

Derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de derechos, en el Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina



FRANCISCO VERBIC

Abogado por la Universidad Nacional de La Plata (Argentina).
Especialista en Derecho Civil por la Universidad Nacional de La Plata y Derecho Procesal Profundizado por la Universidad Notarial Argentina.
Máster en Estudios de Derecho Internacional (LL.M.) por New York University.
Coordinador Ejecutivo de la Maestría en Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.
Secretario General de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y miembro de su Comisión de Jóvenes.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Los derechos de incidencia colectiva (la proyección de la doctrina "Halabi" en el derecho positivo).
- III. Las comunidades de pueblos originarios.
- IV. Los derechos de incidencia colectiva como verdaderos límites a los derechos individuales.
- V. Sanción pecuniaria disuasiva.
- VI. La acción de cesación de publicidad ilícita.
- VII. Las previsiones procesales más relevantes. Su eliminación.
- VIII. Algunas reflexiones a modo de conclusión.



* Este artículo ha sido publicado en la en la Revista Erreius, Argentina, marzo de 2014.

I. INTRODUCCIÓN

En la República Argentina, por medio del Decreto 191/2011, el Poder Ejecutivo Nacional designó una Comisión especial para redactar un Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Este Anteproyecto fue concluido y oportunamente elevado por la Comisión al Poder Ejecutivo. Entre sus previsiones se cuentan algunas cuestiones de relevancia en materia de tutela procesal colectiva de derechos. Y también se contaban otras que, como veremos, han sido eliminadas de la versión original y no forman parte del Proyecto enviado al Congreso de la Nación. Este trabajo se ocupa de presentar brevemente tales previsiones.

II. LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA (LA PROYECCIÓN DE LA DOCTRINA "HALABI" EN EL DERECHO POSITIVO)

Según se desprende de los fundamentos del Anteproyecto, el mismo buscaba mantener la clasificación existente en materia de derechos reales por entender que era algo tradicional, consolidado "y que se basa en derechos individuales de las personas sobre bienes (susceptibles de valoración económica)". Al mismo tiempo, la iniciativa perseguía contemplar "otros aspectos que ya están en la práctica social y en el sistema jurídico". En lo que a nosotros interesa para este trabajo, tenemos que entre tales aspectos se cuenta el reconocimiento de los "derechos de incidencia colectiva".

Sobre este punto, encontramos que el artículo 14 del Anteproyecto reconocía (junto a los derechos individuales del inciso "a") la existencia de derechos individuales homogéneos y de derechos colectivos propiamente dichos. En los fundamentos de la iniciativa los miembros de la Comisión redactora explican que los "derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos se refiere a aquéllos que son indivisibles y de uso común, sobre los cuales no hay derechos subjetivos en sentido estricto. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno".

Junto a ellos también se encuentran los "derechos individuales homogéneos". En estos supuestos, explica la Comisión, "una causa común afecta a una pluralidad de derechos y por lo tanto se permite un reclamo colectivo. Se diferencian de los primeros (derechos subjetivos individuales) en cuanto a que se permiten procesos colectivos, como lo proponemos en materia de responsabilidad. Se distinguen de los segundos (derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos) porque son derechos subjetivos individuales y no indivisibles, como el ambiente".

¿Qué decía el articulado sobre estas dos especies de derechos de incidencia colectiva? Respecto de los primeros, el Anteproyecto establecía en su artículo 14, inciso b, que se trata de aquellos "derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1".

En cuanto a los segundos, se refería a ellos como "derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común" (inciso "c") y establecía 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".

Recordemos que en "Halabi", la Corte Suprema de la Justicia de la Nación (CSJN) había reconocido la existencia de estos "tipos" de situaciones subjetivas al pronunciarse sobre "la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida" (Considerando 8 de dicha decisión)¹.

En dicha oportunidad, identificó tres categorías, a saber: (i) individuales; (ii) derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y (iii) derechos de incidencia colectiva

1. Halabi, Ernesto c/ PEN-Ley 25.873, Dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986 CSJN. Sentencia del 24/02/2009. Fallos 332:111.

referentes a intereses individuales homogéneos (Considerando 9). Según el tribunal, los últimos dos tipos encuadran en la noción de "derechos de incidencia colectiva" receptada por el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Luego de las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo, el artículo 14 del Proyecto enviado al Congreso de la Nación sólo contempla dos incisos que se refieren a: (i) derechos individuales (inciso a); y (ii) derechos de incidencia colectiva (inciso b). Este tema continuará, entonces, sujeto a los avatares de la jurisprudencia y lejos de ser cristalizado en el texto del nuevo Código.

III. LAS COMUNIDADES DE PUEBLOS ORIGINARIOS

El artículo 18 del Proyecto establece lo siguiente:

"Las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto, Título V, de este Código. También tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva."

No está del todo claro a qué se refiere la atribución del carácter de "derecho de incidencia colectiva" que se acuerda al "derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales". De todas maneras, no deja de ser una aplicación expresa del concepto de derechos de incidencia colectiva a un ámbito donde su vigencia es reconocida desde hace varios años por jurisprudencia de la CSJN.

Una aplicación que cabe celebrar en tanto pretende fortalecer la posición de ciertos sectores de la sociedad cuyos derechos han sido, hasta épocas muy recientes al menos, histórica y sistemáticamente vulnerados.

IV. LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA COMO VERDADEROS LÍMITES A LOS DERECHOS INDIVIDUALES

Según lo dispone el artículo 240 del Proyecto, el ejercicio de los derechos individuales debe ser "compatible" con los derechos de incidencia colectiva:

"El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar gravemente el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial."

Según se desprende de los fundamentos de la iniciativa, lo regulado en este artículo configura una noción de "abuso del derecho individual respecto del derecho de incidencia colectiva". En cuanto a su ubicación en el Capítulo referido a los bienes, ello obedece a la finalidad de "facilitar su comprensión, porque es novedosa en el sistema argentino". En lo que hace a su alcance, la Comisión redactora señala que "se trata de que los derechos subjetivos tengan límites respecto de los bienes colectivos, como ocurre con el desarrollo o consumo sustentable o la función ambiental de los derechos".

Vale mencionar que este artículo también fue modificado por el Poder Ejecutivo, quien eliminó algunas previsiones trascendentes en términos de acceso a la información pública que estaban allí contenidas. Esto no es menor si recordamos que, a pesar de diversas iniciativas en tal sentido, nuestro país no cuenta aún con una ley de acceso a la información pública².

2. Hay una campaña vigente para obtener el dictado de una ley al respecto, la cual fue convocada por diversas organizaciones de la sociedad civil. Ver: <<http://www.saberesunderecho.org/>>.

En efecto, el texto original de este artículo establecía también que:

"Los sujetos mencionados en el artículo 14 tienen derecho a que se les suministre información necesaria y a participar en la discusión sobre decisiones relevantes conforme con lo dispuesto en la legislación especial. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable." (El artículo 14 se refería en su versión original -también modificada según vimos- al afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y "otros sujetos que dispongan leyes especiales")

V. SANCIÓN PECUNIARIA DISUASIVA

En sintonía con la reforma operada sobre la Ley de Defensa del Consumidor en el año 2008 por medio de la Ley 26.361, el Proyecto regula en su artículo 1714 una "sanción pecuniaria disuasiva".

En tal sentido, acuerda al juez la potestad de aplicar, a petición de parte, una sanción pecuniaria a quien actúe "con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva". Pueden peticionar tal medida cualquiera de los legitimados para defender este tipo de derechos. Según se desprende de los fundamentos presentados por la Comisión, "un sujeto puede iniciar un pleito reclamando el resarcimiento de daños individuales (cobrará una indemnización

que ingresará a su patrimonio) y pedir la aplicación de la sanción (que no irá a su patrimonio), o sólo esto último".

El monto de la sanción se fija "prudencialmente tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener con su conducta, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas en su contra". En los fundamentos se explica que, a diferencia de la regla general que impone resarcir el daño "por equivalencia o por satisfacción", en el caso de la sanción regulada por este artículo "no hay prueba directa para la cuantificación y por ello se alude a la fijación prudencial".

En cuanto al destino de los fondos obtenidos por su aplicación, la propia norma prevé que será aquel "que le asigne el juez por resolución fundada". Es interesante subrayar que la Comisión evaluó otras alternativas para definir este punto, sobre el cual hubo muchos debates según se desprende de los fundamentos del Anteproyecto. Entre tales opciones alternativas, además de la escogida, se cuentan "a) darle el dinero a la víctima; b) distribuirlo parcialmente entre la víctima y un destino distinto; c) darle un destino colectivo"³.

Este artículo también fue modificado por el Poder Ejecutivo ya que en su versión original remitía a "los derechos de incidencia colectiva

3. Encontramos en los fundamentos las razones por las cuales la Comisión se inclinó por la opción de dejar librado a la prudencia del juez el destino de los fondos obtenidos con motivo de la aplicación de esta sanción disuasiva:

"La Comisión, finalmente, optó por el último supuesto por las siguientes razones:

4.4.1. Dogmática. Desde el punto de vista dogmático, si la sanción se aplica sólo a los derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y no dan lugar a derechos subjetivos, no es admisible que el peticionante cobre. No tiene un derecho subjetivo; actúa como un legitimado extraordinario. Por esta razón es que el dinero va a un patrimonio de afectación. El juez puede darle un destino mediante resolución fundada, pero ese destino es siempre en defensa del bien colectivo, ya que no podría, fundadamente, dársele a quien no tiene un derecho subjetivo. Los diferentes destinos tienen relación con la experiencia de otros países, como Brasil, en los que, mediante otros institutos, se ha logrado mejorar bienes públicos: creación de fundaciones, campañas de educación, patrimonios de afectación para la promoción de un bien afectado, etcétera.

4.4.2. Litigiosidad: Uno de los argumentos para darle la indemnización a la víctima es que constituye un incentivo para hacer juicios con el objeto de defender derechos individuales o colectivos. En nuestro país tenemos un buen

mencionados en el artículo 14, inciso c)". Esto es, sólo a los derechos colectivos que recaen sobre bienes indivisibles (por lo cual podía interpretarse que esta sanción no era aplicable en aquellos casos que versan sobre derechos individuales homogéneos). En su redacción actual, la sanción podría aplicar a cualquiera de las especies de derechos de incidencia colectiva que la CSJN reconoció en "Halabi".

VI. LA ACCIÓN DE CESACIÓN DE PUBLICIDAD ILÍCITA

Otra previsión interesante en materia de derechos de incidencia colectiva es la contenida en el artículo 1102, donde se prevé la posibilidad de que los consumidores afectados "o quienes resulten legalmente legitimados" puedan petitionar al juez la cesación de la publicidad ilícita, la publicación de anuncios rectificatorios a cargo del demandado y, en su caso, de la sentencia condenatoria dictada en el proceso⁴.

Cuando se refiere a "quienes resulten legalmente legitimados", el Proyecto no especifica si se refiere a legitimados individuales o colectivos. Sin embargo, cabe presumir que la norma refiere especialmente a estos últimos si tenemos

en cuenta que la publicidad engañosa o ilícita es un ejemplo paradigmático de derechos de incidencia colectiva con objeto indivisible.

VII. LAS PREVISIONES PROCESALES MÁS RELEVANTES. SU ELIMINACIÓN

La versión original del Anteproyecto contenía distintas previsiones procesales de importancia en materia de tutela colectiva de derechos. Previsiones sobre temas que exigen una regulación específica y aun no cuentan con ella. Previsiones que, a pesar de esto, fueron eliminadas.

Lo más interesante en este aspecto se encontraba regulado en los artículos 1745 a 1748 del Anteproyecto en su versión original. En primer lugar se contemplaban allí ciertos principios en materia de daños colectivos e individuales homogéneos y se regulaban los sujetos legitimados para proceder a su reclamo. Con relación a este último punto se partía del artículo 43 de la Constitución Nacional como piso y se procedía a la incorporación de diversos sujetos no contemplados allí⁵.

En segundo lugar, esta Sección 5ta del Capítulo Primero, Título V del Anteproyecto, receptaba

sistema que ha logrado altos niveles de litigiosidad a través de reformas procesales de acceso a justicia. Hoy existen juicios sobre todos los grandes temas colectivos en todo el país y podemos exhibir un nivel considerable de litigiosidad ambiental, derechos económico/sociales y consumidores. Eso se ha logrado porque no se paga tasa de justicia, hay una amplia legitimación (afectado, asociaciones, defensores, fiscales, etcétera), y acciones colectivas a nivel nacional y provincial. Es decir, no se advierte que la sanción pecuniaria pueda incidir mucho en incrementar la litigiosidad o el acceso a justicia. Darle una parte del dinero a la víctima no es una solución que incida en la litigiosidad, o por lo menos, las pruebas empíricas demuestran lo contrario. En los sistemas en los que eso sucede, como en Estados Unidos de América, es absolutamente distinto: la víctima paga grandes costos, asume riesgos, y el tema es tratado por los grandes estudios que hacen las inversiones; en Argentina no tenemos ese sistema y tampoco hay quienes propongan adoptarlo⁶.

4. Artículo 1102.- Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.
5. Artículo 1745.- Daño a los derechos de incidencia colectiva. Cuando existe lesión a un derecho de incidencia colectiva y la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada. Están legitimados para accionar: a) el afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante; b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional; d) el Estado nacional, los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los Estados municipales; e) el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa.

también el requisito de la representatividad adecuada como un presupuesto de admisibilidad de la acción tendiente a obtener la reparación del daño. Y lo regulaba con estándares bien pensados para su interpretación y administración por parte de los tribunales⁶.

Finalmente, la versión original del Anteproyecto regulaba el alcance de la cosa juzgada en el marco de los procesos colectivos y traía interesantes previsiones relativas a la ejecución de sentencias allí recaídas. En materia de cosa juzgada, la iniciativa seguía en gran medida los lineamientos del modelo brasileño al establecer un sistema de cosa juzgada *secundum eventum litis* (esto es: que sólo puede favorecer los intereses individuales de los miembros del grupo afectado, pero nunca perjudicarlos)⁷.

VIII. ALGUNAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

La iniciativa propuesta por el Poder Ejecutivo Nacional configura una oportunidad y un contexto más que interesante para evaluar la posibilidad de incorporar previsiones procesales

que garanticen reglas claras de debate en –al menos– ciertos aspectos medulares que hacen a la tutela colectiva de derechos. Entre ellos, la legitimación activa y el requisito de la representatividad adecuada, por un lado, y el alcance de la cosa juzgada, por otro.

A pesar de que las tres cuestiones mencionadas se encontraban contempladas en el texto original del Anteproyecto, toda referencia a ellas fue eliminada por el Poder Ejecutivo Nacional y, por tanto, no forman parte del Proyecto enviado al Congreso de la Nación.

Igualmente interesante era la recepción legislativa y definición expresa de ciertas categorías de derechos colectivos en el artículo 14 del texto original del Anteproyecto. Más allá de las críticas que pueden esgrimirse sobre la conveniencia y utilidad de proceder en tal sentido⁸, lo cierto es que en la experiencia brasileña, una definición del género –incluida en el Código de Defensa del Consumidor– fue el puntapié inicial (y fundamental) para avanzar en el desarrollo de un sistema procesal adecuado orientado a su defensa.

6. Artículo 1746.- Daño a derechos individuales homogéneos. Hay daños a derechos individuales homogéneos cuando media una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o provenientes de una causa común, fáctica o jurídica. Pueden demandar la reparación de esta clase de daños: a) el afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio; b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.

Artículo 1747.- Presupuestos de admisibilidad. Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se reclama el resarcimiento de daños a derechos de incidencia colectiva o individuales homogéneos, se debe exigir que el legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos. Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta: a) la experiencia, antecedentes y solvencia económica del legitimado para la protección de este tipo de intereses; b) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda. 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.

7. Artículo 1748.- Alcances de la sentencia. Cosa juzgada. En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto erga omnes, excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado.

8. VERBIC, Francisco. "Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación". L.L. 2010-A-769.

Sucede que la recepción de estas categorías hubiera clarificado en gran medida qué modelo de tutela colectiva debe tener presente el legislador argentino a la hora de sancionar una regulación procesal adecuada para enfrentar y resolver eficientemente conflictos colectivos. Modelo que hasta ahora, sobre todo después del fallo "Halabi" y sus profundas referencias al sistema estadounidense, no está del todo claro.

El problema es que tal recepción positiva de

derechos colectivos también fue eliminada del texto presentado por la Comisión redactora.

Si bien en la página oficial de la iniciativa se detallan todas las modificaciones efectuadas por el Poder Ejecutivo Nacional a la versión original del Anteproyecto, no surge ninguna explicación ni argumento de por qué se procedió en tal sentido⁹. Más allá de eso, lo cierto es que con tal eliminación se pierde una nueva (y buena) oportunidad para avanzar en la materia.

9. Consulta en: <<http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-de-los-cambios-introducidos-por-el-PEN.pdf>>.