

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Por Pamela Tolosa y Lorena González Rodríguez

El nuevo Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) se caracteriza, entre otras cosas, por ser un Código de los derechos individuales y colectivos.¹ Ello resulta una consecuencia evidente del fenómeno de constitucionalización del derecho privado que implica dejar de lado la división tajante entre derecho privado y derecho público, característica de la codificación decimonónica.

El Anteproyecto 2012 proponía una protección más completa de los derechos de incidencia colectiva, - una sección especial destinada a regular las acciones y directivas sustanciales para los daños de incidencia colectiva y la mención expresa a los casos de derechos individuales homogéneos en el título preliminar- que fue modificada por el PEN antes de que el proyecto ingresara al Congreso. A pesar de ello, la protección a los derechos de incidencia colectiva en el nuevo CCyC se encuentra presente en diversas instancias. En primer lugar, en el título preliminar, el artículo 14 dispone que se reconocen los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva, y que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando afecta el ambiente o derechos de incidencia colectiva en general.

Luego, en el libro I, título III, capítulo I, el artículo 240 dispone que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes *debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva y 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.*

En el libro III, tanto en el título III como en el título V se encuentran disposiciones específicas referidas a la protección de derechos de incidencia colectiva. Por un lado, - en el título III, capítulo II-, en referencia a la formación del consentimiento en los contratos de consumo, se regulan las prácticas abusivas y la publicidad ilícita, en relación a *todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados* (art. 1096). El artículo 1102, por su parte, regula las acciones para el caso de la publicidad ilícita,

¹ En los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012, los miembros de la Comisión de Reformas expresan que se trata de un Código de los derechos individuales y colectivos. Ver Fundamentos del Anteproyecto disponible en www.nuevocodigocivil.com

y contempla la posibilidad de ejercer acciones de incidencia colectiva para cesar o rectificar la publicidad ilícita. Así, se dispone: *“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”*. Dado que según la ley 24.240 las asociaciones de defensa del consumidor se encuentran legitimadas para entablar acciones de incidencia colectiva para la protección de los intereses de los consumidores y usuarios, luego, podrán plantear acciones de esta clase en contra de la publicidad ilícita.

Por otro lado, el capítulo I del título V del mismo libro III contiene las normas referidas a la responsabilidad civil, y dentro de ellas, varias apuntan a la protección de los derechos de incidencia colectiva. Así, el deber de prevención y la acción preventiva de daños, si bien no se refieren exclusivamente a casos relativos a derechos de incidencia colectiva, sin duda tendrán un fuerte impacto en este campo – especialmente, en materia de protección del ambiente-. En otro orden, el concepto de daño jurídico que adopta el nuevo código expresamente comprende la afectación de derechos de incidencia colectiva² y, consecuentemente, al daño de incidencia colectiva.³

Ante este panorama, cabe preguntarse cuál es la agenda pendiente en materia de protección de derechos de incidencia colectiva. La primera respuesta – obvia- es la necesidad de diseñar procesos colectivos que garanticen una protección eficaz de esta clase de derechos. Para ello se requiere dictar normas procesales adecuadas a la realidad de cada contexto social. Muy pocas provincias cuentan con normas procesales referidas al proceso colectivo y los ejemplos existentes generalmente se refieren a alguna clase o aspecto del proceso colectivo pero lejos están de constituir un tratamiento sistémico e idóneo de los conflictos colectivos, comprensivo de todas las materias y situaciones posibles⁴ – al menos si se toma

² *“ARTÍCULO 1737.- Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.”*

³ El Proyecto incluía también en este mismo capítulo el instituto de la sanción pecuniaria disuasiva para casos de afectación de derechos de incidencia colectiva (en la sección segunda), que fue suprimida durante el tratamiento parlamentario.

⁴ A modo de ejemplo, pueden mencionarse: la ley 1352 de amparo colectivo para la protección de los intereses difusos o derechos colectivos, la ley 5547 de Mendoza, en materia de consumo; la ley 8973 de Entre Ríos, en materia de consumo, que adhiere a las disposiciones de la ley 24.240; en Catamarca la ley 5.069 y en Neuquén la ley 2.268, en materia de consumo; en Catamarca también está vigente la ley sobre amparo judicial de intereses difusos y derechos colectivos N° 5.034; en Formosa la ley 1.047 de defensa de intereses difusos o colectivos; en la provincia de Buenos Aires, la ley 13.133 en materia de derechos de los consumidores y usuarios y la ley de amparo 13.928; entre otras.

como referencia los casos jurisprudenciales que se han planteado desde la reforma constitucional de 1994 hasta ahora-. Por otra parte, la ley 24.240 contiene algunas normas referidas al proceso colectivo en materia de consumidor, que resultan notoriamente insuficientes⁵. La ley 25.675 también incluye algunas normas en relación al proceso colectivo ambiental que no llegan a constituir un diseño adecuado y completo - lo que motivó que la Asociación Argentina de Derecho Procesal elaborara un proyecto de reformas a dicha ley en torno a este punto-⁶.

Excede los límites propuestos para estas líneas detenerse a analizar cómo debería regularse el proceso colectivo, pero cabe mencionar que constituyen aspectos cruciales en su diseño la legitimación extraordinaria y su representatividad, las reglas de desarrollo del proceso y los efectos de la sentencia. Asimismo, la elaboración de un procedimiento especial para la reparación de daños de incidencia colectiva y de los llamados daños individuales homogéneos.

No puede soslayarse que se ha dicho que el nuevo CCyC excluye la protección de los derechos individuales homogéneos, con el argumento de que el Anteproyecto los mencionaba⁷ y regulaba directivas sustanciales para el ejercicio de las acciones tendientes a la reparación de daños individuales homogéneos⁸ y ello fue eliminado del proyecto. No obstante, un análisis minucioso del texto aprobado, y su interpretación en el contexto de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, no permite sostener dicha interpretación.

En los fundamentos al Anteproyecto puede leerse que los miembros de la Comisión de Reformas siguieron las directivas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia "Halabi", del 24 de febrero de 2009 (Fallos: 332:111), el proyecto de reformas a la ley 25.675 (Ley General del Ambiente) aprobado por la

⁵ La ley de defensa del consumidor carece de un tratamiento sistémico y completo del proceso colectivo. Las modificaciones introducidas en el 2014 por la ley 26993 si bien implican un avance en cuanto al acceso a la justicia del consumidor, en tanto se crea el fuero especial y reglas procesales específicas, no contempla el proceso colectivo. Ello en cuanto el límite de su competencia está determinado por pretensiones con un valor máximo de cincuenta y cinco salarios mínimos vitales y móviles, por un lado, y porque no prevé normas especiales para el conflicto colectivo, por el otro. Ver al respecto: PICCINELLI, Ornela y VERBIC, Francisco, "La tutela de consumidores y usuarios en el centro de la discusión legislativa. Análisis y algunas críticas sobre los proyectos recientemente aprobados por el Senado", Revista digital elDial del mes de Septiembre de 2014.

⁶ Proyecto de reformas a la ley 25.675 (General del Ambiente) aprobado por la Asociación Argentina de Derecho Procesal (en sesión del Comité Ejecutivo del 19 de septiembre de 2006).

⁷ En el título preliminar, artículo 14, del Anteproyecto.

⁸ En la sección quinta del capítulo correspondiente a la responsabilidad civil, en el libro III, título V.

Asociación Argentina de Derecho Procesal (en sesión del Comité Ejecutivo del 19 de septiembre de 2006), y el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Consecuentemente, dichos antecedentes resultan relevantes para interpretar el texto aprobado del CCyC.

Del estudio de las fuentes citadas puede interpretarse que es posible distinguir entre la idea de *derechos de incidencia colectiva* en un sentido amplio, comprensiva de los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, en el sentido señalado por la CSJN en el considerando 9) de “Halabi”; y *derechos de incidencia colectiva* en sentido estricto o restringido, que alude sólo a la primera noción – por ejemplo, los casos referidos a la protección del ambiente-. Así, en el considerando 9) de “Halabi”, se afirma que “*en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.*” Luego, la referencia a derechos de incidencia colectiva, en un sentido amplio, resultaría comprensiva de ambas categorías. En otros términos, se daría en el caso una relación de género a especie: dentro del género derechos de incidencia colectiva, se ubicaría la especie referida a los casos de afectación a bienes colectivos, por un lado, y la referida a afectación de derechos individuales homogéneos, por otro⁹.

Esta interpretación resulta consistente con la norma del artículo 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional, en tanto al disponer ...“*Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general...*”, hace una enumeración ejemplificativa de diversas clases específicas de *derechos de incidencia colectiva* y, por ende, distingue entre una noción genérica y las diversas categorías particulares.

En otro orden, no debe perderse de vista que los llamados derechos individuales homogéneos constituyen un concepto instrumental a los fines de habilitar el proceso colectivo, y por ello resulta de gran utilidad en los casos en los cuales esta vía procesal resulta la más adecuada para una eficaz protección de los derechos individuales. Luego, dado que se trata de una categoría operativa para

⁹ En este sentido, AZAR, María. J., “Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN”, Revista Jurídica la Ley, 13/7/2009, p. 1 y s.

delimitar la legitimación procesal (en el sentido expresado en el considerando 9 de “Halabi”), su precisión a tales efectos deberá hacerse en el marco de las normas procesales que se diseñen a tal fin. Así, por ejemplo, como lo hace el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y tomado como fuente del Anteproyecto.

En síntesis, puede decirse que si bien la inclusión expresa en el CCyC de los llamados derechos individuales homogéneos hubiera sido muy valiosa para impulsar el desarrollo de las normas procesales necesarias a los efectos de consolidar un proceso colectivo idóneo, la ausencia de dicha mención no implica su desconocimiento ni restarle importancia a su protección en el ordenamiento jurídico argentino. El desafío, ahora, será lograr efectivamente que las normas procesales y políticas públicas necesarias para garantizar la eficacia de los derechos de incidencia colectiva se hagan realidad. Un gran desafío, que vale mucho la pena.