art. 1882 Código civil del Distrito federal de Méjico. M. A. PEREZ BAUTISTA, *Obligaciones*, México, lure editores, México DF, 2006, p. 76.

Por su parte, los países de tradición germánica, la doctrina a relacionado los daños punitivos —cuando no fueron reconocidos por la legislación— y otras instituciones, en particular las *astreintes* (conocidas igualmente como *liquidación convencional* en derecho ecuatoriano) y las clausulas penales existentes en ciertos países como el nuestro, Colombia (art. 1551 C. civil) y Chile. No obstante, es fácil distinguir todas estas instituciones de los daños punitivos.

En ciertas hipótesis, cierta doctrina (sin unanimidad) califica de daños punitivos las instituciones donde una indemnización no está ligada directamente a daño efectivamente sufrido, como

El Anteproyecto regula la figura en un artículo, el 1713, mientras que el Proyecto lo hace en los arts. 1714 y 1715 aunque sin cambios substanciales con relación al primero; simplemente se ha dividido el texto agregándose el intitulado *Punición excesiva* a la última parte del artículo 1713 del Anteproyecto.

Resulta de ello 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<sup>(92)</sup>. 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” (art. 1714 del Proyecto).

Entre los temas que trata dicha disposición, se encuentran reglas relativas al hecho que autoriza la petición de una sanción pecuniaria disuasiva —*actuar con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva*—, a quien puede solicitarla y contra quien —los legitimados para defender dichos derechos contra quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva—, a los criterios que guiarán al juez para fijar la sanción pecuniaria disuasiva —prudencia, 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—. Se agrega el deber del juez de atribuir un destino a los fondos a atribuirse.

Vale la pena recordar algunos desarrollos sobre el tema, al que la doctrina se ha dedicado con gran ahínco. En uno de los primeros trabajos sobre el

.....  
 en Ecuador, donde la ley de propiedad intelectual (art. 119) autoriza a condenar a quien haya explotado una obra sin licencia, al 50% de lo percibido durante toda la explotación.

(92) [mencionados en el artículo 14, inciso c)] agregaba el Anteproyecto.

tema en Argentina, Pizarro definió a los daños punitivos como “las sumas de dinero que los tribunales mandan pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro<sup>(93)</sup>”. Por su parte, Galdós destaca el carácter de “suplemento” de condena pecuniaria que se añade al responsable de una grave inconducta así como los efectos reflejos ejemplares con relación a terceros<sup>(94)</sup>.

En la doctrina argentina, autores calificados se alzaron en contra del instituto<sup>(95)</sup> y a favor<sup>(96)</sup>. En posición intermedia, para la profesora Kemelmajer

.....

(93) PIZARRO D., “Daños punitivos”, en *Derecho de daños*, 2º parte, KEMELMAJER DE CARLUCCI A. (Dir.), Parellada C. (Coord.), Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1993, p. 337.

(94) GALDOS J., “Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones”, *RCyS* 1999, p. 196

(95) BUSTAMANTE ALSINA J., “Los llamados “daños punitivos” son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, *Revista Jurídica La Ley* 1994 B, p. 860; *Id.* “Algo más sobre los llamados “daños punitivos””, *Revista Jurídica La Ley* 1994 D, p. 863; MAYO J., “ El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito”, *Revista Jurídica La Ley* 2005 C, p. 1018; *Id.* “La inconsistencia de los daños punitivos”, *Revista Jurídica La Ley* 2009 B, p. 1269; LLAMAS POMBO E., “Formas de Reparación del Daño”, *RCyS* sept. 2010, p. 3; *Id.* “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del Derecho de Daños)”, *RCyS*, 2002, p. 181; TRIGO REPRESAS F., “Daños punitivos”, en Alterini A. y López Cabana R., *La responsabilidad*, Abeledo-Perrot, 1995, p. 286; *Id.* “La responsabilidad civil en la nueva ley de defensa del consumidor”, *Revista Jurídica La Ley* 2010 C, p. 878; *Id.* “Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en la ley 26.361” *Revista Jurídica La Ley* 26 nov. 2009, p. 1; TRIGO REPRESAS F. y LÓPEZ MESA M., *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, 2004, T. 1, p. 567; PICASSO S., “Sobre los denominados ‘daños punitivos’”, *Revista Jurídica La Ley* 2007 F, p. 1154; *Id.* “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, en VAZQUEZ FERREYRA R., (Dir.) *Reforma a la ley de defensa del consumidor*, La Ley, 2008, p. 123 y s.; *Id.* “Comentario al artículo 52 bis”, en PICASSO S. y VAZQUEZ FERREYRA R., (Dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor Comentada*, La Ley, 2009, T. I, p. 593; BUERES A. y PICASSO S., “La responsabilidad por daños y la protección al consumidor”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009 1, p. 31; BUERES A., en PICASSO S. y VAZQUEZ FERREYRA R. (Dirs.), *Ley de defensa del Consumidor Comentada*, op. cit., T. I, p. 633; PREVOT J., “¿Prevenir, punir o resarcir? La finalidad de la responsabilidad civil”, *Revista Jurídica La Ley* 2009 B, p. 747; MARTINOTTI D., “Los daños punitivos en el proyecto de Código Civil de 1998”, *Revista Jurídica La Ley* 2001 F, p. 1316; CHABAS F., “No hay que proteger al consumidor, sino al débil”, *La Ley Actualidad*, 19 nov. 2009, p. 1.

(96) SÁNCHEZ COSTA P., “Los daños punitivos y su inclusión en la ley de defensa del consumidor”, *Revista Jurídica La Ley* 2009 D, p. 1113; SOZZO G., “Los daños punitivos en el microsistema de protección del consumidor”, en *Revista de derecho privado y comunitario* 2009, p. 2; LÓPEZ HERRERA E., “Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor”, *JA* 2008 II, 1198; *Id.* *Los daños punitivos*, Abeledo-Perrot, 2008; STIGLITZ R. y PIZARRO D., “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, *Revista Jurídica La Ley* 2009

de Carlucci<sup>(97)</sup>, la víctima debe optar entre reclamar el daño efectivamente sufrido o las ganancias percibidas indebidamente por el responsable. Ello equivaldría a asimilarlos a los “daños y perjuicios restitutorios”, circunscribiéndolos a los “*ilícitos lucrativos*”, que se definen como la comisión de un ilícito civil a sabiendas que los beneficios a obtenerse serán superiores a la condena de la compensación del perjuicio.

En lo que concierne a la temática que nos invitaran a abordar, referida a las acciones colectivas, cabe resaltar, en primer lugar, que el Proyecto de unificación acertadamente, procede a una “calificación especial” de la conducta que autoriza a demandar la sanción pecuniaria; no se trata, pues, de una simple “inejecución legal o contractual” como defectuosamente —por omisión— ha consagrado la reforma de la Ley de defensa del consumidor<sup>(98)</sup>. Se trata, en cambio, de un grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva en el actuar del responsable, fórmula lo

.....  
B, p. 949; B. MOISÁ, “Los llamados “daños punitivos” en la reforma a la Ley Nro. 24.240”, *RCyS*, 2008, p. 271; ALVAREZ LARRONDO F., “Los daños punitivos”, *Revista Jurídica La Ley* 2000 A, p. 1111; *Id.* “La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo argentino”, *JA* 2008 II, p. 1246; MARTINOTTI D., “Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *Revista Jurídica La Ley* 2001 F, p. 1317; SPROVIERI E., “La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino”, *JA* 2010 IV, p. 930; COLOMBRES F., “Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor”, *Revista Jurídica La Ley* 2008 E, p. 1159; BERSTEN H., “La multa civil en la ley de defensa del consumidor. Su aplicación a casos colectivos”, *Revista Jurídica La Ley* 2009 B, p. 997; GHERSI C., “Paralelo entre la responsabilidad civil y la seguridad social”, *Revista Jurídica La Ley* 1998 E, p. 952; MOSSET ITURRASPE J., *Responsabilidad por daños*, T. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 359; ALTERINI A., *Contratos civiles-comerciales-de consumo. Teoría general*, Abeledo-Perrot, 1998? p. 604; ZAVALA DE GONZÁLEZ M. y GONZÁLEZ ZAVALA R., “Indemnización punitiva”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI A. y BUERES A. en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio, Homenaje al profesor Atilio A. Alterini*, Abeledo-Perrot, 1997, p. 189; PIZARRO R., *Derecho de daños*, 2e partie, en Homenaje al profesor Félix A. Trigo Represas, KEMELMAJER DE CARLUCCI A. (Dir.), C. PARELLADA (Coord.), La Rocca, 1993, p. 291; *Id.*, *Daño moral*, p. 449 y s., Hammurabi, 1996; *Id.* “Pena privada y protección del consumidor”, *JA* 1997 III, p. 931; MOLINA SANDOVAL C. y PIZARRO D., “Los daños punitivos en el derecho argentino”, en *Revista de derecho comercial del consumidor y de la empresa*, I, n°1, sept. 2010, p. 65

(97) KEMELMAJER DE CARLUCCI A., “¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el derecho Argentino?”, en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de Anales, Año XXXVIII, Segunda época, n°3, cité par J. Galdos, *precitado*.

(98) Ello ha llevado a la doctrina a una “relectura del art. 52 bis LDC según la cual se deben exigir una condición subjetiva (comportamiento deliberado, conducta grosera, falta grave o dolo) y una condición objetiva (comportamiento que produce una lesión a un derecho individual o de incidencia colectiva). ARIZA A., *La reforma del régimen de defensa del consumidor por la ley 26.361*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 134 y ss.

suficientemente genérica como para dejar un amplio espectro a la discrecionalidad del juez, tan necesaria en este ámbito<sup>(99)</sup>.

Dicha limitación de la sanción disuasiva a cierto menosprecio a derechos de incidencia colectiva debe entenderse, a pesar de la supresión del inciso c) del art. 14, tanto como la lesión de intereses difusos como la de derechos individuales homogéneos, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

En cuanto a la precisión relativa a la finalidad disuasiva de la condena, ella permite superar o anticipar las críticas relativas al hecho de que la sanción pecuniaria del artículo bajo comentario sobrepasa el *quantum* del daño efectivamente sufrido, lo que corresponde para definición a una indemnización. Se justifica así que el monto se calcule y gradúe, prudencialmente, según 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. Dicha enumeración, no taxativa, permite recurrir al análisis de otras circunstancias como por ejemplo la propagación del daño en el mercado de consumo, además de otros factores propios al agente dañador tales como su patrimonio o las sanciones de las cuales ya fue objeto.

En aras de paliar el problema de la eventual naturaleza penal del instituto, utilizado para afirmar que el carácter ilimitado de dicha sanción atenta, en particular, contra el principio de reserva del derecho penal, cierta doctrina había sugerido que el juez tome en consideración el beneficio ilícito obtenido<sup>(100)</sup>; en el Proyecto, el mismo constituye uno de los factores a tener en cuenta para la graduación del mismo.

La norma proyectada impone al juez la carga de determinar el destino de la sanción, y ello por resolución fundada. Esta disposición, coherente con el reforzamiento de los poderes del juez en los procesos colectivos, viene

(99) En el mismo sentido, ya el Proyecto de 1998 había utilizado la expresión "*grave indiferencia de los derechos de otro o de los derechos de incidencia colectiva*", para calificar la multa civil. Se había previsto, asimismo, que el monto sería delimitado según las circunstancias que rodean el caso, especialmente el beneficio obtenido o que hubiera podido obtener el profesional.

(100) ELIAS, "Daño punitivo", op. cit.; COLOMBRES, "Daño punitivo", op. cit.

a superar otra de las fuertes críticas de las que fue objeto la multa civil incorporada por la reforma de la LDC que destina los fondos a la propia víctima. Así, se podrá buscar la correspondencia y la coherencia entre el monto de la sanción y la afcción sufrida por un conjunto de personas, ya sean determinadas o indeterminadas, ya se trate de un derecho —y de una pretensión— divisible o indivisible.

Puesto que el juez debe considerar la posible existencia de otras sanciones aplicadas, ya sea que se trate de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto del hecho en cuestión, y computarlas a los fines de lo previsto en este artículo, si el monto resultara una punición irrazonable o excesiva, el art. 1715 ha previsto la posibilidad de cuestionar el monto fijado a fin de que sea disminuido o dejado de lado<sup>(101)</sup>.

Así establecida la función disuasiva punitiva de la responsabilidad civil, de manera coherente, el Anteproyecto, se ocupó a continuación de la finalidad reparadora, ni habiendo sido seguido por el Proyecto.

### 3. 3 | Daños a los derechos de incidencia colectiva

Puesto que se hizo de los derechos de incidencia colectiva una prerrogativa constitucional y *de lege ferenda* en el derecho sustantivo, se estima, en el art. 1737 (1733 en la versión del Anteproyecto), 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”.

En los arts. siguientes (1738 a 1748), se adoptan los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales relativos al proceso de daños en materia de indemnización, requisitos, reparación plena, indemnización de consecuencias no patrimoniales, atenuación de la responsabilidad, dispensa anticipada de la responsabilidad, prueba del daño, acumulabilidad del daño moratorio, curso de los intereses, entre otras.

(101) “Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

Todas ellas, si bien se refieren en general al proceso de daños, han sido concebidas desde la óptica individual. En efecto, el Anteproyecto había consagrado la Sección 5ª, en particular, a los *Daños a los derechos de incidencia colectiva*.

El Proyecto procedió a su supresión total, con lo cual las normas de la sección 4ª resultarían de aplicación residual al proceso de indemnización de daños a un derecho de incidencia colectiva, lo cual no ofrece la coherencia buscada por la Comisión redactora. Repárese, por ejemplo, las disposiciones de los arts. 1738 y siguientes y sus alusiones a la víctima que no pueden trasladarse, sin más, a una pluralidad de víctimas de un daño homogéneo, pero con mayor dificultad aun, a los intereses difusos o indivisibles. En este estado resulta enojosa la supresión efectuada por el Poder Ejecutivo.

Veamos de qué manera las normas del Anteproyecto previeron una de la sección relativa a los daños a los derechos de incidencia colectiva, esperando sean tenidas en cuenta.

Según el art. 1745 del Anteproyecto, hay daño a los derechos de incidencia colectiva, cuando existe lesión a los mismos. Se agrega que:

“(...) la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada (...)”.

Así se fija la prioridad del restablecimiento del estado de las cosas por sobre la indemnización, la cual intervendrá en caso de imposibilidad de lo primero.

En clara alusión a los derechos de incidencia colectiva indivisibles, se prevé que:

“Están legitimados para accionar: a) el afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante; b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en

los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional; d) el Estado nacional, los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los Estados municipales; e) el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa”.

En cuanto a la legitimación del afectado, cuando se precisa que se trata del “afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante”, esta alusión, no del todo clara, parecería referirse a un nexo entre el actor y el litigio colectivo<sup>(102)</sup>. A nuestro entender, dicho nexo podría ser de varios tipos, por ejemplo, en el caso de un agrupamiento *ad hoc* sin personería jurídica pero constituido alrededor de un objeto social sobre el cual versa la acción. Tal sería el caso de las uniones de lucha de defensa contra una enfermedad, en una demanda relativa a la misma. En el mismo caso, de pretensión indivisible bien que relativa a un derecho que puede igualmente considerarse como individual y homogéneo, puede ubicarse la disposición vinculada a los aspectos procesales en materia de consumo del art. 1102, donde se prevé la posibilidad de que los consumidores afectados “o quienes resulten legalmente legitimados” peticionen ante el juez la cesación de la publicidad ilícita, la publicación de anuncios rectificatorios a cargo del demandado y, en su caso, de la sentencia condenatoria dictada en el proceso<sup>(103)</sup>.

A continuación, el Anteproyecto consagraba el art. 1746 al Daño a derechos individuales homogéneos, previendo 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 (...)”. Como lo hemos señalado, el artículo utilizó tres características para los derechos individuales homogéneos (la divisibilidad y el carácter diferenciado, el origen común fáctico o jurídico o la posibilidad de que éstos sean la consecuencia de la lesión a un interés indivisible. Otra particularidad reposa sobre el hecho de que se reconoce a la lesión a los intereses indivisibles como fuente de daño a los

.....

(102) Oteiza explica que la noción “interés relevante” pareciera relacionarse con cierto grado de afectación de los agrupados. OTEIZA E., op. cit.

(103) “Artículo 1102.- Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria”.

intereses individuales homogéneos, además de las situaciones que compartan un origen fáctico o legal común.

Luego el artículo retoma la cuestión de la legitimación, respecto de los derechos que regula este artículo como sigue: "(...) Pueden demandar la reparación de esta clase de daños: a) el afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio; b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional".

Otros dos aspectos fundamentales que serán suprimidos con la eliminación de la Sección bajo comentario, y que estaban previstos en los arts. 1747 y 1748, conciernen la representatividad adecuada del legitimado activo y la cosa juzgada.

Sobre la primera, 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 (...)"

Así, el Anteproyecto consagraba, como requisitos para la configuración de una representación adecuada, un elemento personal relativo a la probidad del legitimado activo —su experiencia, antecedentes y solvencia económica<sup>(104)</sup>— y a la garantía de su buen desempeño —la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo y el objeto de la demanda—. La formulación de este último es curiosa, pues generalmente se exige un nexo entre los intereses del representante y los de los miembros del gru-

---

(104) Con dicha formulación se toma posición sobre la cuestión de la capacidad financiera del demandante, que figuraba en el Anteproyecto de CMPCI y que fuera eliminado de su versión definitiva, probablemente con el argumento del derecho de defensa invocado generalmente en contra de aquél.

po, elemento conocido en el régimen de las *class actions* como *typicality*. En el inc. b) del art. 1747, al tratarse de la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo y el objeto de la demanda, se persigue el respeto del principio de especialidad y que el representante actúe como intermediario de los primeros, lo que debe revelarse a través la coincidencia de los intereses de la clase y la cosa demandada, el *petitum*.

Los criterios enunciados por el Anteproyecto parecen acertados, bien que el Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero-América estableciera otros de relativa utilidad, como

- c. *su conducta en otros procesos colectivos;*
- d. *la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;*
- e. *el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase”.*

Ahora bien, puesto que el propio artículo que se presenta en el Proyecto se refería al control de los dos mencionados *ut supra* “entre otros requisitos”, puede concluirse que el juez podrá tener en cuenta estos últimos.

Asimismo, el CMPCI agrega una disposición relativa a la oportunidad del control es igualmente trascendente, al tratarse de un elemento relacionado pero independiente de la legitimación para obrar que puede ella misma ser objeto de control en todo estado del proceso. “Par. 3º – El Juez analizará la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento, y aplicará, si fuere el caso, lo dispuesto en el parágrafo 4º del art. 3º”.

Sin mencionarla de la misma manera, de esta manera, la representatividad adecuada, originaria de las condiciones de certificación de las *class actions*, quedaba claramente establecida como una condición subjetiva suplementaria referida al actor, y ello, en cualquiera de sus dos formas (acción sobre derechos individuales homogéneos o los otros). Esta condición, de la cual se ha dicho que se trataba de un concepto jurídico indeterminado<sup>(105)</sup>, no

(105) OTEIZA E. y VERBIC F., “Representatividad Adecuada como Requisito Constitucional de los Procesos Colectivos. ¿Cuáles son los Nuevos Estándares que Brinda el Fallo “Halabi?”, JA 10/03/2010.

fue objeto de definición por la Regla 23 sino que es la práctica la que ha consagrado lo que debe entenderse por ella. Se trata del elemento clave para asegurar el respeto del debido proceso de los integrantes del grupo cuya defensa se pretende. Es por ello que en caso de falta de respeto de este elemento se puede oponer una *collateral attack on adequacy of representation*, para evitar ser alcanzado por el resultado de la sentencia proveniente de un proceso donde quien opone la excepción no fue debidamente representado, evitar la posible connivencia entre el representante y el representado así como el problema de incompetencia del primero. Es, en consecuencia, el elemento que permite la extensión de la cosa juzgada a los miembros ausentes del grupo.

Para la admisibilidad de las acciones colectivas sobre derechos individuales homogéneos, el mismo art. 1747, siguiendo al régimen de las *class actions* y al Código Modelo, ha instaurado lo que el primero ha denominado *predominance y superiority*. Ello en los términos siguientes:

“(.. .) Para la admisibilidad de los procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos es requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez debe tener en consideración aspectos tales como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados”.

La diferencia reside en el hecho de que, en el Anteproyecto, el predominio de las cuestiones comunes es un factor para probar la superioridad del medio empleado mientras que, en la Regla 23 (b), una y otra constituyen categorías distintas de certificación de una *class action*.

La última disposición relativa a los derechos de incidencia colectiva que será comentada en el presente es la referida a la autoridad de cosa juzgada. El art. 1748 dispone: “*Alcances de la sentencia. Cosa juzgada*. Se dispone allí que:

“En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto *erga omnes*, excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la

pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado”.

Se advierte que, en la regulación de la autoridad de cosa juzgada, el Anteproyecto no había adoptado el sistema de las *class actions*, conocido como *two-way preclusion*, donde el efecto preclusivo (negativo) de la cosa juzgada, donde la extensión a los miembros del grupo, se produce con independencia de la solución favorable o desfavorable de la sentencia, “*whether favorable or not*”.

Se adoptó en cambio el sistema de la propagación de la autoridad de cosa juzgada *erga omnes*, en la terminología utilizada aunque hablando con propiedad, en el caso de los derechos individuales homogéneos, se trata de un efecto *ultra partes* al alcanzar no a toda la comunidad, sino a los miembros del grupo determinado o determinable. Es decir que, en materia de cosa juzgada, se ha seguido al ordenamiento brasileño, al adoptar la cosa juzgada *secundum eventum litis*, donde la autoridad de la cosa juzgada se propaga a los miembros del grupo *in utilibus*, en otros términos, en la medida en que la decisión les sea favorable. Tampoco se ha seguido el lineamiento del Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero-América, donde se efectúa una limitación respecto de las sentencias que rechazan la acción por falta de pruebas, y en la hipótesis de invocarse nuevos hechos.

Dicha fórmula merece al menos dos observaciones: por un lado, se evita aquella de la LDC según la cual, la extensión de la cosa juzgada se para el caso de sentencia favorable a la demandante. Esta última pues genera la problemática de las sentencias parcialmente favorables. Por otro lado, no se han especificado causales específicas de rechazo frente a las cuales se mantiene la clásica relatividad de la cosa juzgada o *res inter alios acta*. La regla propuesta en el Anteproyecto se apartaba así de la tendencia que considera que la sentencia no tiene autoridad de cosa juzgada si la absolución tuvo lugar por falta de prueba o por haberse omitido alegar hechos esenciales<sup>(106)</sup>.

.....

(106) OTEIZA E., op. cit.

Sin embargo, pueden todavía plantearse algunas cuestiones como la de un miembro que desea accionar en justicia por considerar que lo obtenido por la sentencia colectiva no satisface plenamente su derecho. En otros términos, la cuestión de saber si puede o no una acción individual perseguir un *plus* con relación a lo ya obtenido por la sentencia colectiva. Una respuesta positiva puede apoyarse en la salvedad según la cual el efecto *erga omnes* "no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa".

En el caso contrario, de rechazo de la acción, más adelante, el mismo artículo establecía que "(...) La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado". Aquí, las acciones individuales quedaban a salvo a del efecto colectivo negativo de la sentencia.

A diferencia del CMPCI, para poder beneficiar de los efectos de la acción colectiva (art. 32 CMPCI), no se exigía que la parte activa reclame la suspensión de su proceso individual. Aun más, en caso de acogerse la pretensión colectiva, se permitía a los damnificados solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal, ante el juez de su domicilio.

## 4 | Conclusiones sobre las notas salientes de la regulación (ante)proyectada en materia de derechos de incidencia colectiva

Mientras proyectos de ley de reglamentación del art 43 CN entran y salen de las Cámaras de senadores y diputados, ganando y perdiendo estado parlamentario, la jurisprudencia demuestra pragmatismo y creatividad, lo que no la exime de ciertas críticas. En su labor, la actividad jurisdiccional se basa en el derecho comparado y adopta medidas que considera adecuadas a la idiosincrasia cultural y judicial argentina, pero sin la estabilidad deseada.

En dicho contexto, la labor de la Comisión redactora de un Anteproyecto de Código Civil y Comercial unificado fue remarcable, ya que adoptaba la tendencia general en materia de procesos colectivos *lato sensu*. Se tra-

taba de una sutil mixtura entre lo substancial y lo procesal, sin excesos ni tecnicismos procesales que habrían sido impropios de un Código sustantivo. Es este aspecto el que impide justamente entrar en consideraciones o particularidades que no corresponden a este ámbito y que, por dicha razón, evitamos introducir en este comentario.

En efecto, se partía de la distinción de las pretensiones deducidas por las partes y de la cuestión de saber si ésta se basaba en (o enfocaba en términos de la jurisprudencia) en un bien o un derecho indivisible o en derechos individuales vinculados entre sí, en todo o en una parte, por aspectos comunes.

Eran sumamente interesantes las disposiciones relativas a la representatividad adecuada y a la cosa juzgada, siguiéndose los lineamientos del derecho comparado y que la jurisprudencia de la CSJN hace propias.

Lamentablemente, la mayoría de las disposiciones esenciales relativas a la defensa de los derechos de incidencia colectiva fueron suprimidas de la versión del Proyecto que presentara el Poder Ejecutivo nacional al Legislativo. Con respecto a la primera supresión, la de la clasificación de derechos colectivos, el Proyecto procedió a una medida radical y con serias consecuencias: al eliminar el inciso b) referido a los derechos individuales ejercidos mediante una acción colectiva, o derechos individuales homogéneos, de este modo se impide el efecto benéfico señalado, consistente a terminar con la discriminación entre los alcances de los derechos colectivos *lato sensu* según su carácter divisible o no. Sin embargo, el gran paso dado por la jurisprudencia que ha admitido la tutela diferenciada para las hipótesis de derechos colectivos divisibles, por un lado, y por la legislación especial del consumo, por el otro, nos permite pensar que es tarde para —seriamente— volver atrás sobre esta cuestión. En el estado actual, lo cierto es que habrá que atenerse a la regla constitucional sin que el futuro Código pueda restringir el alcance de la primera. O bien el Código echa claridad sobre el punto, precisando que existen dos especies de derechos colectivos *lato sensu*, o bien la cuestión seguirá siendo materia pendiente para una ley a venir.

Con relación a los elementos tipificantes de una y otra especie de derechos, como con relación a las otras cuestiones que fueron objeto de “vetos” al Anteproyecto, pensamos con Oteiza que la utilidad principal

residual será la de sembrar las pistas a adoptar por el legislador en una legislación especial.

Pues, si se ha desperdiciado una gran ocasión de sentar las bases fundamentales en un Código de fondo, con mayor razón la ley especial sobre procesos colectivos seguirá siendo necesaria<sup>(107)</sup>. Queda por decir que la circunstancia de que el hecho de que el Proyecto no se someta a aprobación como "libro cerrado", sino que se vaya a constituir una Comisión en el seno del Senado, opción sorprendente en razón de la magnitud de la obra, da una nueva oportunidad al Parlamento argentino de volver atrás sobre algunas cuestiones, por ejemplo, retomando el articulado referido a los derechos de incidencia colectiva que fuera suprimido del Anteproyecto.

---

---

(107) En cuanto a los aspectos que al ley debería tratar, además de los puntos suprimidos del Anteproyecto, puede verse OTEIZA E., *Ibid.*