XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal
San Salvador de Jujuy, 10 al 12 de septiembre de 2015

Ponencia General
Comisión 1 (Derecho Procesal Civil y Comercial)
Subcomisión 3 (Tutela de Usuarios y Consumidores)

LA NECESIDAD DE UNA REFORMA INTEGRAL DE LA JUSTICIA COLECTIVA.

Avances y retrocesos en la tutela de derechos de incidencia colectiva de usuarios y consumidores (a seis años del caso "Halabi").

Leandro J. Giannini(*)

Sumario: I. Introducción. La necesidad de una reforma integral de la justicia civil y de la justicia colectiva. Subsistencia del estado de "mora legislativa" en la materia. II. El problema de los presupuestos de admisión de los procesos colectivos. 1) Planteo general. Repaso de los requisitos definidos por la CSN *in re* "Halabi" y por la SCBA *in re* "López". 2) El discutible recaudo de la "afectación al derecho de acceso individual a la justicia" como condición para admitir un proceso colectivo. III. La frustrada recepción de aspectos fundamentales de la tutela de derechos de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial unificado. 1) El texto original del Anteproyecto. 2) La versión corregida por el Poder Ejecutivo, aprobada por el Congreso: el nuevo Código Civil y Comercial unificado. IV. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA INTEGRAL DE LA JUSTICIA CIVIL Y DE LA JUSTICIA COLECTIVA. SUBSISTENCIA DEL ESTADO DE "MORA LEGISLATIVA" EN LA MATERIA.

Mucho se ha discutido acerca de la necesidad de reformar integralmente la justicia civil (*lato sensu*) en la República Argentina. Es sabido que nuestro país ha demorado demasiado las discusiones de política pública que lleven a una revisión global del modo de hacer justicia en las materias que más frecuente e intensamente afectan la vida de la ciudadanía, como son los conflictos que versan sobre sus derechos y obligaciones civiles y comerciales, sus relaciones de familia, los vínculos laborales, las controversias con el Estado, de vecindad, sobre derechos reales, etc. Una

* Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP). Profesor Titular Ordinario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Secretario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

reforma de esta índole debe enfocarse fundamentalmente en la implementación efectiva de la garantía del debido proceso en su fisonomía actual, que –como se sabe- no se contenta ya con el reconocimiento a los ciudadanos de una razonable posibilidad de ser oídos, ofrecer y de producir prueba, sino que impone asegurar a los ciudadanos el acceso igualitario al sistema de justicia, la presencia de un tribunal independiente e imparcial que entienda en la litis, la preservación del principio de transparencia de los actos judiciales y la culminación del litigio mediante una sentencia fundada, dictada en un plazo razonable y útil (es decir: eficaz, idónea para cambiar la realidad en sintonía con la declaración de derechos contenida en el fallo)[1]. Tal cometido no puede descuidar elementos como: a) la remoción de los obstáculos materiales que impiden el ejercicio efectivo del derecho de acceder a la justicia; b) la modernización eficiencia e implementación de instrumentos de gestión; c) la mejora en la calidad del debate (con implementación definitiva de la oralidad para los procesos de conocimiento), la modificación del despacho judicial y de la estructura de los juzgados y la transparencia de los procesos jurisdiccionales; d) el diseño de mecanismos adecuados para asegurar la eficacia de las decisiones judiciales que provisoria o definitivamente se dictan en el curso del proceso.

Estas preocupaciones son las que colocaron a la reforma de la Justicia en el eje de discusión de este Congreso Nacional (Jujuy, 2015).

Uno de los temas que deben convocar especialmente a la reflexión a la hora de elaborar cualquier reforma de la justicia, es indudablemente la previsión de mecanismos para abordar la litigiosidad plural que se desata en toda sociedad moderna frente a conflictos de escala masiva. Siendo que la reforma constitucional del año 1994 ha contemplado la necesidad de tutelar efectivamente los *derechos de incidencia colectiva* y que desde hace tiempo se ha advertido que el litisconsorcio, la acumulación de procesos y la intervención de terceros legislados en nuestros ordenamientos no son instrumentos adecuados a tal fin, se muestra imperiosa la necesidad de introducir reformas integrales y significativas en este campo.

---

[1] Hemos explorado estos fundamentos de la reforma procesal en GIANNINI, Leandro, "Los fines de la reforma a la justicia civil. ¿Para qué debemos cambiar la forma de hacer justicia? ", en *Voces en el Fénix*, Revista del Plan Fénix, n° 30, noviembre 2013, pp. 44-51 (http://www.vocesenelfenix.com/sites/default/files/pdf/6_5.pdf).

En líneas generales, una reforma de este tenor debe concebir como objetivo básico a la adopción de sistemas eficaces para enfrentar conflictos plurales o grupales; es decir, controversias que afectan a una pluralidad relevante de personas y que comparten cuestiones comunes de hecho o de derecho, imponiendo o haciendo conveniente su resolución concentrada. Un diseño de este tipo debe estar orientado a prevenir flagelos como: a) la potencial sobreexposición del servicio de justicia a una demanda imposible o muy difícil de afrontar (como –por ejemplo- ocurriera en nuestro país con la zaga de litigios derivada de la emergencia económica desatada a fines de 2001; o hasta la actualidad sucede con los reclamos de los jubilados por la insuficiencia de los mecanismos de movilidad previsional); o b) la privación del acceso a la justicia de los múltiples integrantes del grupo damnificado, derivada de los conocidos obstáculos materiales que condicionan la vigencia *efectiva* de dicha garantía fundamental (como, por ejemplo: el desconocimiento de los derechos por parte de ciertos sectores postergados de la ciudadanía, el desequilibrio de las partes respecto del acceso a la información idónea para remediar esa ignorancia, la ausencia de recursos económicos necesarios para afrontar un litigio complejo o, en general, la ausencia de estímulos suficientes para defender derechos que se saben conculcados, pero que no serán llevados a juicio a título individual por la inadecuada relación consto beneficio que tendría dicha decisión).

Los procesos colectivos constituyen una de las principales vías previstas en el derecho comparado y reconocidas en nuestro país para afrontar esta problemática, aunque no la única. A través de los mismos se busca solucionar concentradamente conflictos como los descriptos anteriormente, mediante un resorte “representativo” atípico, consistente en permitir que una persona pública o privada gestione los intereses de la totalidad de los integrantes del grupo que se encuentran en una posición común, sin que estos últimos le hayan conferido poder suficiente para actuar en su nombre. Esta atribución excepcional, conocida como legitimación colectiva o extraordinaria, acarrea una serie de inconvenientes que deben ser precisamente regulados por el legislador e inteligentemente afrontados por la judicatura teniendo como norte dos premisas básicas del sistema, que se encuentran en permanente tensión: a) la necesidad de concentrar la

discusión dotando así de eficiencia al debate, evitando la reiteración de actos procesales relativos a cuestiones comunes; y b) la exigencia de respetar la garantía del debido proceso de los miembros del grupo ausentes en el debate, que no podrán ejercitar personalmente el derecho de obtener su "día en la Corte", sino que lo tendrán a través de la actuación del legitimado colectivo. De esta tensión se deriva la casi totalidad de los problemas e instituciones típicas del litigio colectivo.

Además de los procesos colectivos, acciones de clase o modelos "representativos" de solución de conflictos plurales, existen otros sistemas "no representativos", en los que se intenta gestionar más eficientemente el trámite y resolución de litigios individuales análogos o conexos, mediante instrumentos que a veces son más "invasivos" que la mera constitución de litisconsorcios o acumulación de procesos. Así ocurre con modelos como los basados en la resolución de "casos testigo" (Alemania), los incidentes de demandas o recursos repetitivos (Brasil) y las potestades especiales reconocidas en ordenamientos como el norteamericano para que la acumulación de procesos (*consolidation*) sea acompañada de la concentración adicional de ciertas fases relevantes de los litigios, como el requerimiento de "demandas maestras" o la realización de un *discovery* unificado[2].

Como fuera anticipado, en este trabajo nos enfocaremos en el primero de los modelos de abordaje de conflictos grupales. Pese a que una reforma integral en este campo debería contemplar las distintas variantes de enfrentar este tipo de controversias, permitiéndoles a los jueces aplicar uno u otro sub-sistema en la medida en que se demuestre su mayor eficacia y eficiencia relativa en cada caso concreto, los límites impuestos a esta ponencia nos llevan a optar por concentrarnos en el principal de los mecanismos referidos, como es el proceso colectivo propiamente dicho que, que –por otra parte- es el instrumento consagrado en el art. 43, 2° párrafo de la Constitución. Si bien –como fuera dicho- el legislador podría ampliar el menú de remedios para enfrentar la conflictividad masiva, no podría dejar de

[2] V. AMERICAN LAW INSTITUTE (Reporter: Samuel ISSACHAROFF), *Principios del derecho de los procesos colectivos* [trad: Francisco Verbic], UNAM, México, 2014, p. 38 [Original: *Principles of the law of aggregate litigation*, 2010].

contemplar en ese elenco aquel instrumento reconocido por la Ley Suprema a tales efectos, como son los procesos colectivos o acciones de clase.

El estudio de los procesos colectivos o acciones de clase ha arribado en la Argentina a un grado de madurez destacable, que difiere del estado de avance parcial que, en paralelo, evidencian las concreciones legislativas en la materia. Desde hace décadas, y especialmente a partir de la feliz introducción de la categoría de los “derechos de incidencia colectiva” con la reforma constitucional de 1994, la doctrina ha desarrollado progresivamente un *corpus* calificado de contenidos fundamentales para el estudio adecuado de la problemática de estos mecanismos de enjuiciamiento grupal.

Sin embargo, la *legislación* sigue manteniendo una *tendencia fragmentaria* en la materia, que se exhibe especialmente: i) al avanzar, sin vocación de sistema, sobre la reglamentación de algunos de sus aspectos controvertidos (típicamente: la enunciación de los sujetos legitimados para accionar colectivamente o la previsión de algunas variantes de regulación de los alcances subjetivos de la cosa juzgada), descuidando otros temas relevantes (vg., la representatividad adecuada, la litispendencia, la interacción de las acciones colectivas e individuales, etc.); ii) al continuar sancionando normas relativas al trámite de este tipo de conflictos en cuerpos normativos aislados por materia (vg., leyes de defensa del consumidor o del medio ambiente; leyes de amparo, etc.), desconociendo la regla de buena técnica legislativa que impone simplificar, en la medida de las posibilidades, los instrumentos de tutela, cuando no existen razones de peso que justifiquen un trato dispar entre controversias que comparten cualidades análogas, como en gran medida ocurre con los procesos colectivos.

Frente a este panorama, la jurisprudencia ha avanzado notablemente en la materia, partiendo de la idea, consagrada desde hace tiempo en la jurisprudencia de la Corte Suprema, de que la omisión del legislador procesal no puede condicionar la eficacia de una garantía constitucional (como la contemplada en el art. 43, 2° párrafo, de la Constitución Nacional). Las garantías previstas en la Ley Suprema tienen fuerza normativa e imperativa por el sólo hecho de estar consagrada en su texto, sin que dependa de su eficacia de una decisión discrecional del

legislador, ya que lo contrario importaría subvertir el principio de supremacía establecido en el art. 31 de la Constitución.

Esta doctrina, históricamente utilizada por la Corte Suprema en el célebre caso "Siri"[3] (dando carta de ciudadanía al amparo en nuestro régimen constitucional en ausencia de una ley que lo contemplara como un "tipo" procesal), fue revivida plenamente en el citado caso "Halabi" (2009)[4]. Del mismo modo que lo había hecho con el amparo en "Siri", la Corte responde positivamente frente a la omisión del legislador en el caso "Halabi", afirmando que la "mora" del legislador no puede ser obstáculo para reclamar ante nuestros tribunales la tutela efectiva de derechos de incidencia colectiva.

Además de denunciar dicho cuadro de demora parlamentaria, la Corte se pronunció allí, con mayor claridad que la que venía sosteniendo hasta ese momento, acerca de los alcances de los procesos colectivos, los presupuestos de admisión de una pretensión grupal y ciertas exigencias formales que deben atenderse para desarrollar válidamente un juicio de estas características. Inauguró así una nueva etapa en la evolución histórica de este tipo de procesos en nuestro país, que lejos está de ser la última, a juzgar por los desafíos aún vigentes en la materia.

Al momento de elaborar esta ponencia general, se acaban de cumplir 6 años de dicho fallo, lapso adecuado para hacer un balance sobre el modo en que el litigio colectivo evolucionó a partir del mismo.

No corresponde analizar todos y cada uno de los aspectos que componen la problemática de los procesos colectivos, ya que dicha empresa desbordaría los límites propios de este trabajo. Nos enfocaremos en dos de los aspectos más relevantes de la tutela colectiva de derechos, como son la definición de su objeto y los presupuestos de admisión de este tipo de pretensiones. Ambos capítulos fueron especialmente alcanzados por dicho precedente, mostrando ulteriormente líneas de evolución a veces positivas y a veces negativas al ser aplicadas por la misma Corte Suprema y por otros tribunales del país.

---

[3] CSN, "Fallos" 239:459 (1957)

[4] CSN., H.270, L.XLII, "Halabi, Ernesto c/ PEN –Ley 25.873 Dto. 1563/04- s/ amparo", sent. del 24-II-2009, "Fallos" 332:111.

II. EL PROBLEMA DE LOS PRESUPUESTOS DE ADMISIÓN DE LOS PROCESOS COLECTIVOS.

Uno de los principales aspectos a resolver en una reforma integral del sistema de justicia colectiva, es indudablemente el de la previsión y precisión de los requisitos de admisibilidad de las pretensiones colectivas.

¿Qué recaudos deben cumplirse para que una persona pública o privada pueda reclamar la tutela de derechos total o parcialmente ajenos, sin contar con la autorización expresa de los restantes miembros del grupo para actuar en su nombre? ¿En qué situaciones es dable permitir esta suerte de limitación a la garantía que cada persona tiene de acceder a la justicia personalmente en defensa de sus derechos, transformándolo en la más limitada prerrogativa de estar en juicio "a través de un representante adecuado" probablemente no escogido por él?

Se trata de uno de los principales dilemas a analizar y, seguramente, una de las lagunas más evidentes de nuestro ordenamiento positivo en materia de procesos colectivos.

Ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de cubrir este silencio legal, construyendo un grupo de recaudos que deben ser analizados antes de la promoción de este tipo de litigios.

1) Planteo general. Repaso de los requisitos definidos por la CSN *in re* "Halabi" y por la SCBA *in re* "López".

Tanto la Corte Suprema de la Nación como la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se han pronunciado acerca de los recaudos necesarios para admitir una pretensión colectiva.

El caso "Halabi", del año 2009 (complementado por una zaga posterior de varios precedentes entre los que puede destacarse el fallo "Padec"[5]), es indudablemente la línea jurisprudencial más conocida e influyente en esta materia, por haber inaugurado una nueva etapa en materia de justicia colectiva. La influencia del fallo en cuestión no sólo responde a que proviene del Máximo Tribunal del país, sino además por la

[5] CSN, causa P.361.XLIII, "PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales", sent. del 21-VIII-2013.

vocación docente e integralidad con la que busca remediar la inconstitucional omisión legislativa de prever esta clase de remedios en nuestro ordenamiento positivo. Se trata, claro está, de una aspiración no siempre satisfecha por la Corte, que no puede en un fallo o en una serie de fallos solucionar a totalidad de los múltiples aspectos que conciernen a esta clase de litigios. Sin embargo, la importancia del precedente lo ha transformado en un verdadero *leading case* en la materia, que debe ser permanentemente releído en busca de dar solución efectiva a muchos de los interrogantes que el mismo fallo deja sin respuesta[6].

Algo menos divulgado, pero de lectura imprescindible, es el criterio sentado en 2014 por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el caso "López"[7]. En dicho precedente, que bien puede ser calificado como el "Halabi de la Provincia de Buenos Aires", la Corte admitió igualmente la posibilidad de que un afectado reclame colectivamente frente a la lesión de derechos individuales homogéneos de naturaleza patrimonial (cese de aplicación de conceptos indebidamente incorporados en la factura por una cooperativa de servicios eléctricos de Pehuajó). El fallo transita por un carril similar al sostenido por la CSN en "Halabi", aunque posee una sistematización más sencilla de los recaudos de admisibilidad de este tipo de procesos colectivos, como veremos a continuación.

En líneas generales, para que un conflicto sea susceptible de enjuiciamiento colectivo, bastaría con que exista:

---

[6] Quedan muchos problemas por resolver en materia de procesos colectivos aun luego de "Halabi", como la posibilidad de reconocer legitimación a otros sujetos no contemplados en la Constitución, los criterios rectores para juzgar la representatividad adecuada del legitimado, la oportunidad y efectos de la decisión sobre dicha representatividad, las formas de notificación de los miembros ausentes de la clase, la litispendencia, la relación entre los procesos colectivos y las acciones individuales, una solución coherente a la problemática de los alcances de la cosa juzgada, la posibilidad de condenas genéricas y ordenar modalidades de liquidación especiales (*fluid recovery*), el régimen de honorarios profesionales, etc. De alguna manera, la Corte denunció algunos de dichos problemas y dio ciertas pautas para que los tribunales encargados de tramitar una causa colectiva los remedien, en ejercicio de las potestades de saneamiento y dirección del proceso que, especialmente en este tipo de causas, le corresponde utilizar. Pero –como fuera anticipado- es indudablemente tarea del legislador avanzar sobre estos interrogantes, responsabilidad que debería haber ejercido desde hace un tiempo.

[7] SCBA, causa C. 91.576, "López, Rodolfo Osvaldo contra Cooperativa Eléctrica de Pehuajó. Sumarísimo", sent. del 26 de marzo de 2014. V. un comentario del mismo en: VERBIC, Francisco, "La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires recibe a "Halabi" en su doctrina legal", publicado en: http://classactionsargentina.com/2014/04/13/la-suprema-corte-de-la-provincia-de-buenos-aires-recibe-a-halabi-en-su-doctrina-legal-ba, del 13 de abril de 2014 ((último acceso abril de 2014).

a) una lesión jurídica que afecte a una pluralidad relevante de personas, haciendo imposible o gravemente dificultoso constituir entre ellas un litisconsorcio (o acumular la totalidad de los reclamos individuales iniciados o a iniciarse por el mismo tema).

b) cuestiones comunes de hecho o de derecho que permitan concentrar el debate colectivo en tales cuestiones homogéneas.

c) en el caso de los derechos individuales homogéneos, tales cuestiones comunes deben predominar frente a los aspectos individuales de la lesión padecida por cada particular, transformando así a la solución colectiva en un instrumento más adecuado para resolver la contienda, que las clásicas soluciones procesales utilizadas para tramitar procesos con partes múltiples (vg., litisconsorcio, acumulación de acciones, intervención de terceros).

d) la legitimación y representatividad adecuada de quien actúa en juicio en defensa de los intereses del grupo o clase.

e) desde una perspectiva formal, pueden añadirse recaudos como la identificación concreta del grupo[8], la previsión de mecanismos de *publicidad* y '*opt out*' (derecho de autoexclusión de quienes no deseen quedar comprendidos en el reclamo grupal, siempre que ello sea posible)[9].

---

[8] En un caso en el que se reclamaba colectivamente los daños ocasionados por conductas contrarias a le Ley de Defensa de la Competencia (abuso de posición dominante de una empresa líder en el mercado del cemento portland), la Corte destacó que, a esta altura, constituye una carga de quien acciona colectivamente la identificación precisa del grupo afectado por la conducta ilícita: "Habiendo ya transcurrido más de cinco años desde el dictado del precedente "Halabi", resulta razonable demandar a quienes pretenden iniciar procesos colectivos una definición cierta, objetiva y fácilmente comprobable de la clase, lo cual exige caracterizar suficientemente a Sus integrantes de forma tal que resulte posible a los tribunales corroborar, en la etapa inicial del proceso, tanto la existencia de un colectivo relevante como determinar quiénes son sus miembros" (CSN, causa A.566.XLVIII, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Comun del Sur c/ Loma Negra Cia. Industrial Argentina S.A. y Otros s/ordinario", sent. del 10-II-2015).

[9] Fácil es advertir la analogía de dicha sistematización con la contenida en el régimen de las acciones de clase norteamericanas contempladas en la Regla Federal 23. En dicha regla, los recaudos en cuestión son conocidos tradicionalmente como: a) "numerosidad o impracticabilidad del litisconsorcio" (*numerosity* o *impracticable joinder*); b) "comunidad" o "cuestiones comunes de hecho y de derecho" (*commonality*); c) "predominio" (*predominance*) de las cuestiones comunes y "superioridad" (*superiority*) de la tutela colectiva; d) representatividad adecuada (*adequacy of representation*); e) notificación (*notice*) y *opt out.* Hemos analizado estos recaudos, juntos con otros presupuestos exigidos en la conocida Regla Federal 23 (EEUU), en GIANNINI, Leandro, *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Platense, 2007, pp. 79-99 y 101-108. En cuanto al requisito de la representatividad adecuada, v. GIANNINI, Leandro, "La representatividad adecuada en los procesos colectivos", en VVAA: *Procesos Colectivos* (Eduardo OTEIZA -coord.-), Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2006, pp. 179-214. En atención a la limitación de esta

En general, esta sistematización de los requisitos tiende a asegurar: 1) *que* en este tipo de pleitos *el debate se concentre en las cuestiones comunes a todo el grupo* (o a los subgrupos en los que aquél se divida para una administración más eficiente de la contienda), dato cuya ausencia transformaría a los procesos colectivos en una herramienta más compleja e ineficiente que la prosecución del caso en la tradicional forma individual o litisconsorcial; y 2) que se preserve la *garantía del debido proceso de los miembros del grupo ausente* (lo que se logra fundamentalmente exigiendo la capacidad del legitimado colectivo y el vigor de su actuación en el pleito –representatividad adecuada- y permitiendo, en ciertos casos, que dichos integrantes de la clase se autoexcluyan de las consecuencias del juicio -*opt out*-)[10].

Pese a que la síntesis precedente constituye una simplificación de la problemática de los requisitos de admisibilidad de los procesos colectivos en nuestro país y en el derecho comparado, entendemos que capta la esencia del problema y resume los principales aspectos a considerar para intentar una sistematización útil en este campo. Además, evita ciertas redundancias y discusiones estériles que se presentan en nuestro medio y en el derecho comparado cuando se intenta abordar las condiciones para habilitar el enjuiciamiento colectivo de derechos.

Veamos cómo se reflejan estos recaudos en nuestra jurisprudencia, tomando a las dos líneas referidas previamente, provenientes de la Corte Suprema de la Nación y de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

---

clase de trabajos, remitimos a dichos desarrollos y, especialmente, a las fuentes de consulta allí citadas.

[10] Cabe destacar que los procesos colectivos en sí mismos tienen finalidades más diversas y significativas que las enunciadas en el texto (como el acceso a la justicia, la participación ciudadana, el estímulo hacia el cumplimiento voluntario del derecho por parte de los agentes masivos de daños –que cuentan con un límite más realista en los procesos colectivos que en las acciones individuales- o la economía procesal). Los fundamentos referidos en el texto (concentración, eficiencia y preservación del debido proceso de los miembros del grupo ausente), no agotan la télesis de los procesos colectivos, sino que simplemente justifican los recaudos de admisión impuestos para su procedencia. La diferencia es importante, para que no se confundan los fundamentos de la institución (los procesos colectivos), como los de uno de sus componentes (la sistematización de sus recaudos de admisibilidad).

1.1) Sistematización de los requisitos de admisibilidad explicitados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación a partir del caso "Halabi".

En el citado caso "Halabi", la CSN comenzó por distinguir la existencia de "derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos", de los "derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos". Permitiéndonos cierta simplificación de la aludida clasificación, la nota fundamental que permite distinguir ambas categorías es la *divisibilidad o indivisibilidad* de la pretensión deducida. En los "derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos" (o, como también se los ha denominado: "derechos difusos"), cada uno de los miembros del grupo son titulares indivisibles del derecho invocado, siendo imposible concebir una solución material distinta para cada uno de ellos al cierre del pleito (por ej., la remediación de un curso de agua degradado por vertidos contaminantes, la remoción de una publicidad engañosa, etc.). En los "derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos", se busca tutelar colectivamente derechos de naturaleza individual, que permitirían, en caso de no accederse a una respuesta concentrada, una solución material distinta para cada uno de los afectados, lo que pone en evidencia la *divisibilidad* de su objeto (vg., siguiendo los ejemplos anteriores, el resarcimiento de los perjuicios sufridos en su persona o en sus bienes por los vecinos ribereños al curso de agua contaminado, la anulación de las cláusulas contractuales aceptadas por cada consumidor al amparo de la publicidad ilícita y/o la reparación de los daños y perjuicios correspondientes)[11].

La referida distinción ha tenido cierto impacto en la sistematización jurisprudencial de los recaudos de admisibilidad de los procesos colectivos. Así, en el referido caso "Halabi", la Corte entendió que cuando se trata de

[11] En más de una oportunidad nos hemos dedicado a analizar esta distinción: v. GIANNINI, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Platense, 2007, esp. pp. pp. 29-65; íd., "Tipología de los derechos de incidencia colectiva", en *Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados*, XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Ley, 2005, pp. 40-63). Nuevamente nos vemos forzados a remitir a los conceptos allí desarrollados y a las fuentes que se citan, para no exceder los límites de este trabajo. De todos modos, volveremos sobre el tema al analizar la propuesta frustrada de incorporación de previsiones sobre tutela colectiva de derechos individuales homogéneos en el nuevo Código Civil y Comercial unificado (v. *infra*, ap. III).

derechos difusos (o “derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos”), bastan dos recaudos para que sea avalada la prosecución de este tipo de trámites: 1) que la petición tenga por *objeto* la *tutela de un bien colectivo* (es decir, sintetizando sus palabras: un bien que “pertenezca indivisiblemente a toda la comunidad”); y 2) que la *pretensión* esté “*focalizada en la incidencia colectiva del derecho*” y no en los aspectos patrimoniales derivados de su afectación.

Como puede advertirse fácilmente, ambos recaudos pueden ser prácticamente fusionados y permiten afirmar que siempre que haya una pretensión enfocada en la tutela indivisible de un bien colectivo, será admisible esta variante procesal. Ninguna otra exigencia se hace explícita en el citado fallo, aunque -a nuestro juicio- es indudable que hay dos aspectos que deberían haber sido contemplados y no lo fueron (o lo fueron imprecisamente): a) en primer lugar, que no es necesario que un “bien” pertenezca “a toda la comunidad” para permitir un debate grupal, basta que la lesión de sustancia indivisible alcance a una pluralidad relevante de personas (por ejemplo, la acción de remoción de una publicidad engañosa colocada en calles o autopistas de una región, puede iniciarse colectivamente sin que necesariamente se demuestre que pueda ser vista por o pueda llevar a confusión a todo el país, a toda una provincia o a toda una ciudad): b) en segundo lugar, cabe señalar que no basta la mera indivisibilidad de la pretensión (o del “objeto tutelado” en la terminología citada) para justificar el andamiaje de este tipo de procesos. Ello así, dado que cuando la lesión no afecta indivisiblemente a una pluralidad relevante de personas, la solución del conflicto podría encontrarse a través de la constitución de un litisconsorcio necesario entre todos ellos.

Más compleja es la articulación de los recaudos necesarios para admitir un proceso colectivo en defensa de *derechos individuales homogéneos* en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En este supuesto, los recaudos a los que se refiere el Máximo Tribunal federal son: 1) la “*causa fáctica homogénea*”[12], esto es, la existencia de un “hecho único o complejo

[12] En una afirmación incorporada al pasar en el considerando 12° del fallo “Halabi”, la homogeneidad requerida parece ampliarse desde lo fáctico hacia lo normativo (se refiere allí la Corte a la necesidad de demostrar una “homogeneidad fáctica *y normativa*” en el caso).

que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales"[13]; 2) el *predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales* (o, en las

Sin embargo, dicha incorporación no es mantenida al explicarse con más detenimiento el requisito en cuestión en el apartado 13° de la misma sentencia, donde se define a este primer elemento del modo en el que se lo señala en el texto.

[13] Analizando casuísticamente la aplicación de dicho recaudo por la Corte, encontramos casos en los que la presencia de esta "causa fáctica común" es analizada y aceptada expresamente, como ocurriera en el caso "Halabi", en el que dicho origen común es confirmado frente a la presencia de una ley que permite la intervención de comunicaciones telefónicas y por internet, sin imponer una justificación adecuada a las autoridades encargadas de dicha invasión a la privacidad. Dicha norma (ley 25.873 y su decreto reglamentario –Dec. 1563/04-), era -a juicio de la Corte- la fuente unívoca de la lesión denunciada (CSN, "Halabi", cit. consid. 14°, cuatro párrafo).

También puede mencionarse el citado caso "PADEC", en el que una asociación de defensa del consumidor demandó colectivamente a una empresa de medicina prepaga con el objeto de que se declarara la ineficacia de ciertas cláusulas contenidas en el contrato tipo que vinculaba a la empresa con sus afiliados, que permitían a la primera aumentar unilateralmente las cuotas mensuales. Se requirió en ese juicio la declaración de ineficacia de dichas cláusulas contractuales y la consecuente supresión de los aumentos ya dispuestos. La Corte consideró que existía en el caso la homogeneidad necesaria en la fuente de la lesión, ya que se trataba de la impugnación de cláusulas de un *contrato tipo* aplicado por la demandada para acceder al servicio de medicina prepaga (CSN, causa P.361.XLIII, "Padec c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales", sent. del 21-VIII-2013, la cursiva es propia).

En similar sentido, puede citarse el caso "Consumidores Financieros Asociación Civil", en el que una asociación de defensa del consumidor demandó a una compañía de seguros para hacer cesar la práctica de esta última de cobrar a sus clientes, en los contratos de seguro con cobertura patrimonial, intereses sobre las cuotas de la prima que no se encontraban vencidas al momento en que se producía el siniestro y que eran descontadas de la indemnización cuando ésta se abonaba. Se demandó también la devolución de las sumas cobradas de ese modo. Al revocar la decisión de la Cámara que había desestimado la acción colectiva, consideró la Corte que en el caso se configuraba el origen común de la lesión ya que existía un "*hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos*: la detracción del saldo de cuotas pendientes al momento del pago de las indemnizaciones por siniestros, sin discriminar entre capital e intereses. Asimismo, se alega que tal conducta habría sido implementada, en forma *sistemática*, respecto de un conjunto de asegurados (personas físicas sin facturación mensual), lo que permite tener por configurada la existencia de una causa fáctica común, es decir, un comportamiento del demandado que se repite en situaciones similares" (CSN, C.519.XLVIII. "Consumidores Financieros Asociación Civil p/s Defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario", sent. del 24-VI-2014).

Como ejemplo de la hipótesis contraria (ausencia de homogeneidad en la causa de la lesión alegada), puede citarse la causa "Cavalieri", en la que la Corte consideró que no concurría el presupuesto mencionado toda vez que la asociación actora no había logrado identificar la existencia de ese hecho -único o complejo- que cause una lesión a una pluralidad relevante de sujetos. Cavalieri, cliente de una obra social privada, había solicitado la provisión de un equipamiento necesario para el tratamiento de la afección que padecía (se reclamaba la provisión de un equipo de ventilación mecánica y los accesorios pertinentes, frente a un cuadro de apnea obstructiva), y la demandada no había dado respuesta a respuesta su reclamo. La ONG Proconsumer reclamó que la pretensión deducida a título personal, tenga efectos colectivos para todos los consumidores que estén en la misma situación que Cavalieri, lo que fue desestimado. la Corte concluyó en este punto que "...no se advierte que la situación planteada en el *sub lite* lesione intereses individuales homogéneos que la asociación pueda válidamente defender, al no extraerse siquiera de manera indiciaria la intención de la prepaga de negarse *sistemáticamente* atender planteos de sus afiliados semejantes los del señor Cavalieri" (CSN, causa C.36.XLVI., "Cavalieri Jorge c/ Swiss Medical S.A. s/Amparo", sent. del 26-VI-2012, consid. 7°, la cursiva nos pertenece).

palabras de la Corte: la “concentración de la pretensión en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar”); 3) la constatación de que *el ejercicio individual no aparece plenamente justificado*, afectando así el acceso a la justicia. Asimismo, se contemplan algunos recaudos de tipo formal, como son: a) la precisa *identificación del grupo afectado*; b) la previsión de mecanismos de *notificación*, *publicidad* y ‘*opt out*’ (derecho de autoexclusión de quienes no deseen quedar comprendidos en el reclamo grupal, siempre que ello sea posible).

Respecto de la *legitimación*, en el citado precedente se enfatiza la necesidad de contar con un grado de afectación suficiente como para permitir a las personas particulares iniciar una acción de este tipo, ya que de lo contrario no se estaría en presencia de un “caso” en los términos del art. 116 de la Const. Nac., ni se respetaría la previsión del art. 43 de la Const. Nac., que considera legitimados para la promoción de este tipo de acciones al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propenden a esos fines. En múltiples oportunidades la Corte ha enfrentado el dilema de determinar si la persona pública o privada que inició la demanda colectiva constituye uno de los sujetos habilitados legalmente para hacerlo, desestimando la acción de oficio en dicha instancia, cuando advierte la falta de dicho recaudo.

Respecto de la *representatividad adecuada*, en el fallo “Halabi” no se hace demasiado hincapié en la calidad de la gestión llevada a cabo por el actor, pareciendo sugerirse que no correspondía ser muy riguroso en la materia dada la novedad del criterio jurisprudencial que se sentaba. Sin embargo, concluyó que en el caso estaba cubierta dicha exigencia (consid. 14°, párrafos 7 y 8, fallo cit.). De todos modos, en el considerando 20° del fallo queda claro que la “idoneidad de quien pretensa asumir la representación” es un recaudo necesario para resguardar el derecho de defensa en juicio de los miembros del grupo ausentes en el pleito.

1.2) Sistematización de los requisitos de admisibilidad definidos por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires a partir del caso “López”.

En el citado fallo “López c. Cooperativa Eléctrica de Pehuajó” (2014), la Suprema Corte también enfrentó la problemática de relativa a si los

derechos individuales homogéneos son una especie dentro del género de los derechos de incidencia colectiva y si, en caso afirmativo, un afectado particular puede transformarse en el representante del grupo de personas lesionadas por la misma conducta ilícita.

La Corte bonaerense respondió afirmativamente a ambos interrogantes, dando así acogida a una hermenéutica amplia en esta materia, que a nuestro juicio es incluso superadora que la sostenida por la CSN a partir del caso “Halabi”.

Rodolfo López era un usuario del servicio eléctrico prestado en la ciudad de Pehuajó por una cooperativa. Dada su condición jurídica, la Cooperativa Eléctrica Pehuajó incorporó a la factura de los usuarios que no eran socios de la misma, un plus diferencial. Para justificar ese cargo adicional, la demandada se amparaba en una resolución del Instituto Nacional de Acción Cooperativa (Res. 110/76, BO: 10-VI-1976-) que permite a las cooperativas, con carácter general, prestar servicios a quienes no son sus socios, pudiendo aplicar a estos usuarios un recargo o tarifa diferencial. Dicho régimen, según lo planteó el actor, afectaba el marco regulatorio del servicio eléctrico, que no contempla la posibilidad que las cooperativas del sector dispongan unilateralmente un cuadro tarifario especial. La demanda fue acogida por las instancias de grado, pero únicamente con alcance individual, sin reconocerse alcances colectivos a la sentencia para beneficiar al resto de los usuarios no asociados a la misma cooperativa.

Frente al recurso de ambas partes, la Suprema Corte confirmó la interpretación sostenida por la Cámara en cuanto al fondo del asunto (declarando la ilegitimidad de los cargos adicionales así aplicados), pero la revocó en lo referido a los alcances de la sentencia. La decisión pasó así a tener alcances colectivos para todos los usuarios que se encontraban en similar posición, de acuerdo a lo peticionado por el actor. Para resolver esto último, la Corte consideró fundamentalmente que los derechos individuales homogéneos son una especie dentro del género de los “derechos de incidencia colectiva” a los que se refiere el art. 43 de la Constitución Nacional, por lo que están legitimados para procurar su defensa grupal el afectado, el Defensor del Pueblo y las ONG’s.

Sostuvo en tal sentido que “la noción ‘derechos de incidencia colectiva’ (art. 43, Const. nac.) no se limita a la más tradicional de sus versiones (es decir, los llamados intereses "difusos"), sino que abarca otras situaciones en las que el bien tutelado pertenece de modo individual o divisible a una pluralidad relevante de sujetos, la lesión proviene de un origen común, y las características del caso demuestran la imposibilidad práctica o manifiesta inconveniencia de tramitar la controversia a través de los moldes adjetivos tradicionales (litisconsorcio, intervención de terceros, acumulación de acciones, etc.)” (SCBA, causa cit., voto del Dr. Hitters, al que adhirieron los Dres. Kogan, Genoud, de Lázzari y, en lo sustancial, el Dr. Negri).

Ahora bien, al referirse a los recaudos de admisibilidad de este tipo de procesos, la Suprema Corte de Buenos Aires articula una sistematización propia, similar pero no idéntica a la seguida por en “Halabi” por la CSN, para determinar en qué casos puede ser reclamada grupal y concentradamente la defensa de derechos de incidencia colectiva en cualquiera de sus especies.

En este campo, pueden identificarse en el criterio del Alto Cuerpo provincial: a) los requisitos para que se configure un caso colectivo en cualquiera de sus variantes; y b) los recaudos especiales que deben verificarse en las hipótesis de tutela de derechos individuales homogéneos.

a) Requisitos de los procesos colectivos en general.

En cuanto a lo primero, la SCBA expresa que el caso o controversia de alcances colectivos tiene lugar cuando: i) varios afectados comparten su lesión con otros que se encuentran en similar situación, a consecuencia de un acto y serie de actos que constituyen la fuente común del daño padecido; y ii) resulta prácticamente inviable o muy dificultosa o disfuncional la constitución entre todos ellos de un litisconsorcio. En tales situaciones, sostiene la Corte, estamos frente a los derechos de incidencia colectiva.

Dentro de dichas prerrogativas (derechos de incidencia colectiva), pueden distinguirse dos categorías fundamentales: a) las caracterizadas por la indivisibilidad de su objeto (también denominados derechos difusos); y b) las situaciones en las que el bien tutelado pertenece divisiblemente a una pluralidad relevante de personas, provenientes de un origen común (derechos individuales homogéneos). Nada en la expresión "derechos de

incidencia colectiva" –sostiene la Corte- impone restringir el alcance de la tutela grupal a los derechos difusos o colectivos *stricto sensu*.

Volviendo sobre las condiciones de admisibilidad de las pretensiones grupales, la Corte marca dos recaudos fundamentales que se presentan en todo caso colectivo: la fuente común del daño y la imposibilidad o grave dificultad de tramitar el conflicto mediante los mecanismos tradicionales de acumulación procesal (litisconsorcio, acumulación de acciones, intervención de terceros). Si se dan estos recaudos, sostiene la Corte, estamos en presencia de derechos de incidencia colectiva.

b) Recaudos especiales para la tutela colectiva de derechos individuales homogéneos.

Ahora bien, cuando se trata de la defensa de derechos individuales homogéneos, a las exigencias previas (la fuente común e impracticabilidad del litisconsorcio) se agregan otros dos recaudos[14]: i) el *predominio* de las cuestiones comunes sobre los particulares de cada afectado; y ii) la *superioridad* de la solución colectiva frente a las alternativas tradicionales de enjuiciamiento.

Se trata de dos condiciones que –como vimos- están presentes en la sistematización de la Regla Federal 23 norteamericana, y que tienden, en general, a dejar fuera del litigio colectivo aquellas situaciones en las que no se vislumbra una uniformidad sustancial que haga conveniente la prosecución colectiva.

La regla del *predominio* no implica la ausencia de toda diferencia entre los afectados o incluso que esas diferencias prevalezcan en alguna fase del proceso (por ej., en la liquidación individual de los daños posterior a la finalización del debate colectivo). Como lo explica GIDI, el recaudo en

[14] En puridad, al arribar la SCBA al análisis de los presupuestos de admisión de los procesos colectivos en defensa de derechos individuales homogéneos, se hace especial hincapié en la explicación de aquello que constituye el "origen común" de la lesión. Se refiere a este recaudo afirmando que el mismo se presenta "toda vez que el conjunto de lesiones individuales provengan de un mismo hecho o serie de hechos que actúen como fuente causal de las afectaciones particulares y/o compartan los fundamentos jurídicos sustanciales que definen su procedencia".

Ahora bien, pese a la importancia que se da a la explicación de aquello que constituye el origen común en el ámbito de la defensa de los derechos individuales homogéneos, lo cierto es que –como fuera anticipado- esta condición es propia de la definición de cualquier variante de derecho de incidencia colectiva (es decir, que también rige para situaciones de indivisibilidad). Es por ello que en el texto nos referimos sólo a los recaudos especiales de la tutela de derechos individuales homogéneos.

cuestión “no significa que las cuestiones comunes deban predominar en toda la controversia colectiva y no pueda haber algunos aspectos en que las cuestiones individuales predominen sobre las cuestiones comunes”. Agregando que lo que se exige en definitiva en este campo es que “la diversidad de situaciones individuales no comprometan el tratamiento uniforme de la cuestión común”[15].

Por su parte, el recaudo de *superioridad* impone la comparación entre las potencialidades que *prima facie* y en un caso determinado demuestran las dos grandes formas de enjuiciar un caso de alcances multisubjetivos: el trámite colectivo propiamente dicho y los demás instrumentos de resolución de conflictos: el litigio individual, el litisconsorcio necesario o facultativo, la intervención obligada o facultativa, la acumulación de procesos[16].

2) El discutible recaudo de la “afectación al derecho de acceso individual a la justicia” como condición para admitir un proceso colectivo.

Prestaremos ahora especial atención al último de los recaudos referidos en el considerando 13° del caso “Halabi”, relativo a la necesidad de demostrar las dificultades del acceso a la justicia en términos individuales como condición para actuar colectivamente.

En efecto, al exteriorizar las condiciones que deben cumplirse para habilitar el trámite colectivo de una pretensión de tutela de derechos individuales homogéneos, la Corte incluyó una exigencia final: que *el ejercicio individual de la acción “no aparezca plenamente justificado”, afectando así el acceso a la justicia; o que, en su defecto, exista un “fuerte interés estatal” en la protección de los derechos en juego, por tratarse de “grupos tradicionalmente postergados”*.

---

[15] GIDI, A., *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva* comparada, Revista dos Tribunais, 2007, p. 166.

[16] La comparación exigida para analizar la satisfacción de este estándar, debería contemplar, como se lo hace en muchos ordenamientos comparados, la eficiencia relativa de los mecanismos de abordaje de demandas repetitivas o los *test cases*, que –como vimos- nuestro ordenamiento debería legislar expresamente, como uno de los capítulos centrales de la reforma procesal.

Siguiendo esta formulación, parecería que no todos los casos de defensa grupal de derechos individuales homogéneos han sido considerados por la mayoría de la Corte como amparados en la legitimación extraordinaria prevista en el art. 43, 2° parte de la Constitución.

De acuerdo con dicho entendimiento, deberían distinguirse inicialmente dos variantes de derechos individuales homogéneos: los de índole extrapatrimonial (como, por ejemplo, los que subyacían en el caso "Halabi", en las infracciones de objeto divisible denunciadas en la causa "Verbistky"[17], en la causa "Asociación Benghalensis"[18], etc.[19]) y los de naturaleza patrimonial (vg., la pretensión de resarcimiento de los daños masivos sufridos por la contaminación de los recursos naturales, por una explosión o una tragedia en el transporte público, por la introducción de cláusulas abusivas o por conductas que hubieran infringido las previsiones protectorias de usuarios y consumidores, etc.).

Una vez formulada esa subdivisión (y siempre de conformidad con los lineamientos aplicados en el citado precedente), los primeros estarían incluidos lisa y llanamente en los limbos de la tutela colectiva.

Los segundos (derecho individuales homogéneos patrimoniales), a su turno, deberían ser distinguidos en dos sub-categorías:

a) aquellos en los que se presentan obstáculos materiales que, en la práctica, dificultan el reclamo individual de los afectados (vg., ausencia de

---

[17] CSN, "Fallos" 328:1146 [2005]) en el que la Corte habilitó la vía del hábeas corpus colectivo por aplicación extensiva del art. 43 de la Const. Nac., para la defensa plural de los detenidos de la Provincia de Buenos Aires afectados por las condiciones carcelarias verificadas en dicha jurisdicción. Como hemos intentado demostrar en otra oportunidad (GIANNINI, L., *La tutela colectiva* …, ob. cit., pp. 330 y ss.), algunos de los puntos reclamados en la demanda del CELS podían ser considerados divisibles o fraccionables entre los miembros de la comunidad carcelaria lesionada. Sin embargo, hallándose en juego una categoría especial de derechos fundamentales y un encuadre fáctico grave, la distinción entre intereses de objeto divisible e indivisible no fue materia de mayor preocupación para el Tribunal.

[18] CSN, "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo" ("Fallos" 323:1339 [2000]), acción iniciada para lograr el suministro gratuito de reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento del virus del HIV.

[19] Puede citarse más recientemente el fallo de la CSN en la causa A.721.XLIII, "Asociacion Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/Amparo", sent. del 10-II-2015, relativo a la protección del derecho a salud de niños, jóvenes y adultos con discapacidad, titulares de pensiones no contributivas, afectadas por conductas y prácticas que se denunciaron en el caso como lesivas del derecho a obtener el acceso igualitario a las prestaciones integrales de salud a cargo del instituto demandado.

información veraz y adecuada, relación costo-beneficio desfavorable del accionar individual, etc.) o en los que la lesión recae sobre "grupos tradicionalmente postergados" y, como tales, revelan un "fuerte interés estatal en su protección", entendido como el interés de la "sociedad en su conjunto" (vg., usuarios, consumidores, vecinos afectados por la contaminación ambiental, comunidades originarias, trabajadores, jubilados y pensionados, discapacitados, menores, grupos discriminados, etc.)[20]; y

b) aquellos en los que no se advierten dichos óbices materiales y, en consecuencia, es razonable esperar que los titulares del derecho inicien un juicio por su parcela de afectación, a título particular (como sucediera típicamente con la insólita sobreexposición a la que se vieron sometidos los tribunales federales del país, a consecuencia de la retención y "pesificación" de los depósitos a plazo fijo y demás imposiciones bancarias, en virtud de la legislación de emergencia económica posterior a la crisis desatada a fines de 2001)[21].

---

[20] En el precedente citado en nota al pie anterior, la Corte aplicó este criterio, considerando que aun cuando pudiera sostenerse que los intereses individuales tutelados en el caso, justificarían la promoción de demandas individuales, no era posible soslayar el "*incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional)*" Agregando que: "La protección de los derechos que invocan hacen a la *satisfacción de necesidades básicas y elementales a cargo del Estado*. Estos aspectos cobran preeminencia por sobre los intereses individuales de cada afectado, al tiempo que ponen en evidencia, por su *trascendencia social* y las particulares características del sector involucrado, la presencia de un *fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto*" (CSN, "Asociación DE.FE.IN.DER.", cit., consid. 9°).

[21] La Corte Suprema ha aplicado este estándar para desestimar una acción colectiva iniciada en defensa de los clientes de una compañía de seguros que coloca en su pólizas cláusulas predispuestas que determinan exclusiones de cobertura por parentesco (es decir, que impiden al damnificado por un accidente reclamar a la compañía de seguros cuando tiene una relación de parentesco directa con el asegurado, con el conductor o con el titular registral del automotor siniestrado).Para denegar la admisibilidad del reclamo en clave colectiva, la Corte sostuvo que fallaba el requisito que venimos analizando el texto, entendiendo que, de conformidad con las particularidades del caso, los afectados por dicha cláusula de exclusión podrían reclamar en cada juicio individual su nulidad, contando con estímulos suficientes para hacerlo: "las víctimas excluidas de la cobertura del seguro cuentan con incentivos suficientes para cuestionar de manera individual su validez, sin que resulte necesario que una asociación asuma la representación de su interés como forma de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva". En tales condiciones, concluyó que: "no se advierte que la promoción de acciones individuales respecto de la cuestión planteada resulte *inviable o de muy difícil concreción*, ni que la naturaleza del derecho involucrado en el *sub examine* revista una *trascendencia social* que exceda el interés de las partes a quienes se refieren las cláusulas o que éstas afecten a un grupo tradicionalmente postergado o débilmente protegido" (CSN, causa C.161.XLIX, "Consumidores Financieros

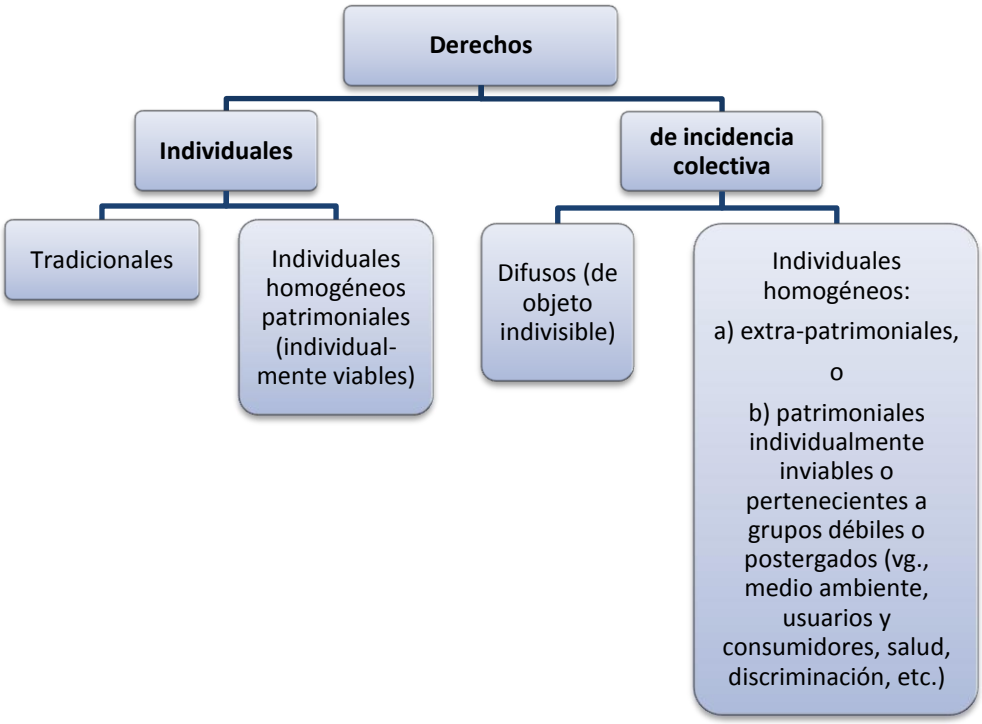
La opción que pareció adoptarse por la mayoría en el caso “Halabi”, es la de entender que la primera de dichas sub-especies podrían ser enjuiciadas colectivamente, mientras que las segundas no. Y ello es así, porque en las últimas no se daría la condición establecida en el considerando 13°, *in fine*, del fallo *sub examine*, es decir, no se verificaría la inviabilidad del ejercicio individual de la acción ni el “fuerte interés estatal” en la protección de los derechos en juego.

Puede expresarse gráficamente la tesitura seguida por la Corte en el caso “Halabi” acerca de la definición de los derechos de incidencia colectiva, del siguiente modo:

Gráfico 1. Los Derechos de incidencia colectiva según "Halabi"

Asociación Civil para su Defensa c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales S.A. s/ordinario”, sent. del 27-XI-2014).

A la crítica general de este criterio desarrollada en el texto, cabría agregar que en el caso “Consumidores Financieros ...” recién citado, no se llega a comprender la razón por la que se excluye a los usuarios y consumidores de la categoría de “grupos tradicionalmente postergados”, cuando la misma razón de ser del régimen especial de tutela sustancial y procesal de esta categoría de individuos parte del evidente desequilibrio de fuerzas que existe entre los productores y los consumidores en las relaciones de consumo. Por consiguiente, frente a la denuncia de vulneración de las reglas de protección de usuarios y consumidores, el mismo criterio sostenido por la Corte desde “Halabi” hace que no se requiera demostrar el recaudo de la posibilidad material de accionar en términos individuales. Ello así, porque según las mismas palabras de la CS, los consumidores son uno de esos “grupos tradicionalmente postergados” en cuya tutela está interesada la comunidad toda: “la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el *consumo* o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. (CSN, “Halabi”, consid. 13°, ya citado, énfasis agregado).



No compartimos dicha visión.

A nuestro juicio, basta con calificar a los derechos individuales homogéneos como derechos de incidencia colectiva, para hacer caer la distinción referida. Como fuera anticipado, los derechos individuales homogéneos deben ser incluidos en la categoría de los derechos de incidencia colectiva, sin importar que se trate de prerrogativas patrimoniales o extrapatrimoniales. Tampoco interesa, como condición definitoria de dicha noción constitucional, que la cuantía de la lesión individual o la existencia de otros obstáculos materiales al acceso a la justicia, impidan materialmente accionar a título individual.

En todas las hipótesis de derechos individuales homogéneos se presenta un tipo de lesión que incide de modo divisible sobre una pluralidad relevante de personas, tornando inviable o seriamente dificultosa la constitución entre todos ellos de un litisconsorcio o la acumulación subjetiva de las pretensiones correspondientes.

Es cierto que frente a reclamos “individualmente inviables” o que afecten a grupos “tradicionalmente postergados”, el desconocimiento de la legitimación colectiva generaría una lesión al derecho de acceso a la justicia y, además, incentivaría la reiteración de conductas ilícitas de pequeña

escala individual pero de gran repercusión global. En otras palabras: una interpretación que deje fuera del proceso colectivo a las hipótesis de daños masivos de escasa cuantía, provocaría una alteración constitucional no ya del art. 43 de la Ley Suprema exclusivamente, sino también del derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 18 Const. Nac.; art. 8, Convención Americana de Derechos Humanos).

Sin embargo, dicha lectura (que determina el "piso mínimo" por debajo del cual la interpretación del art. 43 de la Constitución se tornaría insostenible desde la perspectiva del derecho de acceso a la justicia), no es óbice para sustentar una interpretación diversa, más sencilla y funcional, del concepto de "derechos de incidencia colectiva". Es que para interpretar el sentido de la expresión contenida en el art. 43 de la Ley Suprema, no es necesario condicionar su ámbito de aplicación a la configuración de una hipótesis de lesión al acceso a la justicia. Como fuera anticipado, una interpretación que no contemple esta última hipótesis como susceptible de enjuiciamiento grupal, además de apartarse del art. 43 de la Constitución Nacional, sería violatoria del art. 18 de la misma. Pero nada en la expresión "derechos de incidencia colectiva" permite suponer que esa sea la única posibilidad en la que corresponde admitir la tutela concentrada de derechos que afectan de modo homogéneo a una pluralidad relevante de personas.

La interpretación que sustentamos busca dotar de un sentido literalmente más acertado y funcionalmente más eficaz a la tutela de los derechos de incidencia colectiva. Dicha institución contemplada en el art. 43 de la Const. Nac., no sólo sirve para garantizar a los grupos débiles contra todo intento de limitar la protección judicial efectiva de sus derechos, sino también para evitar que se sobreexponga a la judicatura a repetir ineficientemente actuaciones costosas y dilatorias para abordar una multiplicidad infinita de causas sobre cuestiones homogéneas.

Es que como lo venimos sosteniendo desde hace un tiempo[22], no contemplar la tutela colectiva de derechos individuales homogéneos puede tener dos consecuencias igualmente disfuncionales (la primera por *ineficiencia* en el esquema de enjuiciamiento, la segunda, por *ineficacia* del

[22] GIANNINI, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, ob. cit., pp. 77-78.

mismo como instrumento garantizador de los derechos sustanciales): a) o se produce una sobreexposición en el sistema de justicia, por la multiplicidad de los reclamos deducidos por una misma cuestión (situación que se presentaría especialmente cuando la ecuación costo-beneficio del accionar individual resultase favorable para el afectado); o b) se priva a los afectados de una tutela judicial real y efectiva, asegurándose la impunidad de un sinnúmero de lesiones antijurídicas consumadas (con el consecuente estímulo que toda gratuita irresponsabilidad genera para el futuro), debido a las ya explicadas dificultades materiales para acceder a la justicia (ignorancia, soledad, dispersión, dificultosa coordinación de la masa afectada, deficitaria relación entre el costo y la utilidad de la acción singular, etc.)[23].

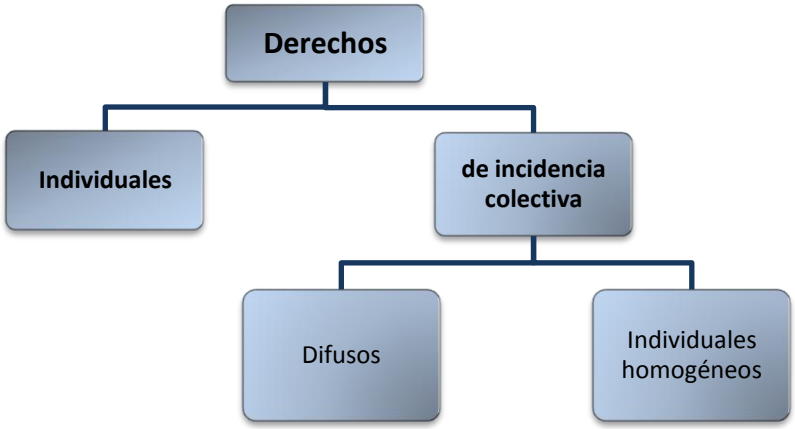
Al exigir la presencia del requisito que analizamos en este apartado, la Corte Suprema sólo presta atención a la segunda de las consecuencias disfuncionales que tendría una interpretación restrictiva (lesión al acceso a la justicia), descuidando la primera de ellas. Lo hace, además, sin advertir que el colapso judicial y la sobreexposición de la judicatura a trámites repetitivos, onerosos y dilatorios, son patologías también incompatibles con el buen servicio de justicia y, como tales, lesivas de la garantía de la tutela judicial efectiva (arts. 18, Const. Nac.; 8, CADH).

Consideramos entonces criticable la exigencia analizada, propiciando una lectura literalmente más aceptable y funcionalmente más eficaz del art. 43 de la Constitución, posición que puede exteriorizarse gráficamente del siguiente modo:

---

[23] Este balance se explicita con claridad en el fallo de la SCBA in re “López”, al que hemos hecho referencia previamente (v. supra, ap. II.1.2). Sostiene la Corte sobre este punto que “... una hermenéutica dinámica y funcional de dicho concepto impone tener en cuenta diversos factores de la realidad de los que el judicante no puede ser fugitivo. Entre ellos, debe tenerse presente que desconocer las posibilidades de enjuiciamiento colectivo de esta clase de asuntos, podría ocasionar dos resultados igualmente indeseables: i) o se acentúa el *colapso* del sistema de justicia fomentando la multiplicidad de reclamos por una misma cuestión (situación que se presentaría especialmente cuando la ecuación costo beneficio del accionar individual resultase favorable para el afectado); o ii) se genera la *indefensión* y se fomenta la impunidad de un sinnúmero de lesiones antijurídicas debido a las conocidas dificultades materiales que el acceso individual al servicio de justicia plantea en diversas hipótesis (v.g., ausencia de relación costo beneficio del litigio individual, dificultad en la coordinación de las acciones respectivas, desigualdad de recursos materiales entre los protagonistas de la controversia, la dispersión de los múltiples afectados, etc.)” (SCBA, causa C. 91.576, "López”, cit.).

Gráfico 2. Los derechos de incidencia colectiva. Nuestra opinión.



En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte local parece inicialmente no caer en ese error. En efecto, en la primera parte del citado fallo “López” dicho tribunal señala que los derechos individuales homogéneos son una especie dentro del género de los derechos de incidencia colectiva y, como tales, susceptibles de ser enjuiciados por esta vía grupal siempre que se den ciertos requisitos que apunten a concentrar la atención en los temas comunes (origen común de la lesión, predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales, superioridad del debate en clave colectiva). Al precisar los fundamentos de esta interpretación que califica de “dinámica y funcional”, expresa la mayoría de la Corte que una hermenéutica restrictiva podría provocar colapso o indefensión según que -respectivamente- existan o no estímulos para el ejercicio individual del derecho de acción (v. *supra*, nota al pie 23).

Consecuentemente, si el proceso colectivo no sólo está pensado para evitar la privación del acceso a la justicia, sino también para impedir la sobrecarga y multiplicación ineficiente de trámites reiterativos, sería innecesario analizar dentro de las condiciones de admisibilidad de esta clase de trámites, el recaudo de la “lesión al acceso a la justicia” pergeñado en “Halabi”.

Sin perjuicio de ello, siendo que el caso “López” fue sentenciado con posterioridad a “Halabi”, la SCBA hace referencia a los estándares fijados en este último fallo por la CSN y, al referirse a las circunstancias especiales de la cuestión debatida, expresa: *“... finalmente, también se advierte que la*

escasa significación económica respecto de cada usuario ... no justificaría la promoción de procesos individuales". Es decir, que si bien la SCBA parece sugerir inicialmente que no es condición necesaria la demostración de una eventual lesión al acceso a la justicia (ya que también sería procedente el debate colectivo cuando la iniciación de múltiples reclamos produzca una sobrecarga del sistema), con posterioridad explica que en el caso concreto se da la primera de las situaciones mencionadas; es decir: que se trata de reclamos de escasa cuantía que, de no tramitarse colectivamente, seguramente no llegarían a tribunales.

Sería correcto -a nuestro juicio- que la SCBA se desentienda del requisito que venimos analizando, que restringe injustificadamente el ámbito de acción de los procesos colectivos a hipótesis de privación del acceso a la justicia, manteniendo la interpretación dinámica y funcional a la que nos venimos refiriendo.

En síntesis, consideramos incorrecta toda limitación del ámbito de actuación de los procesos colectivos basada en la necesidad de demostrar: i) que el accionar individual no se encuentre "plenamente justificado", generándose así una "hipótesis de indefensión"; o que ii) exista un "fuerte interés estatal" en la tutela requerida. Ello así, dado que –como vimos- la tutela colectiva (en particular, cuando se trata de derechos individuales homogéneos) no sólo procede frente a una eventual indefensión, sino también en el caso opuesto, es decir, cuando los particulares se vieran incentivados a iniciar su reclamo individual, produciendo así una sobreexposición de la judicatura a trámites repetitivos, onerosos y dilatorios, incompatibles con el buen servicio de justicia, que también es una manifestación de la garantía de tutela judicial efectiva.

III. LA FRUSTRADA RECEPCIÓN DE ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA TUTELA DE DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO.

En varias oportunidades y desde distintos sectores se han presentado proyectos de ley para avanzar sobre esta materia[24], pero los mismos no han prosperado (lo que, en algunos casos, no es de lamentar). Recientemente, Proyecto de Código Civil y Comercial unificado para la República Argentina elaborado originalmente por una Comisión de integrada por juristas de la talla de Ricardo LORENZETTI, Elena HIGHTON DE NOLASCO y Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI[25], había incorporado previsiones significativas en la materia (arts. 1746 y ss. del Cód. Civil). Pero al ser elevado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la Nación, dichas previsiones fueron removidas, por lo que se mantiene al día de la fecha el cuadro de situación referido en el apartado I de este trabajo.

Recordemos en qué consistían las previsiones del Anteproyecto original, finalmente desvirtuadas en el Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo y aprobado por el Congreso de la Nación.

1) El texto original del Anteproyecto.

La versión original del Anteproyecto comentado, incorporaba en el art. 14 una clasificación tripartita de derechos:

a) los derechos individuales;

b) los derechos individuales homogéneos, que son –en el sentido de la iniciativa- derechos individuales que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, en los que existe una pluralidad de afectados particulares, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común[26];

---

[24] V. GIANNINI, Leandro J., "Apuntes para el tratamiento de los proyectos de ley sobre procesos colectivos y acciones de clase" en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, 2012 - Número Extraordinario, pp. 15-50; VERBIC, Francisco, "Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el Congreso de la Nación para regular la tutela colectiva de derechos en la República Argentina", disponible en: https://unlp.academia.edu/FranciscoVerbic; SALGADO, José María, "Legislar los procesos colectivos", en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, n° 2013-1, pp. 211-252.

[25] V. GIANNINI, Leandro, "Los derechos de incidencia colectiva en el proyecto de Código Civil y Comercial (aportes para su redefinición), en *Doctrina Judicial*, La Ley (*DJ* del 05/09/2012, p. 89); VERBIC, Francisco, "Derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de derechos en el Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina", en *Erreius on line*, Febrero 2014.

[26] En sintonía con la definición del art. 14 del Anteproyecto, el art. 1746 de dicha propuesta (en su versión original) determinaba que existirían "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

c) los derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. Respecto de estos últimos, el anteproyecto dispone que 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".

Una nota destacable de esta sistematización, es la *explícita incorporación de los derechos individuales homogéneos dentro del ámbito de protección de los procesos colectivos*, aunque sin englobarlos dentro de la categoría de "derechos de incidencia colectiva". Al señalarse que determinados derechos "individuales" pueden ser enjuiciados colectivamente, se agota, al menos en el ámbito civil y comercial, el debate acerca de la posibilidad de accionar grupalmente para la defensa de prerrogativas individuales, puramente patrimoniales, provenientes de un origen común. En ese sentido, como fuera anticipado, la iniciativa era plenamente compartible.

Otro aspecto favorable de la propuesta (dejada sin efecto por el Proyecto del Poder Ejecutivo finalmente aprobado), era la incorporación de los explicados estándares del *predominio* de las cuestiones comunes y *superioridad* del debate en clave colectiva, a los que nos hemos referido *supra*. Se determinaba en tal sentido en el Anteproyecto original que: "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" (art. 1747, Anteproyecto cit.)[27].

---

derecho colectivo o provenientes de una causa común, fáctica o jurídica". Asimismo se preveía en dicha norma que tendrían legitimación para reclamar su defensa el afectado, el Defensor del Pueblo de la jurisdicción que corresponda y las asociaciones destinadas a la defensa de esta categoría de derechos.

[27] La fuente de esta previsión se encuentra en el proyecto elaborado por el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, aprobado y hecho propio por la Asociación Argentina de Derecho Procesal, en reunión del día 19 de septiembre de 2006. La redacción inicial del anteproyecto nos fue encargada, junto con el profesor de la misma casa de estudios Leandro K. SAFI, y debatido

También merece ser destacada la incorporación de los parámetros tendientes a analizar el recaudo de la *representatividad adecuada* del legitimado colectivo, en el art. 1747 del Anteproyecto, otro de los problemas centrales del litigio de grupo, indebidamente descuidado hasta el momento por el legislador nacional[28]. También esta interesante parcela del texto original ha quedado desarticulada en el proyecto definitivo presentado ante el Congreso de la Nación, que suprimió toda referencia a dicho instituto fundamental de los procesos grupales.

En lo que hace a la sistemática utilizada en la clasificación de los "derechos de incidencia colectiva", hay un punto que merece algún reparo y que puede tener consecuencias relevantes a futuro, que debieran ser anticipadas y remediadas. Nos referimos a la posible reedición de la discusión sobre la utilización exclusiva de la voz "derechos de incidencia colectiva", para referirse a aquellas prerrogativas de objeto *indivisible* y de uso común. No compartimos dicha exclusividad.

Según hemos explicado, los derechos individuales homogéneos también son derechos de incidencia colectiva, pese a que su objeto sea divisible. La indivisibilidad no es una nota definitoria de la aludida categoría constitucional, por lo que reservar tal denominación sólo para los derechos tradicionalmente llamados "difusos", importa debilitar notablemente la noción de marras.

La observación -vale remarcarlo- no se agota en una opción terminológica, sino que tiene un impacto significativo en la definición del

---

en el seno del citado Instituto, con intervención de destacados docentes de esa Casa de Estudios, entre ellos, Roberto O. BRIZONCE, Eduardo OTEIZA, Pablo GRILLO CIOCCHINI, Patricia BERMEJO, Paula BUFFARINI, Francisco VERBIC, Juan C. COPANI y Carlota UCÍN. Finalmente fue presentado y reimpulsado sucesivamente como proyecto de ley ante ambas cámaras del Congreso de la Nación.

El documento se encuentra publicado en *LL – Actualidad*, del 26-12-2006. Para un comentario del mismo, véase VERBIC, Francisco, "El proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente nº 25.675. En búsqueda de un sistema procesal colectivo para la reparación del daño ambiental en la República Argentina", en *Revista de Processo,* nº 157, Ed. Revista dos Tribunais, Brasil; GIANNINI, Leandro J., "Los procesos colectivos en la Ley General Ambiental. Propuestas de reforma", en VVAA (Coord.: Berizonce, Roberto O.), *Aportes para una justicia más transparente*, La Plata, Platense, 2009, pp. 105-169.

[28] Por desbordar el cometido específico de este trabajo, consiéntase nuevamente la remisión a lo expresado en GIANNINI, Leandro J., "La representatividad adecuada en los procesos colectivos", ya citado (íd., "Legitimación en las acciones de clase", *LL* 2006-E-916).

La fuente de la previsión original del Anteproyecto es idéntica a la referida en la nota al pie anterior.

ámbito constitucional de tutela colectiva. Es que la definición de aquello que corresponde considerar “derechos de incidencia colectiva” determina los alcances de la garantía constitucional de protección colectiva de derechos. Es decir, que una reglamentación restrictiva de dicha noción, contenida en una ley de la importancia del Código Civil y Comercial, podría generar la idea de que en nuestro ordenamiento sólo pueden remediarse grupalmente lesiones de alcances indivisibles, salvo que el legislador amplíe los alcances de ese “piso” supralegal, permitiendo -por ejemplo- la defensa de derechos individuales homogéneos.

La lógica de la que proponemos partir es inversa. Si se entiende, como ha sido postulado previamente, que la categoría constitucional de los “derechos de incidencia colectiva” incluye expresamente a las hipótesis de lesión pluri-individual divisible y de origen común (derechos individuales homogéneos), el legislador no podría sino reconocer que esa forma de enjuiciamiento está amparada por la legitimación extraordinaria contemplada en el art. 43, 2° parte, de la Const. Nac. Por lo que, respecto de los derechos individuales homogéneos, sólo correspondería al parlamento organizar el mecanismo de debate, reglamentando los interesantes matices que requieren dilucidación en este campo. Lo que no podría hacer es tomar la decisión liminar de no prever un sistema de enjuiciamiento grupal para este tipo de conflictos.

En síntesis, la propuesta de identificar a los derechos individuales homogéneos como una categoría de derechos autónoma de los de “derechos de incidencia colectiva” merece ser objetada, por más que el proyectista haya correctamente contemplado la posibilidad de tutelar colectivamente a ambos tipos de prerrogativas.

2) La versión corregida por el Poder Ejecutivo, aprobada por el Congreso. El nuevo Código Civil y Comercial unificado.

Lógicamente, el problema subsiste si, como ha ocurrido sobrevinientemente en el anteproyecto de referencia, se decidiera directamente suprimir la categoría de los derechos individuales homogéneos del elenco del art. 14 y remover los arts. 1746 y siguientes del cuerpo *sub*

examine, que se referían –como vimos- a importantes institutos concernientes a la tutela colectiva de derechos.

En lo que aquí interesa, la última versión del art. 14 está contenida en el Proyecto de Ley finalmente presentado por el Poder Ejecutivo y aprobado por el Congreso, que reza:

"Art. 14. Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva"

Como puede advertirse, el Poder Ejecutivo ha simplificado el elenco desde dos puntos de vista: en primer lugar, removiendo la categoría de los derechos a los que el texto original denominaba "derechos individuales enjuiciables colectivamente" (o individuales homogéneos); en segundo término, suprimiendo cualquier parámetro que permita definir qué debe entenderse por "derechos de incidencia colectiva".

En cierto sentido, la modificación atenúa el problema referido en la última parte del acápite anterior. Es decir, que se remueve el criticable antecedente que dejaba la versión original, uniformando la categoría de los "derechos incidencia colectiva". Sin embargo, a partir de esta versión corregida de la iniciativa, subsiste la incertidumbre en torno a la inclusión o no de los derechos individuales homogéneos patrimoniales, dentro del género aludido, debate que –como vimos- ni el fallo "Halabi" parece haber terminado de dirimir.

En los fundamentos del mensaje de elevación del Proyecto, presentado el 6 de junio de 2012, el Poder Ejecutivo parece indicar que los derechos individuales homogéneos han quedado comprendidos entre las variantes de intereses tutelados en el nuevo código. Así se lo señala en el párrafo 41 de dicha exposición de motivos:

"En materia de responsabilidad civil, *el Proyecto resulta innovador al articular los diferentes tipos de derechos*: aquéllos que recaen sobre la persona, el patrimonio, como derechos individuales, los *derechos individuales homogéneos* y los derechos de incidencia colectiva, con las funciones preventiva, punitiva y resarcitoria" (Exposición de Motivos del Proyecto de Código enviado por el Poder Ejecutivo, párrafo 41 -énfasis agregado-).

Dos lecturas pueden darse a esta parcela de la fundamentación con la que el Poder Ejecutivo acompañó la iniciativa ante el Senado de la Nación:

- O el proyectista ha entendido que los derechos individuales homogéneos integran la categoría de los derechos de incidencia colectiva (única variante incluida –como vimos- en el art. 14 del Proyecto, en contraposición de los clásicos derechos civiles y comerciales individuales);
- O, se ha incurrido en un error en los fundamentos del mensaje de elevación, al mantener dicha referencia a la incorporación "innovadora" de los derechos individuales homogéneos, sin advertir que la categoría contenida en el art. 14, inc. b) del Anteproyecto original, ha sido removida en el Código Civil y Comercial finalmente aprobado.

La primera lectura podría basarse en la conocida regla hermenéutica según la cual no cabe presumir la desidia del legislador. En tal caso, si ése ha sido el entendimiento del Poder Ejecutivo y del Congreso de la Nación, coincidimos plenamente con la definición adoptada. Ello así, dado que, como fuera reiteradamente expresado en estas líneas, los derechos individuales homogéneos forman parte de la categoría de situaciones contempladas en el art. 43, 2° párrafo, de la Constitución Nacional. Por lo que cuando el art. 14 del nuevo Código se refiere a los "derechos de incidencia colectiva", debe considerarse que incluye a las hipótesis de lesión plural, de origen común y de naturaleza divisible (derechos individuales homogéneos).

La segunda lectura posible (que se apoya en un posible defecto técnico del mensaje de elevación del proyecto), encuentra respaldo en la decisión del Poder Ejecutivo de remover los arts. 1746 y siguientes del Anteproyecto original de la Comisión (LORENZETTI – HIGHTON DE NOLASCO – KEMELMAJER DE CARLUCCI). En dichos artículos, como vimos, la iniciativa prístina regulaba con buena técnica algunos aspectos de la acción de resarcimiento grupal de los daños a los derechos individuales homogéneos. Por lo que el intérprete podría válidamente preguntarse: ¿por qué el Poder Ejecutivo removería el art. 1746 del Anteproyecto original, si su intención era mantener la categoría de los derechos individuales homogéneos como objeto de tutela colectiva?

Para evitar estas vacilaciones, haría bien el legislador en tomar cartas en el asunto y remediar el dilema hermenéutico, de tan relevantes consecuencias para el futuro de la tutela de los derechos de incidencia colectiva. La mejor forma de hacerlo, a nuestro juicio, sería mantener el art. 14 del Código tal como está, pero reinstalando los arts. 1746 y 1747 del texto original del Anteproyecto (removidos por el Poder Ejecutivo y por el Congreso), que se refirieran a las condiciones de admisibilidad de la tutela colectiva de derechos individuales homogéneos.

Ello importaría volver en buena medida a la técnica del anteproyecto inicial de la Comisión, aunque con una diferencia fundamental: tanto los derechos transindividuales de objeto indivisible ("difusos"), como los "derechos individuales homogéneos", quedarían incluidos dentro del género de los "derechos de incidencia colectiva".

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1) Es imperioso avanzar en una reforma integral de la justicia civil en la Argentina, haciendo foco fundamental en la implementación efectiva de la garantía del debido proceso en su fisonomía actual. Tal cometido no puede descuidar elementos como: a) la remoción de los obstáculos materiales que impiden el ejercicio efectivo del derecho de acceder a la justicia; b) la modernización eficiencia e implementación de instrumentos de gestión; c) la mejora en la calidad del debate (con implementación definitiva de la oralidad para los procesos de conocimiento), la modificación del despacho judicial y de la estructura de los juzgados y la transparencia de los procesos jurisdiccionales; d) el diseño de mecanismos adecuados para asegurar la eficacia de las decisiones judiciales que provisoria o definitivamente se dictan en el curso del proceso.

2) Sea como parte de dicha mutación integral o como línea de reforma autónoma, deben contemplarse pronta pero no precipitadamente mecanismos idóneos para abordar la litigiosidad plural que se desata en toda sociedad moderna frente a conflictos de escala masiva.

3) Dichos dispositivos procesales incluyen modelos "representativos" (como los procesos colectivos propiamente dichos) y "no representativos" (como los modelos basados en la resolución de "casos

testigo", los incidentes de demandas o recursos repetitivos o la ampliación de las potestades judiciales respecto de los efectos de la acumulación de procesos individuales).

4) En lo referido a los procesos colectivos la *legislación* argentina sigue manteniendo una *tendencia fragmentaria* en la materia, que se exhibe especialmente: i) al avanzar, sin vocación de sistema, sobre la reglamentación de algunas de sus instituciones; ii) al continuar sancionando normas relativas al trámite de este tipo de conflictos en cuerpos normativos aislados por materia, desconociendo la regla de buena técnica legislativa que impone simplificar, en la medida de las posibilidades, los instrumentos de tutela, cuando no existen razones de peso que justifiquen un trato dispar entre controversias que comparten cualidades análogas.

5) Uno de los principales aspectos a resolver en una reforma integral del sistema de justicia colectiva, es la previsión y precisión de los requisitos de admisibilidad de las pretensiones colectivas.

6) En líneas generales, para que un conflicto sea susceptible de enjuiciamiento colectivo, debe bastar con que existan: a) una lesión jurídica que afecte a una pluralidad relevante de personas, haciendo imposible o gravemente dificultoso constituir entre ellas un litisconsorcio (o acumular la totalidad de los reclamos individuales iniciados o a iniciarse por el mismo tema); b) cuestiones comunes de hecho o de derecho que permitan concentrar el debate colectivo en tales cuestiones homogéneas; c) en el caso de los derechos individuales homogéneos, tales cuestiones comunes deben predominar frente a los aspectos individuales de la lesión padecida por cada particular, transformando así a la solución colectiva en un instrumento más adecuado y eficiente para resolver la contienda, que las clásicas soluciones procesales utilizadas para tramitar procesos con partes múltiples (vg., litisconsorcio, acumulación de acciones, intervención de terceros); d) la legitimación y representatividad adecuada de quien actúa en juicio en defensa de los intereses del grupo o clase; e) desde una perspectiva formal, la identificación concreta del grupo y la previsión de mecanismos de *publicidad* y '*opt out*' (derecho de autoexclusión de quienes no deseen quedar comprendidos en el reclamo grupal, siempre que ello sea posible).

7) Una sistematización adecuada de recaudos de admisibilidad de los procesos colectivos debe tender en general a asegurar: a) *la concentración del debate en las cuestiones comunes a todo el grupo* (o a los subgrupos en los que aquél se divida para una administración más eficiente de la contienda); y 2) la preservación de la *garantía del debido proceso de los miembros del grupo ausente.*

8) En líneas generales, la identificación de los recaudos de procedencia de los procesos colectivos identificados por la jurisprudencia de nuestros superiores tribunales (como ocurre con la CSN a partir del caso "Halabi" y con la SCBA a partir del fallo "López"), es compatible con los presupuestos referidos, aunque deberían ser mejor sistematizados. Dicha mejora de los estos estándares referidos deberá implementarse cuando se logre finalmente la recepción legal de este proceso especial.

9) El recaudo pergeñado en el caso "Halabi", que no encuentra una explicación aceptable en nuestro medio, es el que impone al legitimado grupal la demostración de que *el ejercicio individual de la acción "no aparezca plenamente justificado", lesionando así el acceso a la justicia, o que –en defecto de lo anterior- exista un "fuerte interés estatal" en la protección de los derechos en juego, por tratarse de grupos tradicionalmente postergados*. Dicha exigencia debería ser revisada por la jurisprudencia y no debería ser incluida en futuras iniciativas parlamentarias sobre el punto.

10) El Código Civil y Comercial unificado (2014), perdió la oportunidad de incorporar previsiones fundamentales en esta materia, que habrían clarificado aspectos significativos de la tutela de los derechos de incidencia colectiva y que resultaban necesarios para dotar de eficacia al tipo de derechos materiales reconocidos en los arts. 14, inc. b) y ccs. de dicho cuerpo normativo. Si bien el Anteproyecto de la Comisión Redactora de la reforma había incorporado normas acertadas en este campo, el Poder Ejecutivo las suprimió al elevar el proyecto ante el Congreso Nacional. La supresión se basó en motivos discutibles, que no parecen conciliarse con la fisonomía del resto del articulado finalmente aprobado.