



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES LA PLATA
POSGRADO EN DERECHO CIVIL

Trabajo Final Integrador para obtener el título
Especialista en Derecho Civil

LA REPRESENTACIÓN ADECUADA DE LAS ASOCIACIONES CIVILES (O.N.G.)
PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS E INDIVIDUALES
HOMOGÉNEOS

Abog. Natalia Andrea PEREA DEULOFEU

Director: Rubén Héctor Compagnucci de Caso

Jurado: Natalia Barriviera, Adolfo Gabino Ziulu y Patricio Mc Inerny.

La Plata – Argentina

Septiembre 2023

TESINA PARA LA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO CIVIL.

TÍTULO.

LA REPRESENTACIÓN ADECUADA DE LAS ASOCIACIONES CIVILES (O.N.G.) PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS E INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS.

FUNDAMENTOS.

La figura de la representación para tutelar los intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos nace ante la necesidad actual de brindar una protección jurídica a los mismos de una manera colectiva, es decir, con efectos expansivos de la cosa juzgada y/o de la resolución recaída ante un reclamo de tipo administrativo; teniendo así una tutela efectiva, evitando reclamos individuales y dispares.

Resulta así que estaríamos ante un tipo de *representación sui generis*, la cual, si bien tiene base legal, por estar contemplada normativamente a través de la Constitución Nacional en su art. 43 2º párr. al referirse al afectado, defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización, y sólo para el supuesto de acción de amparo; es necesario además determinar si efectivamente el *representante* del grupo, al que aduce representar, se encuentra legitimado por el mismo para hacerlo.

De esta manera, el operador jurídico deberá en primer lugar circunscribir el grupo, es decir, determinarlo; verificar cuál es el interés colectivo o grupal que se intente hacer valer; y por último, evaluar la existencia de la representación adecuada de quien va a llevar adelante la defensa de los intereses del grupo, constatando que la misma se mantenga a lo largo del proceso, tanto en instancia administrativa como judicial.

En razón de la temática que concierne al presente trabajo, me voy a detener en el término de “representación adecuada” en donde sea una asociación civil como organización no gubernamental la que propenda a la defensa o protección de este tipo de derechos, dado que es el punta pie inicial para la existencia posible de este tipo de causas.

- **SOBRE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA.**

Es menester aclarar, para el desarrollo del trabajo, que el actual Código Civil y Comercial, es un código de los derechos individuales y colectivos. Así, en el Título Preliminar, el art. 14 dispone que se reconocen los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva, y que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando afecta el ambiente o derechos de incidencia colectiva en general.

Sin embargo, el Anteproyecto 2012 proponía una protección mucho más completa de los derechos de incidencia colectiva, que fue modificada por el PEN. En este contexto, el nuevo CCiv.yCom. plantea diversos desafíos pendientes en materia de protección de los derechos de incidencia colectiva, en general, y resarcimiento de daños de incidencia colectiva, en particular. Entre otros, la interpretación del concepto de derechos de incidencia colectiva en el marco del CCiv.yCom. y la necesidad de diseñar procesos colectivos adecuados para garantizar su protección y el resarcimiento de los daños de incidencia colectiva. Ello, en cuanto el Anteproyecto 2012 distinguía entre derechos individuales, derechos individuales homogéneos y derechos de incidencia colectiva indivisibles y de uso común, pero el texto aprobado sólo alude a derechos individuales y derechos de incidencia colectiva, sin caracterizar a estos últimos como "indivisibles y de uso común". Una interpretación amplia del concepto de derechos de incidencia colectiva permite concluir que el marco normativo del nuevo CCiv.yCom. es suficiente para una protección adecuada de estos derechos, sin necesidad de ninguna reforma legislativa para lograr dicho objetivo. En las líneas que siguen me dedicaré a analizar cómo encauzar ambos desafíos en el marco de una interpretación armónica de las normas del CCiv.yCom.

Luego, dado que el texto del nuevo CCiv.yCom. refiere a derechos de incidencia colectiva sin ninguna definición al respecto, el debate en torno al alcance conceptual de esta noción persiste. Así, aquellos quienes defienden la postura restringida, consideran excluidos del nuevo CCiv.yCom. a los llamados derechos individuales homogéneos. Esto reaviva el debate sobre este concepto. Y su delimitación teórica se encuentra estrictamente vinculada a problemas concretos —relacionados también con la supresión de la sección 5ª del Capítulo I, Título V, Libro III del Anteproyecto 2012— tales como la admisión o no del proceso colectivo para casos en los cuales existen pretensiones patrimoniales diferenciadas entre el grupo de afectados, por un lado; y por otro, de un modo más general, cómo deberían diseñarse los procesos colectivos.

- **SOBRE EL OBJETO DE ACCIÓN.**

Liminarmente, es menester aclarar que le son plenamente aplicables, al marco de acción de las asociaciones civiles, en ejercicio de la representación colectiva, todas las normas contempladas en el título IV sobre los Hechos y Actos Jurídicos contenidas en el nuevo Código Civil y Comercial, resultando subjetivamente responsable tanto de su accionar lícito como ilícito si lo hubiera, y obliga colectivamente por todo aquel o aquellos acontecimiento/s que produzca/n el nacimiento, la modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas, en los términos del art. 257 del CCCN .¹

Asimismo tanto el simple acto lícito, conocido también como “acto jurídico no negociable” (art. 258 CCCN) y el acto jurídico (art. 259 CCCN) con causa verdadera fundada en el ordenamiento jurídico y cuyo objeto no debe ser prohibido por la ley, ni tratarse de hechos imposibles, contrario a la moral, las buenas costumbres o al orden público ni lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana (art. 279 CCCN) que en definitiva hacen a su posibilidad e ilicitud, sin que le sea aplicable, obviamente, los llamados actos involuntarios (art. 261 CCCN) destinados sólo para las personas físicas; todos forman parte del marco de acción en las pretensiones que promuevan este tipo de asociaciones con objetos de carácter colectivo.

Por su parte, también debemos recordar que en este marco de acción serán de aplicación las normas contenidas en el nuevo código civil y comercial referentes a los vicios de la voluntad que conciernen al error, dolo y violencia que causan la nulidad del acto jurídico; dado que nada es óbice para su pleno tratamiento cuando del obrar de las asociaciones civiles al amparo del ejercicio de la representación colectiva se trate.

Por tal motivo, y en palabras de Compagnucci de Caso, el “error vicio” se trata de aquel que incide en la formación de la voluntad del sujeto y que debe ser esencial, pero para anular el acto es necesario que el actor demuestre que el destinatario de la voluntad reconoció o debió haber reconocido la existencia del error, circunstancia contemplada como “reconocibilidad” del destinatario, exigido para los actos bilaterales recepticios.²

Así también en lo atinente al dolo como vicio de la voluntad que ocasiona la nulidad del acto, es menester destacar que el mismo debe ser esencial es decir grave y determinante para la celebración del acto, y que incluye el dolo por omisión (art. 271 CCCN), inclusive tanto causado por alguna de las partes como por un tercero.

¹ COMPAGNUCCI DE CASO Rubén, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, 1ra edición, dirección Bueros Alberto J., editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pág. 245.

² COMPAGNUCCI DE CASO Rubén, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, 1ra edición, dirección Bueros Alberto J., editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pág. 248.

Por último, el código actual se refiere en su art. 276 a la violencia tanto física como moral, que sean de entidad tal, según la situación del amenazado o víctima y demás circunstancias que rodearon al acto, para generar el temor de sufrir un mal inminente y grave y que ello condicione la necesidad de celebrar el acto viciado por la fuerza. También en esta variante, el autor de las fuerzas y amenazas puede ser una de las partes o un tercero.

- **SOBRE LA “ADECUADA REPRESENTACIÓN”. INTROITO.**

En palabras de J. Hupka, la representación aparece únicamente como la faz externa de la relación jurídica mediante la cual surge aquella en concreto, sus efectos son referidos a la situación jurídica que en cada caso origina la obligación o el derecho para la gestión que constituya el lado interno, y, la extensión y la duración del poder de representación vienen a coincidir con el ámbito y la duración de la facultad interna de gestión. Y siguiendo estas líneas de ideas, Ihering ha afirmado que la coexistencia del mandato con la representación es algo puramente casual, habiendo mandatarios que no son representantes y, al contrario, representantes que no tienen mandato alguno, dando como ejemplos de esta última clase al tutor y al *negotiorum gestor*, que en el derecho positivo argentino se refiere a las normas sobre el gestor de negocios, el cual en su mayoría de la doctrina se entiende como un cuasicontrato.

Por lo tanto, y siguiendo a J. Hupka, en la llamada teoría de la representación, en sus distintas formulaciones, se reconoce que es el representante sólo quien concluye el negocio principal, y en consecuencia, el apoderamiento es considerado como un acto jurídico independiente, por fuera del negocio principal. Siendo ello así, el acto de apoderamiento puede ser perfectamente tácito, en donde la manifestación de la voluntad del representado puede darse por hechos en lugar de expresar la declaración de manera escrita. Por lo que, este tipo de acciones colectivas, es de inferir que el grupo o clase a la cual se representa en su nombre debe encontrarse debidamente informada, por distintos medios, a los fines que de alguna manera confirme la representación a su propio beneficio.

Se puede afirmar que “la representación adecuada” de este tipo de persona está indicando a aquellos legitimados, por el derecho positivo de un país, a fin de iniciar un juicio/reclamo/denuncia de naturaleza colectiva y en beneficio de todo el grupo que es el titular del derecho ya sea colectivo, difuso o individual homogéneo. Por tal razón, debe

desecharse, a los fines del presente trabajo, el término “representación” para el derecho procesal civil tradicional.³

Y, es así que, el “Representante”, debe ser considerado como lo indica Gidi, como el “portavoz” de los intereses del grupo; es decir, quien estará habilitado para promover, adecuada y eficazmente un proceso de índole colectivo.

La afirmación de que la representación colectiva es *sui generis* se debe a que, la representación en sí misma, implica un acto de apoderamiento o de mandato que legitime el actuar del representante, el cual emane de cada uno de los individuos que, colectivamente, integren el grupo, que podría ser, por ejemplo, toda una comunidad ante un supuesto de contaminación del ambiente, siendo, muy poco probable que exista, en el caso, un acto positivo o consentimiento del representado en este sentido; el cual, hasta podría ni estar enterado, siquiera, de la existencia de reclamo alguno a su favor.

En esta inteligencia, el representante del grupo actúa en nombre de otro que es el titular del derecho colectivo, difuso o individual homogéneo sin que éste, a través de cada uno de sus integrantes, lo haya autorizado, por lo menos, de manera expresa. Es por ello, que, como se referenció, el juzgador deberá ejercer su poder de contralor, en todo momento, como buen director del proceso, a los fines de constatar que la representación invocada sea eficaz, máxime por las consecuencias que los resultados puedan ocasionar.

Que, considerando las características peculiares de estos nuevos procesos colectivos, y el promotor de los mismos a través de su representante tanto extrajudicial y judicial; podríamos encauzar a este tipo de representación, a fin de caracterizar su naturaleza jurídica, en lo que sería la figura del “gestor de negocios” del derecho privado.

En este sentido lo ha desarrollado Giannini⁴, por lo que la figura del representante colectivo, en su actuación para intervenir en los procesos colectivos, se asemejaría a la del gestor de negocios ajenos.

Siguiendo esta línea de ideas, el legitimado para representar los intereses colectivos se disocia del concepto clásico de “representante” puesto que carece del acuerdo de voluntades y consentimiento para la actuación de intereses ajenos, sustituyendo así a otra/s persona/s,

³ GIDI Antonio, La Representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del código modelo en La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Editorial Porrúa, México 2003, pág.142.

⁴ GIANNINI Leandro J., *Los procesos colectivos en la Ley General Ambiental. Propuestas de Reforma en Régimen de la Administración Pública Provincia de Buenos Aires R.A.P.*, Ediciones RAP Año 7 nro. 83-84 (Feb/Mar. 2010), pág. 12.

que en este hilo de pensamientos, y como lo refiere Compagnucci de Caso, la representación encuentra sus propios límites en la noción de autonomía privada, toda vez que “la tutela del negocio reconoce justificación en la idea sencilla de que cada uno debe ser dueño de mandar en casa propia y regir sus propios asuntos como mejor lo considere.”⁵

Según el autor citado, el supuesto en cuestión, de “gestión de negocios y ratificación posterior” no resulta una verdadera y propia representación.

No obstante, consideramos que se trataría de una representación anómala sujeta a ciertos requisitos para su validez; y que es autónoma por ser de origen legal, contemplada expresamente en el art. 42 de la Constitución Nacional, por tanto no sería necesaria la ratificación posterior del dueño del negocio, por ejemplo.

Los antiguos romanos llamaron gestión de negocios *-negotiorum gestio-* al acto de administración de negocios ajenos, luego extendida a toda clase de defensa de intereses ajenos, sin haber recibido encargo de su titular, y en algunos casos, contra su voluntad.

Actualmente, el código civil y comercial de la Nación define al gestor de negocios en su art. 1781, en el siguiente término: *“Hay gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente”*.

Existe una variada jurisprudencia reinante relacionada con la aplicación de la figura del gestor de negocios en el anterior Código Civil de Vélez Sarsfield, y que se acompasa con la actual, así se ha sostenido: *“... tratándose la cuestión traída a revisión ante la Alzada de un pedido de rendición de cuenta, de un heredero (hijo del causante) hacía otro (cónyuge superviviente), quien en principio, dice el recurrente en su demanda, detenta una administración de hecho de los bienes del causante; estando determinados algunos de los bienes del sucesorio; de conformidad con lo dispuesto por los arts. 2323 y 2324 del Código Civil y Comercial de la Nación, cabe receptor la queja, teniendo en cuenta además que si un heredero realiza actos de administración de los bienes hereditarios, pese a no haber sido designado administrador ni tampoco haber recibido un mandato expreso de los otros herederos, la administración de hecho puede constituir la ejecución de un mandato tácito (arts. 1319, 1323 y 1334 del Código Civil y Comercial de la Nación) o una gestión de negocios (art. 1790 del Código citado)”* (CC0002 SM 71887 RSI- 22/2017 I 02/03/2017. Carátula: "Romano Rey, Marcelo Daniel c/ Ruiz, María Cristina s/ Incidente de Rendición de Cuentas". Magistrados Votantes: Sánchez Pons –

⁵ COMPAGNUCCI DE CASO Rubén, *El negocio jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 391.

Scarpati. Tribunal Origen: JC1100SM) En el presente supuesto, queda en claro que la administración de bienes, aun sin haber sido autorizado por el interesado, y que se ejecuta en el propio interés de este, aunque pueda coincidir con el propio, constituye una gestión de negocios o mandato tácito.

Así también en la intervención de los Sindicatos, como asociación sindical, representativa del interés de los trabajadores, en nuestro país se ha resuelto que *"la presentación efectuada por la asociación gremial con personería ante la autoridad administrativa con invocación del interés de todo el personal afectado por una suspensión sin que medie objeción de la empresa, vale como impugnación de la medida en los términos del artículo 223 de la Ley de Contrato de Trabajo, aunque no se haya acreditado mediante acta poder que el sindicato actuase a petición de parte, pues el supuesto resulta comprendido en lo dispuesto por los artículos 2288 y 2304 del Código Civil, ya que la interposición de la demanda, luego de la conclusión de las audiencias ante el Ministerio de Trabajo implica la ratificación de la actuación sindical, que tiene entonces idénticos efectos que la cumplida por un mandatario legal o convencional"* (Cám. Nac. Apel. Trab., sala III, 28-10-85, "Alvarez, J. A. c/Ford Motor Argentina", DTXLV-B, 1985-B- -1767 y D. J. 1986-2-575). En el caso, el ejercicio de acciones tendientes a reclamar en interés de todo un grupo de trabajadores, sin que estos se encuentren individualizados, tanto de forma extrajudicial como lo es en el ámbito del Ministerio de Trabajo con reclamos concretos en procura del bienestar de todo el grupo y que luego se materializa con el inicio de la demanda judicial, también fue considerado ese accionar como una gestión de negocios ajenos, quedando en claro que es absolutamente aplicable en las representaciones colectivas también.

A partir de la sanción del nuevo código, la figura del gestor adquiere una mayor entidad en su aspecto jurídico, que a razón de Juan Casas, hay tres características que hacen a la naturaleza propia del gestor y que son: 1) no tiene el gestor una obligación de actuar porque no hay mandato ni autorización o encargo; 2) no pretende hacer una liberalidad; 3) asume oficiosamente la gestión por un motivo razonable.⁶ A ello le añadiría que la gestión de negocios sólo es factible si el accionar se dirige a la administración del patrimonio ajeno, es decir que no prosperaría para actos de disposición ni personalísimos ni sobre derechos reales, y está obligado a concluirlo una vez iniciado.

En este sentido, el actual artículo 1782 del CCyCN establece las siguientes obligaciones del gestor: *"El gestor está obligado a: a) avisar sin demora al dueño del negocio que asumió la*

⁶ CASAS JUAN, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, 1ra edición, dirección Bueres Alberto J., editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pág. 200.

gestión, y aguardar su respuesta, siempre que esperarla no resulte perjudicial; b) actuar conforme a la conveniencia y a la intención, real o presunta, del dueño del negocio; c) continuar la gestión hasta que el dueño del negocio tenga posibilidad de asumirla por sí mismo o, en su caso, hasta concluirla; d) proporcionar al dueño del negocio información adecuada respecto de la gestión; e) una vez concluida la gestión, rendir cuentas al dueño del negocio.”, y que la misma concluye cuando: “La gestión concluye: a) cuando el dueño le prohíbe al gestor continuar actuando. El gestor, sin embargo, puede continuarla, bajo su responsabilidad, en la medida en que lo haga por un interés propio; b) cuando el negocio concluye.”, según el artículo 1783 del CCyCN.

Por tanto, para su validez, y para tratarse efectivamente de la “representación” colectiva, requerirá, indefectiblemente además, de la aprobación del grupo, para lo cual, bastará de la “adecuada” representatividad; que la gestión por el representante adecuado sea ratificada por el titular del derecho ya sea en forma expresa o tácita, puesto que el CCyC no determina la misma.

Es oportuno mencionar también, que, la mentada “representación” y legitimación de quien ejerza los intereses de un grupo, en su defensa, ya sea en forma activa o pasiva, no sólo podrá representarlos en instancia judicial, prejudicial o de mediación, sino también ante un reclamo de tipo administrativo; de esta manera, podrá sortearse un proceso judicial, ante ciertos reclamos, ejemplo de consumidores, en sede administrativa o como la intervención directa en audiencias públicas.

Considerando de suma importancia la calidad de “representante” de quien se atribuya la misma, en pos de los efectos y alcances que ello pueda traer aparejado; nos encontramos así ante la necesidad de comenzar con el desarrollo sobre qué es un representante a fin de diferenciarlo de aquellos supuestos en donde no existe representación alguna, es decir, en donde se está ante un “no representante”.

En palabras de Josef Hupka, la circunstancia de que el derecho privado moderno, respondiendo a las exigencias de un tráfico desarrollado, admita la representación directa en la más amplia medida, no significa, naturalmente, que todo acto de representación produzca, sin más, efectos a favor y en contra del representado. Porque obrar en nombre de otro implica siempre un acto de disposición sobre un círculo de derecho ajeno. Para el autor, la actuación del representante requiere, para su eficacia, que la intervención del representante aparezca como justificada a los fines de la intervención en el patrimonio ajeno; de ahí que ante ese

elemento justificante, posee el representante “poder de representación” en sentido amplio, es decir: autorización para la representación.

Asimismo, debemos deslindar el tema de la representación adecuada de los intereses del grupo, del derecho o interés que el representante ejecuta y cuyo titular es el grupo.

Que, el tema de los procesos colectivos requiere de un vuelco trascendental a fin de transformar la postura originaria del sistema clásico del derecho procesal por aquel en el cual el juzgador tome un rol activista y comprometedor con el proceso en sí, considerando al consumidor, al protector del medio ambiente, y a las organizaciones que propendan a su defensa como sujetos que no se encuentran en igualdad de condiciones, siendo más vulnerables a la hora de la protección de sus intereses. En este sentido, Morello⁷ sostuvo: *“Y aquí lo que es más destacable: la posición del consumidor, del débil jurídico, demanda la rotación del eje jurisdiccional y una hermenéutica -que es la que corresponde a la Justicia de protección o acompañamiento- que preserve esos intereses o derechos que reclaman una inteligencia acorde a su prevención o aseguramiento, la mayoría de las veces, urgente o sin demoras indebidas. Lo cual obliga a una hermenéutica tuitiva, en la que los jueces, por mandato constitucional y el deber de satisfacer (art. 75, incs.19 y 23, Constitución Nacional) el bienestar general que proclama el Preámbulo, llevan al órgano jurisdiccional a ejercer un activismo o comportamiento protagónico, muy diferente al que se observa en la controversia patrimonial individual, cubierta por la gravitación de la voluntad de las partes y el principio dispositivo.”*

Sobre este tema de la adecuada representación que se ejerce sobre el grupo, se continúa su desarrollo de forma específica en el punto 3 del presente.

- **SOBRE LA LEGITIMACIÓN Y REPRESENTACIÓN:**

1.1. REGULACIÓN POSITIVA Y PRINCIPIOS GENERALES.

A partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se tienen por reconocidos expresamente este tipo de derechos, receptando de esta manera los preceptos dispuestos en nuestra Constitución Nacional; en su artículo 14, establece: *“Derechos*

⁷ MORELLO, Augusto Mario, *Los Procesos Colectivos (El Anteproyecto para Iberoamérica de los colegas brasileños, de 2002)*, publicado en MJ-DOC-2131-AR | ED, 203-753 | MJD2131.

individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.”

Por su parte, la Constitución Nacional, en su art. 43, 2º párr. Da la posibilidad de interponer la acción de amparo para este tipo de contiendas colectivas, al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que persigan tal fin registradas conforme la ley.

También podemos encontrar el Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos del Ministerio de Justicia de la Nación.

Para el caso bajo análisis, el de la representación y legitimación de las asociaciones civiles, es necesario destacar que para que las mismas puedan funcionar como tal, es menester poseer una registración nacional y/o provincial, según las disposiciones vigentes, a los fines de encontrarse plenamente legitimadas para promover cualquier tipo de acción judicial y/o administrativa colectiva (Conf. arts. 42 y 43 CN; art. 52 Ley 24.240 y art. 26 inc. b Ley 13.133).

Asimismo, las Asociaciones Civiles se encuentran reguladas por los artículos 168 a 186 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, no pudiendo perseguir un fin de lucro como interés principal, ni pueden tener como fin el lucro para sus miembros o asociados. En lo que respecta a su responsabilidad, en principio son los directivos de la misma quienes deben responder por su gestión; y se extingue la responsabilidad por la aprobación de su gestión por parte de la asamblea ordinaria; los asociados no responden en forma directa ni subsidiarias por las deudas de la asociación.

A tales efectos, el estatuto que le da origen a una O.N.G. en su carácter de asociación civil, debe precisar cuál es el objeto de actuación, puesto que la misma sólo va a poder representar a aquella clase o grupo en la medida en que el tipo de reclamo se encuentre contemplado en el estatuto societario, de lo contrario, carecería de legitimación activa. Por lo tanto, la asociación civil nace de su carácter de ente representativo de los intereses del sector (reconocido por la normativa citada); por ejemplo, aquella asociación civil cuyo objeto societario se enmarque en las cuestiones relacionadas con el medio ambiente, sólo podrá representar a aquella clase en la que sus derechos vulnerados sean los del medio ambiente y así en los diferentes supuestos.

Lógicamente que podrán existir distintas organizaciones cuyo objeto societario sea el mismo y/o similar; en este caso, no existe en nuestro derecho interno una norma acorde a las *class action* norteamericana, por las que sólo podrá representar al grupo o clase aquella O.N.G. que demuestre estar en mejor condición para representar a la clase, desplazando así a las demás.

Es dable precisar que uno de los mayores derechos civiles de la esfera privada que a diario se vulneran, posiblemente por la falta de control y regulación estatal, son los derechos que amparan a los usuarios y consumidores de bienes y servicios (art. 42 C.N., art. Const. Pcial, Ley 24.240 –de orden público- y su mod. Ley 26.361), como ser los derivados de entidades bancarias, telefonía celular y fija, entidades financieras, entre otros tantos.

En efecto, la Reforma Constitucional de 1994 jerarquizó los derechos de los usuarios y consumidores. Y, a tales fines, reconoció el rol protectorio de las asociaciones organizadas al otorgarles expresa legitimación procesal para iniciar acciones de amparo colectivo en defensa de los derechos de las personas usuarias y consumidoras de bienes y servicios (Conf. art. 43 CN) y en defensa de los derechos amparados según lo dispone el art. 240 del nuevo código civil y comercial, en la medida y alcance que allí se establece: *“Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva.”*

A esto cabe agregar que la última reforma a la Ley de Defensa del Consumidor llevada a cabo por Ley 26.361 (LDC) ha venido a clarificar aún más la cuestión al contemplar con mayor detalle diversos institutos procesales colectivos. Así, el art. 52 de la mentada norma reconoce la legitimación que se invoca de la siguiente manera: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del art. 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley”*. (énfasis agregado).

Dichas previsiones se complementan con lo dispuesto en el art. 54 que regula: **(a.)** la posibilidad de llevar a cabo acuerdos transaccionales colectivos; **(b.)** el derecho a optar por salirse del proceso; **(c.)** el alcance de la cosa juzgada de la sentencia colectiva y **(d.)** el modo de ejecutar y liquidar decisiones de este tipo.

La lectura de este artículo es fundamental para comprender una serie de aspectos determinantes sobre los derechos individuales homogéneos; especie de derechos que se encuentran comprendidos dentro de los de incidencia colectiva que aquí se trata.

Entre las derivaciones lógicas que se desprenden de la norma citada, se contemplan las siguientes por ser demostrativas de la viabilidad de reclamos individuales homogéneos:

(a.) La LDC expresamente prevé la posibilidad de que cada persona usuaria pueda apartarse del acuerdo conciliatorio colectivo propuesto. Por ello es evidente que esta norma se refiere a derechos individuales homogéneos, plenamente divisibles por tanta cantidad de afectados existan ante el mismo hecho lesivo (Conf. art. 54 LDC). Por el contrario, si estuviésemos hablando de derechos difusos, sería imposible llevar a cabo esta acción por la indivisibilidad que caracteriza a esta categoría de derechos colectivos⁸.

(b.) Las acciones de incidencia colectiva pueden tener contenido patrimonial (supuesto que previamente había sido puesto en duda por alguna doctrina minoritaria y por cierta jurisprudencia, también minoritaria).

(c.) La normativa aplicable dispone que se deberá individualizar a cada afectado por el mismo hecho lesivo; rasgo propio de las acciones que se interponen en defensa de derechos individuales homogéneos. Es que, si fuesen derechos difusos no sería necesario cursar una notificación individual porque no es posible identificar personalmente a cada miembro que conforma el grupo o comunidad afectada.

(d.) La norma incorpora regulaciones sobre los *“daños diferenciados para cada consumidor”*; es decir, los daños individuales que cada persona usuaria hubiera sufrido por un ilegal accionar y cuyo reclamo es totalmente válido para ser realizado de manera personal o individual, apartándose del reclamo colectivo.

Por último, es posible relacionar la labor llevada adelante por las ONG en cumplimiento con los fines de sus estatutos para la defensa, protección, control y reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva de cualquier naturaleza, representando así a la clase nucleada en el caso de incidencia colectiva, como un gestor de negocios, tal como se refirió, en el sentido que lo dispone el art. 1781 del nuevo Código Civil y

⁸ *“...La posibilidad es inviable, en cambio, en los procesos colectivos en los que se debatan derechos difusos de estructura indivisible, ya que la sentencia, inevitablemente, será única sin posibilidad de que coexistan decisiones particulares divergentes...”*, SALGADO, José María, *“Certificación, Notificaciones y opción de salida en el proceso colectivo”*, en Rev. de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal Culzoni, pp. 222.

Comercial de Nación, a saber: “Hay gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente”. Por lo tanto, este tipo de actuación, supone realizarla en interés y por cuenta de un tercero –el grupo afectado-, sin haber recibido mandato suyo y sin estar obligado por ley al efecto, y que en el código unificado constituye una fuente autónoma de las obligaciones.

1.2. LEGITIMACIÓN: AD PROCESSUM Y AD CAUSAM.

Para los procesos de naturaleza colectivos, habrá que reever las dos caras de la misma moneda, es decir, la legitimación, en sus dos variantes *ad processum* –o capacidad procesal- y *ad causam* –o legitimación para obrar- teniendo en cuenta los sujetos legalmente habilitados para ello, y el objeto del litigio (derechos sobre intereses individuales homogéneos, sobre bienes jurídicos difusos y colectivos en sentido estricto, es decir los derechos de incidencia colectiva en sentido amplio) en relación a la invocación de la lesión a un derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple o interés difuso o colectivo de que se trate; es por ello que habrá que identificar al grupo y al derecho o interés que se pretende tutelar.

En la legitimación *ad causam* se trata de aquella capacidad para ser partes es, en esencia, la capacidad de derecho del derecho privado (art. 22, CCCN). Nadie puede ser inhibido de esta capacidad ni de la posibilidad de presentarse ante un juez.

De esta manera, habrá legitimación activa en cabeza del accionante si hay identidad en la persona del actor con el sujeto activo de la relación jurídica de fondo (es decir, si el acreedor es el actor) y habrá legitimación pasiva si hay identidad entre la persona del demandado con el sujeto pasivo de la relación sustancial (es decir, si el deudor es el demandado).

Entonces, la falta de legitimación activa –en cabeza del actor– o pasiva –en cabeza del accionado– habilita a cualquiera de las partes intervinientes en el proceso o en cualquier instancia del reclamo –si lo es en una instancia administrativa o de mediación- a interponer la excepción de falta de legitimación en los términos de art. 345 inc. 3° del CPCCBsAs.

Por el contrario, la legitimación *ad processum* es el correlato de la capacidad de ejercicio en el ámbito del derecho privado (art. 23, CCCN) e implica la posibilidad de estar en

juicio por sí o por medio de un representante con facultades suficientes. Resulta entonces la aptitud para realizar con eficacia actos procesales.

Para el supuesto en que el actor carezca de capacidad procesal o invoque una representación irregular, el demandado –al contestar demanda– podrá interponer la excepción de falta de personería que engloba tanto la falta de capacidad para estar en juicio como la defectuosa representación (art. 345, inc. 2º, CPCCBs.As).

La necesidad de verificar si la representación procesal invocada constituye, verdaderamente, una representación del grupo al que se pretende representar, la existencia de la gestión de negocio ajeno o mandato con entidad suficiente para abrogarse los intereses de aquel resulta el meollo de la cuestión para el logro del efectivo acceso a la justicia.

Es por ello que deviene necesario indagar sobre las atribuciones del juzgador u operador, de cara al activismo judicial, como un deber o facultad del mismo para requerir la integración de la mentada representación, tanto en la primera oportunidad procesal, es decir, en el análisis de la legitimación procesal, como durante el transcurso del proceso, en caso de advertirlo con posterioridad.

En la evolución de los procesos colectivos de nacimiento pretoriano y cuya máxima consagración se obtiene a partir del reconocimiento expreso en la acción de amparo tutelada por el art. 43 2º pár. de la Constitución Nacional se desandó un camino aperturista del acceso a la jurisdicción al permitirse la legitimación con sentido amplio en el orden interno, en consonancia con la legitimación internacional, toda vez que, mientras en el plano interno, la problemática de la legitimación procesal en el ámbito de los procesos colectivos generaba el meollo de la cuestión que terminaba por el rechazo de la acción promovida, en el ámbito supranacional, el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se gestaba a partir de la acción impulsada por cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros, quienes podían y pueden intervenir en su propio nombre o en el de terceras personas.

De esta manera, el avance en materia de legitimación de los procesos colectivos, y su carácter operativo, a pesar de la carencia de reglamentación general de los mismos, ha impactado positivamente en la comunidad y en el ámbito de la gestión judicial aunque con avances y retrocesos que requerirán un mayor análisis de los mismos.

2. LA LEGITIMACIÓN EN LA ACTUAL JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTOS “HALABI” Y “PADEC C. SWISS MEDICAL”.

El derecho que le asiste a una O.N.G. para accionar en defensa de los derechos de los usuarios y/o consumidores de bienes y servicios de la clase afectada se enmarca en lo que la doctrina y jurisprudencia denominan como derechos de incidencia colectiva producto a los alcances y efectos que los mismos tienen en el grupo involucrado, como ya lo adelantara.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación instituyó la acción de clase en un inédito precedente en los autos *"Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo"* del 24.02.2009.

Allí, el actor, Ernesto Halabi, promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario, n° 1563/04, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine “en qué casos y con qué justificativos” puede llevarse a cabo. Solicitó la declaración de inconstitucionalidad de normas mencionadas porque consideró que violaban el derecho a la privacidad en su condición de consumidor y además, el derecho a la confidencialidad en su condición de abogado.

Antes de dictar sentencia en *"Halabi"* la CSJN había expresado que cada miembro de la comunidad que considerase afectados sus derechos patrimoniales debía acudir personalmente a los estrados de la justicia para hacerlos valer (ver los precedentes *"Cámara de Comercio, Ind. y Prod. de Resistencia c/ Administración Federal de Ingresos Públicos"*⁹ y *"Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/ Estado Nacional s/ Acción de amparo"*¹⁰, entre otros).

Sin embargo, a partir del dictado de *"Halabi"* (24/2/09), la CSJN, por mayoría de votos, delineó por primera vez los caracteres de la *"acción colectiva"* en defensa de derechos individuales homogéneos. En palabras del tribunal, esta acción persigue garantizar los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (artículo 43, segundo párrafo CN). Derechos para cuya defensa tienen legitimación las asociaciones intermedias, es decir las asociaciones civiles cuyo objeto se corresponda con el conflicto que va a tratar.

⁹ CSJN, 26/08/2003, publicado en JA, 2003-IV-44.

¹⁰ CSJN, causa C. 547. XXXVI, sentencia del 26/08/2003, Fallos 326:2998.

Cabe recordar que en este fallo la CSJN sostuvo que el segundo párrafo del art. 43 C.N. contempla *“una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”* (consid. 12).

Sobre intereses (**verdaderos derechos**) la CSJN sostuvo *“...En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. **Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un sólo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño...**”* (énfasis agregado).

La CSJN también consideró que el art. 43 CN es plenamente operativo, razón por la que los jueces deben garantizar su eficacia. Asimismo, aclaró que el vacío legal sobre el modo de tramitar estas acciones *“no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados”* (consid. 14 de la mayoría).

Como señala la Corte Suprema en *“Halabi”*, *“...no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase”*; omisión que *“constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible”*. Sin perjuicio de ello, *“la disposición constitucional [hace referencia al art. 43] es **claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia**, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular...”* pues, *“donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido...”* (énfasis agregado).

La doctrina del fallo *“Halabi”* fue ratificada completamente en el fallo *“PADEC c/ Swiss Medical”* y por unanimidad de votos, dictado el 21/08/2013 (Fallos 336:1236), a través del cual, la Corte por unanimidad de los votos de sus miembros, declaró la procedencia del recurso extraordinario deducido por la parte actora, Asociación Civil PADEC, con la finalidad que se deje sin efecto la sentencia del Tribunal que había cuestionado su legitimación activa. Especialmente allí, en lo que respecta a la legitimación colectiva de las asociaciones de defensa del consumidor, reconoció expresamente que una asociación de usuarios y consumidores (en el caso, *“Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor”* PADEC) puede iniciar una

acción colectiva para obtener la nulidad de una cláusula contractual que autoriza a una prestadora de medicina prepaga a modificar unilateralmente el valor de las cuotas mensuales que cobra a sus afiliados.

Resultan de vital importancia las consideraciones pertinentes realizadas por la CSJN en lo referente al marco de acción y legitimación de las asociaciones civiles, puesto que aclara concretamente la normativa vigente, en los siguientes términos: "... 7º) *Que de la reseña efectuada en los considerandos que anteceden resulta que la cuestión debatida se reduce exclusivamente a determinar si, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional, PADEC se encuentra legitimada para demandar a Swiss Medical S.A. a fin de obtener la declaración de ineficacia de la cláusula contractual que autoriza a esa sociedad a modificar unilateralmente el valor de las cuotas mensuales de sus afiliados y la consecuente supresión de los aumentos ya dispuestos.* 8º) *Que a los efectos de esclarecer la cuestión cabe recordar que esta Corte ha sostenido que para evaluar la legitimación de quien deduce una pretensión procesal resulta indispensable en primer término determinar "cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quiénes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte" (Fallos: 332:111 "Halabi", considerando 9). En este orden de ideas, se estimó pertinente delimitar con precisión tres categorías de derechos tutelados: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.* 9º) *Que esta última categoría de derechos se encuentra admitida en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional e incluye, entre otros, los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, a los derechos de los usuarios y consumidores y a los derechos de sujetos discriminados. En estos casos puede no haber un bien colectivo involucrado, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño (confr. cons. 12 del fallo citado).* 10º) *Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la*

constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados. De manera que, el primer elemento a comprobar es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede petitionar. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, 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. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 Y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta. 11º) Que desde la perspectiva señalada cabe concluir que el derecho cuya protección procura la actora en el sub examine es de incidencia colectiva, referente a intereses individuales homogéneos, y que -según se expondrá- se encuentran cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva, en los términos del precedente de esta Corte citado. En efecto, en el caso se cuestiona el contrato tipo que suscriben quienes se afilian a Swiss Medical S.A. para acceder al servicio de medicina prepaga en cuanto contempla el derecho de esta última a modificar unilateralmente las cuotas mensuales. De manera que existiría un hecho único que sería susceptible de ocasionar una lesión al derecho de una pluralidad de sujetos. La pretensión está concentrada en los "efectos comunes" para toda la clase de sujetos afectados, lo que permite tener por configurado el segundo requisito expuesto en el considerando 10. Al respecto debe repararse en que el contrato impugnado contiene cláusulas que alcanzan por igual a todo el colectivo de afiliados de la demandada. Finalmente, de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia. En efecto, en el caso se impugna una cláusula con sustento en la cual, según señala la actora, se habrían dispuesto, entre los años 2002 y 2004, tres aumentos de la cuota mensual en el orden del 11% y del 12%, por lo que no aparece justificado que cada uno de los posibles

afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda. Ello es así, puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable. 12º) Que, en cuanto a los sujetos habilitados para demandar en defensa de derechos como los involucrados en el sublite, es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del artículo 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (confr. consid. 19 in fine del Fallo "Halabi"). 13º) Que, en este orden de ideas cabe destacar que la asociación actora tiene entre sus propósitos "...la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios tutelados por el art. 42 de la Constitución Nacional y los tratados con jerarquía constitucional la defensa de los derechos de los consumidores cuando sus intereses resulten afectados y/o amenazados, mediante la interposición de acciones administrativas y judiciales y la petición a las autoridades ya sea en representación grupal, colectiva o general." (confr. Art. 2º, ap. 1 y 2 de su estatuto, obrante a fs. 10/14) En consecuencia no se advierten óbices para que deduzca, en los términos del párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución Nacional, una acción colectiva de las características de la intentada en autos. ..."

Esta doctrina de la CSJN resulta plenamente aplicable en la actualidad ya que fue receptada como doctrina legal por nuestra SCJBA en la causa "*López, Rodolfo Osvaldo contra Cooperativa Eléctrica de Pehuajó. Sumarísimo*", sentencia de fecha 26/03/2014.

Este fallo de la SCJBA es inédito en la provincia de Buenos Aires, puesto que en un interesantísimo argumento que desarrolla detalladamente la representatividad adecuada para este tipo de acciones, con el voto del Dr. Hitters que encabeza la votación, echando luz a la materia de acciones de índole colectiva.

En dicho precedente, el antecedente fundamental de la pretensión era la incorporación, por parte de la Cooperativa Eléctrica de Pehuajó, de un plus no previsto en el cuadro tarifario de la concesión en la facturación de los usuarios no asociados a dicha entidad. El actor, usuario no asociado, promovió acción de amparo colectiva contra la cooperativa, reclamando tanto en calidad de afectado como por todos aquellos usuarios en similar situación, el cese del cobro de tal concepto tanto en su beneficio personal como en el del resto de los afectados, por considerarlo vulneratorio del cuadro tarifario de la concesión pública, que no habilita semejante distinción.

Si bien en ambas instancias se hace lugar a la acción de amparo interpuesta, sin embargo sólo lo es en el plano individual y no colectivo; motivo por el cual el actor deduce recurso extraordinario.

En lo que respecta puntualmente al tema que nos convoca, pormenorizadamente la SCJBA sostuvo en su parte pertinente, que vale la pena su transcripción: **"1) Introducción.** Entiendo que nos hallamos en el presente ante un derecho de incidencia colectiva, prerrogativa para cuya tutela el art. 43 de la Constitución nacional reconoce legitimación al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a tales fines. ... **2) Los derechos individuales homogéneos como una especie de los derechos de incidencia colectiva.** En cuanto a la calificación de los derechos cuya defensa se persigue en el **sub lite** como "de incidencia colectiva", el interrogante a responder es el siguiente: ¿posee legitimación el afectado para demandar la tutela de derechos individuales homogéneos de todos los usuarios que se encuentran en esa análoga situación o, tal como fuera sostenido por la demandada y resuelto en las instancias precedentes, cada uno de ellos debe ejercer su pretensión por separado en defensa de su interés individual? Por las razones que expongo a continuación, considero que el reconocimiento de la legitimación a título grupal se impone en el **sub lite**. En efecto, 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.). De este modo, considero que la legitimación colectiva reconocida constitucionalmente (arts. 43, Const. nac.; 20, Const. pcial.) para la defensa de prerrogativas de incidencia colectiva, comprende la categoría de derechos individuales homogéneos. **2.1) Los derechos de incidencia colectiva en general. a)** A efectos de elucidar la noción prevista en el art. 43 de la Ley Suprema, resulta necesario verificar los parámetros que autorizan a considerar que el proceso porta un "caso" o "controversia" de alcances colectivos. En tal sentido, es de notar que hay hipótesis en las que los afectados comparten su lesión con otros que se encuentran en similar situación, a consecuencia de un acto o serie de actos que constituyen la fuente común del daño padecido, siendo prácticamente inviable o muy dificultosa o disfuncional la constitución entre todos ellos de un litisconsorcio. Estamos en tales hipótesis frente a los derechos de incidencia colectiva tutelados por la Constitución nacional (arts. 41, 42 y 43) así como por la Carta Magna provincial (art. 20 inc. 2)

y por diversas leyes especiales (v.g. leyes 25.675 y 24.240). En dichas circunstancias, la legitimación individual que todo interesado posee para remediar su propia lesión personal, convive con la legitimación colectiva que el ordenamiento reconoce a los afectados para proveer a la defensa del grupo abarcado por el hecho generador del perjuicio respectivo. Se trata de dos órbitas de actuación diversas que, en ciertas ocasiones, pueden coincidir, dado que un mismo acto o evento lesivo puede generar pretensiones estrictamente individuales, a la par de otras destinadas a tutelar derechos de incidencia colectiva (divisibles -individuales homogéneos- o indivisibles -intereses difusos-; v. asimismo voto del doctor Roncoroni, al que presté mi adhesión, en la causa B. 66.095, sent. del 7-III-2007). **b) Para evitar reparos basados en la letra del art. 43 de la Carta Magna federal, cabe aclarar que la extensión de la legitimación grupal reconocida por dicha cláusula no se acota al estrecho margen de la acción de amparo (es decir, al conocido "amparo colectivo", como es el caso de autos), sino que es pasible de ser aplicada a las restantes vías de enjuiciamiento previstas en el ordenamiento, análogas en cuanto a su objeto, aunque más amplias en lo referente a su órbita de actuación.** Esto ocurre, por ejemplo, con pretensiones como la acción originaria de inconstitucionalidad (v. causa I. 68.534, resol. del 6-IX-2006). Este criterio amplio en cuanto a los alcances de la legitimación colectiva (es decir, entendiéndola como no ceñida exclusivamente a la órbita amparista) ha sido reconocido incluso por la Corte Suprema nacional (v. Fallos: 320:690, en el ámbito de la acción declarativa; y Fallos: 328:1146, habilitando que la garantía de **habeas corpus** sea ejercida de modo grupal).

2.2) Los derechos individuales homogéneos como especie de aquéllos. De lo expuesto surge que existen dos grandes variantes dentro del género contemplado en el art. 43 de la Carta federal, que se distinguen por la nota de divisibilidad del bien tutelado. **a)** En un primer caso -es decir, el de los derechos colectivos o difusos- quedan comprendidas aquellas prerrogativas de grupo caracterizadas por la **indivisibilidad** de su objeto. Se trata de contextos en los que los derechos en cuestión se presentan fundidos de tal modo que la satisfacción de algunos de sus titulares no es posible sin la del resto (v. Barbosa Moreira, José C., "Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos", en Revista de Processo, año X, Julio-Septiembre de 1985, n° 39, p. 55 y sigtes.; Gidi, Antonio, "Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", en Gidi-Ferrer-Mac-Gregor (coord.), La tutela colectiva de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica, Porrúa, México, 2003, esp. p. 32-33). La hipótesis se presenta con frecuencia, por ejemplo, en materia ambiental o de protección del patrimonio cultural o paisajístico. Imagínese el interés en la defensa de una especie animal o vegetal. Es lógico que la satisfacción del mismo vaya a repercutir necesariamente en todos y cada uno de los miembros de la comunidad en que dichos seres se desarrollan; del mismo modo que su desatención va a

impactar irremediablemente en el resto. Los ejemplos de este tenor se multiplican y la jurisprudencia recepta una multiplicidad de casos relativos a la defensa de esta clase de prerrogativas en diversos ámbitos de derecho sustancial. **b)** En un segundo grupo de derechos de incidencia colectiva -como fuera adelantado- encontramos las 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 propios del **proceso clásico** entre Cayo y Ticio (litisconsorcio, intervención de terceros, acumulación de acciones, etc.) y, en paralelo, el provecho de hacerlo concentradamente (**superioridad del enjuiciamiento colectivo**). Son casos en los que, como apunta Bujosa Vadell, se presentan diversos objetos susceptibles de apropiación exclusiva, pero cualitativamente idénticos (Bujosa Vadell, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1995, p. 81 y 97), lo que torna procedente -en palabras de Barbosa Moreira- la "yuxtaposición de litigios menores que se reúnen en uno mayor" (ob. cit.). **c)** Nada en la expresión "derechos de incidencia colectiva" impone restringir el alcance de la tutela grupal a las situaciones descritas en el ap. "a" [derechos difusos o colectivos **stricto sensu**]. Por el contrario, 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 (v. mi voto en la causa A. 69.391, sent. del 20-X-2007, esp. párrafo IV.6.c). 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.). Por otra parte, aunque se trate de un riesgo no siempre disuadido por el ordenamiento, no debe olvidarse que la concentración de la contienda, además de beneficiar funcionalmente al sistema y evitar a veces situaciones de indefensión material, aleja el peligro de sentencias contradictorias respecto de una misma serie de causas. **3) El "origen común"**. El actor que permite concentrar la defensa de intereses pertenecientes divisiblemente a distintas personas sin temor a desvirtuar la télesis de la institución ni a "colectivizar" cualquier clase de litigio, es la determinación del origen común de las lesiones o amenazas. La

comunidad de controversia es un elemento fundamental que permite centrar el debate, uniformándolo respecto de lo que constituye el núcleo fáctico-jurídico del debate compartido por los integrantes del grupo. Este parámetro 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. Determinar la verificación de dicho estándar depende obviamente de las circunstancias de cada caso, teniendo siempre presente que la exigencia en cuestión tiende a favorecer un adecuado y funcional encauzamiento de la **litis**. Por lo que no se trata de hallar soluciones aritméticas, sino de avizorar que el tratamiento concentrado del conflicto beneficiará al sistema jurisdiccional y a quienes a él acuden en busca de respuesta para situaciones de conflicto plural. La comunidad de controversia debe ser analizada entonces partiendo de dicha tésis, lo que impone al judicante una lectura práctica y realista que determine un verdadero **predominio** de los aspectos compartidos (comunes) frente a los particulares de cada afectado. En síntesis, para la prosecución colectiva de un proceso en tutela de bienes esencialmente divisibles, es necesaria una cualidad extra que defina la conveniencia de este tipo de enjuiciamiento y que la distinga del tradicional proceso individual. Esta nota está dada por el aludido recaudo del "origen común". Por lo tanto, no cualquier vulneración masiva de derechos divisibles es pasible de ser traída a la justicia en forma colectiva, sino sólo aquellas que provienen de una fuente causal unívoca o que comparten los fundamentos jurídicos centrales que determinarán su mérito. **4) Criterios de la Corte Suprema antes del año 2009. a)** El máximo Tribunal federal se había expedido en ciertas oportunidades acerca de la legitimación para la defensa grupal de derechos de objeto divisible, a la luz de lo normado por el art. 43 de la Constitución nacional. Sin embargo, cabe adelantar que, de los precedentes existentes sobre la materia, no podía considerarse consolidado un criterio uniforme acerca de la dilucidación de la noción "derechos de incidencia colectiva" ni, en particular, podía verificarse una definición precisa en torno a la inclusión de los derechos individuales homogéneos como especie de aquéllos. Así, en una conocida causa en la que una asociación de grandes usuarios de energía cuestionó por vía de acción declarativa (art. 322, C.P.C.N.) la validez supralegal de un tributo provincial que se aplicaba a sus afiliados, la Corte reconoció que la pretensión de marras se hallaba incluida entre las amparadas por el art. 43 de la Carta Magna (C.S.J.N., Fallos: 320:690). Por lo que cabe interpretar que al pronunciarse favorablemente respecto de la legitimación de la entidad accionante, el Alto cuerpo entendió que la categoría de intereses involucrados en la **litis** se encontraba incorporada en dicha cláusula constitucional referida a la defensa de los "derechos de incidencia colectiva en general". Se trataba allí del cuestionamiento constitucional de un tributo llevado a la

jurisdicción a título grupal, lo que importó avalar la inclusión de derechos individuales y patrimoniales dentro del ámbito del art. 43 de la Ley Suprema. **b)** Ciertamente es que en otras oportunidades el Tribunal cimero pareció entrecerrar las puertas de la defensa colectiva en hipótesis en las que se pusieron en juego esta clase de intereses, bajo una fórmula genérica según la cual "la protección de los derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados, se encuentra al margen de la ampliación del universo de legitimados establecida por el art. 43 de la Constitución Nacional" (v. Fallos: 326:3007; 326:2998). El criterio de marras fue aplicado en una causa iniciada por el Defensor del Pueblo de la Nación, en la que se había reclamado la inconstitucionalidad de la normativa dictada en el ámbito de la emergencia económica -pesificación de depósitos y demás imposiciones del sistema financiero- (C.S.J.N., causa D.2080.XXXVIII, "Defensor del Pueblo de la Nación -inc. dto. 1316/02 c/E.N. P.E.N. dtos. 1570/01 y 1606/01 s/amparo ley 16.986", sent. del 26-VI-2007). La Corte se expidió allí desestimando la pretensión colectiva interpuesta, por ausencia de legitimación del organismo accionante, afirmando -en línea con el criterio antes recordado y en lo que puede considerarse que constituye el **holding** del pronunciamiento- que queda exceptuada de la legitimación del Defensor del Pueblo contemplada en el art. 43 segundo párrafo de la Carta Magna, la protección de los derechos que son de carácter patrimonial, **puramente individuales**, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados. Entiendo que la fórmula aludida **no importó lisa y llanamente el desconocimiento de toda posibilidad de accionar grupalmente para la defensa de derechos (incluso patrimoniales) de objeto divisible**. Por el contrario, subsistía -a mi juicio- el andamiaje grupal del planteo, en la medida en que los mismos no sean "puramente" individuales, sino -como fuera explicado anteriormente- que compartan notas comunes centrales y predominantes que autoricen su enjuiciamiento concentrado. De este modo -permítaseme la hipérbole- no se estaría ya ante prerrogativas "puramente" individuales, sino "individuales homogéneas". **c)** La Corte mencionó esta última categoría como **obiter dictum**, al expedirse en otro conocido precedente vinculado con la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo, en el que diecisiete personas demandaron ante la instancia originaria de dicho Tribunal a los Estados nacional, provincial y municipal y a cuarenta y cuatro empresas por la actividad contaminante desarrollada en dicho curso de agua (C.S.J.N., Fallos: 329:2316). Pese a que no se pronunció asertivamente sobre el reconocimiento -en el caso- de la legitimación extraordinaria para una eventual (y no propuesta) pretensión colectiva de resarcimiento, señaló la Corte: "Con respecto a [la pretensión indemnizatoria] que, si bien, eventualmente, **podrían ser calificados como derechos individuales homogéneos, en razón de que podría haber un solo hecho ilícito que cause**

lesiones diferenciadas a los sujetos peticionantes, ello no surge de la demanda..." (fallo cit., consid. 17°). **d)** Si se analiza la opinión de los distintos Ministros en los fallos hasta aquí comentados y que actualmente integran el Alto cuerpo, pueden extraerse algunas conclusiones sobre el disímil criterio seguido en el tópico **sub examine**: En primer lugar, que la Corte Suprema no había dado una definición precisa sobre la noción "derecho de incidencia colectiva", circunstancia que complicaba la delimitación del ámbito u objeto de los procesos colectivos. En especial, no se terminaba de precisar si los derechos individuales homogéneos podían ser considerados como comprendidos en esta variante de protección. No obstante, teniendo en consideración las opiniones vertidas en los principales precedentes de dicho órgano jurisdiccional, era dable verificar que algunos de los integrantes del máximo Tribunal habían ya tomado posición con relación a la problemática de marras. ... **5) El criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del año 2009. Los fallos "Halabi", "Thomas", "Cavaliere" y "Padec"**. La evolución de la doctrina del cintero Tribunal federal en esta temática encuentra en "Halabi" (Fallos: 332:111) un hito trascendente, aunque complementado por ulteriores precisiones emergentes de los restantes precedentes aludidos. **5.1) En "Halabi" la Corte federal reconoce que, en materia de legitimación procesal, corresponde como primer paso delimitar con precisión tres categorías de derechos (i) individuales; ii) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y iii) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos), destacando que en todos estos supuestos es imprescindible la comprobación de la existencia de un "caso", ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición, aunque advirtiendo que el "caso" tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos (consider. 9°). **a)** Afirma que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales sean ejercidos por su titular: la acción estará destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos, y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados (consider. 10). **b)** Señala que la legitimación en materia de derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. Según el parecer de la Corte federal, dos son los elementos que califican esta especie de derechos de incidencia colectiva: **i)** la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo (perteneciente a toda la comunidad, insusceptible de apropiación individual, de carácter indivisible y que no admite exclusión alguna); **ii)** la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho y no en la repercusión que pudiera derivarse sobre el patrimonio individual (consider. 11°). **c)** Finalmente, la Corte reconoce que el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución nacional admite una tercera categoría, conformada por**

derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tales serían, por ejemplo, los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, como de los derechos de sujetos discriminados. Señala este Tribunal que en estos casos no aparece un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y, por tanto, es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño. Tras poner de manifiesto la mora del legislador sobre la temática, así como la necesidad de asegurar el acceso a la justicia en defensa de tal tipo de derechos, el máximo Tribunal federal detalló los presupuestos que tornan procedente este tipo de enjuiciamiento: **i)** verificación de una causa fáctica común (hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales); **ii)** pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho (la causa no debe relacionarse con el daño diferenciado que cada sujeto pudiera sufrir en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho); **iii)** constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado (el interés individualmente considerado no justifica la promoción de una demanda, con lo que podría verse afectado el acceso a la justicia); **iv)** finalmente, como excepción y pese a tratarse de derechos individuales, si por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados pudiera considerarse fuertemente comprometido el interés público en su protección (ambiente, consumo, salud, grupos tradicionalmente postergados o débilmente protegidos).

5.2) Poco tiempo después, al fallar el caso "**Thomas**" (Fallos: 333:1023), ese Alto cuerpo reiteró que es presupuesto insoslayable de la actividad jurisdiccional la existencia de un "caso" o "controversia", esto es, un asunto en que se pretende de modo efectivo la determinación del derecho debatido entre partes adversas, que debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante, pues la justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2 de la ley 27). Precisó en dicha oportunidad que sólo una lectura deformada de lo expresado por ella en la decisión mayoritaria tomada en la causa "**Halabi**" (Fallos: 332:111), podía tomarse como argumento para fundar la legitimación del demandante (en base a sus condiciones de ciudadano y de diputado nacional), pues basta con remitir a lo sostenido en el considerando 9° de dicho pronunciamiento para concluir que,

con referencia a las tres categorías de derechos que se reconocen, la exigencia del caso en los términos del art. 116 de la Constitución nacional se mantiene incólume, "ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición". La sentencia dictada por la Corte en el mencionado caso "Halabi", como no podía ser de otro modo, no ha mutado la esencia del control de constitucionalidad que la Ley Suprema encomienda al Poder Judicial de la Nación en los términos señalados precedentemente, para convertirlo en un recurso abstracto orientado a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico que es ostensiblemente extraño al diseño institucional de la República. **5.3)** Por su parte, al dictar sentencia en la causa "Cavalieri" (Fallos: 335:1080) en la que la coactora asociación Proconsumer sostenía estar legitimada para pretender la provisión, por parte de la empresa de medicina prepaga, de un equipo de ventilación mecánica y accesorios pertinentes para el tratamiento del síndrome de apnea obstructiva para todos los afiliados que padecieran tal enfermedad, la Corte negó que se encontraran configurados los presupuestos detallados en "Halabi" para estar frente a un derecho de incidencia colectiva pluriindividual homogéneo. En efecto, de un lado, sostuvo que la Asociación no había logrado demostrar la existencia de un hecho -único o complejo- que causara una lesión a una pluralidad relevante de sujetos; del otro, que de los términos de la demanda y documentación acompañada surgía que la pretensión se encontraba focalizada exclusivamente en las particulares circunstancias del accionante y no en efectos comunes de un obrar de la demandada que pudiera extenderse a un colectivo determinado o determinable (no podía inferirse, siquiera de manera indiciaria, que la prepaga tuviera intención de negarse sistemáticamente a atender planteos de sus afiliados semejantes al del señor Cavalieri). Por tal razón, rechazó la pretensión de Proconsumer (por carecer de legitimación activa) sin perjuicio de la continuidad del trámite respecto del coactor, señor Cavalieri. **5.4)** Finalmente, algunas incertidumbres relacionadas con la posibilidad de admitir el enjuiciamiento colectivo, a partir de su encuadre como derecho de incidencia colectiva pluriindividual homogéneo de lesiones puramente patrimoniales ("Halabi", "Thomas" y "Cavalieri" abordaron afectaciones de otro tipo de derechos), se aventan con el dictado del caso "PADEC" (sent. del 21-VIII-2013). En éste, la asociación "Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor (PADEC)" pretendía, con base en los arts. 52 y 53 de la ley 24.240 y 42 y 43 de la Constitución nacional, se declarara la nulidad de las cláusulas contenidas en el contrato tipo que vinculara a sus afiliados con Swiss Medical S.A. (en cuanto contemplaban el derecho de ésta de modificar unilateralmente las cuotas mensuales y los beneficios de los planes que ofrece; la exime de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la impericia, culpa, dolo, imprudencia o negligencia de sus prestadores, así como la responsabilidad por la suspensión de servicios) y se condenara a la empresa a dejar sin efecto los aumentos del valor

de las cuotas que ya habían sido dispuestos. Por modificaciones sobrevinientes, el caso quedó circunscripto a determinar si correspondía declarar la ineficacia de la cláusula contractual que autoriza a la empresa a modificar unilateralmente el valor de las cuotas mensuales de sus afiliados y, consecuentemente, suprimir los aumentos ya dispuestos. Tras recordar varios pasajes del precedente "Halabi", el máximo Tribunal federal verifica los presupuestos que configuran un derecho de incidencia colectiva pluriindividual homogéneo: **i)** existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión al derecho de una pluralidad de sujetos: tal el contrato tipo que suscriben quienes se afilian a Swiss Medical S.A. para acceder al servicio de medicina prepaga, en cuanto contempla el derecho de esta última a modificar unilateralmente las cuotas mensuales; **ii)** la pretensión está concentrada en los "efectos comunes" para toda la clase de sujetos afectados. Ello por cuanto las cláusulas impugnadas alcanzan por igual a todo el colectivo de afiliados de la demandada; **iii)** puede constatarse que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, por cuanto la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría por demás superior a los beneficios que se derivarían de un eventual pronunciamiento favorable. Con otro giro, de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia. Tras dicha verificación, la Corte repara en tres elementos relevantes: i) de una parte, que es perfectamente aceptable, dentro del esquema de nuestro ordenamiento, que determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del art. 43 segundo párrafo de la Constitución nacional, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (con remisión al consid. 19 de "Halabi"), tras lo cual, previo análisis del estatuto de PADEC, no advierte óbices para que deduzca una acción colectiva de las características de la intentada; ii) de la otra, que no constituye obstáculo a lo expuesto la circunstancia de que se haya promovido la demanda por vía de un proceso ordinario, ya que la protección judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva es susceptible de encauzamiento tanto a través del amparo como por otras vías procesales (v.g. **habeas corpus** colectivo, Fallos: 328:1146); iii) finalmente, que no puede soslayarse que a partir de las modificaciones introducidas en 2008, la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240, texto según ley 26.361) admite la posibilidad de que, por vía de una acción colectiva, puedan introducirse este tipo de planteos. Sólo de esa forma es posible explicarse que el legislador, al regular las "acciones de incidencia colectiva", haya expresamente contemplado un procedimiento para hacer efectivas las sentencias que condenen al pago o restitución de sumas de dinero. Tal intención se advierte en el art. 54, que prevé para este tipo de procesos que "... Si la cuestión tuviese contenido patrimonial (la sentencia) establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para la

determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado". **5.5) El relato antecedente permite verificar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, ha reconocido legitimación activa, tanto al afectado como al Defensor del Pueblo y a determinadas asociaciones, para promover acciones en defensa de los derechos de incidencia colectiva, sean estos "colectivos o difusos" (pretensión de objeto indivisible), cuanto pluriindividuales homogéneos, incluyendo -en estos últimos- los de carácter patrimonial. Ello así si no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda.** Por lo demás, lejos de circunscribir la vía para el encauzamiento de dichos procesos al ámbito amparístico (art. 43, Const. nac.), ha considerado viable su tratamiento por medio de acciones declarativas (Fallos: 320:690), **habeas corpus** colectivo (Fallos: 328:1146) y hasta mediante un proceso ordinario ("Padec"). **6) El caso sub examine.** En el **sub lite** se procura la defensa pluriindividual de los intereses de una categoría de usuarios (los no asociados a la entidad demandada a quienes se cobra un plus contrario a las previsiones del cuadro tarifario de la concesión) **cuyas notas individuales resultan intrascendentes para la resolución de la controversia frente a la homogeneidad en el origen de la lesión invocada.** En efecto, de la causa de la pretensión no se advierten particularidades relevantes que puedan pregonarse existentes en cabeza de cada uno de los afiliados como para desestimar el tratamiento concentrado del conflicto. Por el contrario, advierto que existe un claro predominio de los puntos fáctico jurídicos comunes, calidad que autoriza a tramitar el **sub lite** en el modo en que ha sido propuesto (es decir, como un proceso colectivo en defensa de derechos individuales homogéneos). Ello, por otra parte, sumado a las **notables dificultades que generaría la constitución de un litisconsorcio** facultativo entre los miembros del grupo afectado, y teniendo en cuenta, además, la adecuada representación que han tenido en el caso los intereses de los usuarios lesionados. Finalmente, también se advierte que la escasa significación económica respecto de cada usuario (ver código "resol. 110 INAC - no asociado" a fs. 32 vta. y 44 vta.), no justificaría la promoción de procesos individuales. **7) La legitimación colectiva del "afectado". Efectos expansivos de la decisión.** Definida así la existencia de un derecho de incidencia colectiva en el **sub discussio**, cabe ahora analizar si corresponde reconocer legitimación al afectado para su tutela. Entiendo que la respuesta a este interrogante debe ser también afirmativa. En efecto, si bien en el **sub lite** el actor es un usuario "afectado", ha articulado su pretensión de cesación no sólo en procura de su interés

particular, sino además en defensa de los restantes sujetos servidos por la demandada, a quienes se cobre el rubro denominado "resol. 110 INAC - no asociado" (v. fs. 32 vta. y 44 vta.). Por lo que, en definitiva, se trata del ejercicio de la legitimación que el art. 43 segundo párrafo de la Constitución nacional reconoce a los afectados para la defensa de derechos de incidencia colectiva. Vale destacar que en nuestra Provincia, asimismo, el Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios (ley 13.133) habilita la legitimación los consumidores y usuarios "en forma individual o colectiva" en casos de amenaza o afectación de sus "derechos subjetivos, de incidencia colectiva o intereses legítimos" (art. 26 inc. "a", ley cit.). Esta definición permite expandir subjetivamente los efectos del decisorio favorable en beneficio de los restantes usuarios del servicio eléctrico prestado por la entidad accionada. Independientemente de que esta solución (extensión subjetiva de la sentencia en beneficio de los integrantes del grupo afectado) se imponía con anterioridad a la reforma de la ley 24.240, como lógica derivación del carácter grupal de la legitimación (v. asimismo art. 28 inc. "a", ley pcial. 13.133), cabe señalar que la modificación introducida al art. 55 del cuerpo normativo citado en primer término, estatuye ahora sobre la materia de modo expreso (art. 55, ley 24.240, texto según ley 26.361 -B.O., 7-IV-2008-). ... **A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:** ... d. Pues bien, por más que el punto de partida de esta cuestión sigue siendo aquél que establece que los litigios deben ser entablados por y en nombre, de las partes individuales afectadas (conf. S.C. U.S.A., *in re* Califano v. Yamasaki, U.S. 682 700-701, 1979) y que por ende la cosa juzgada limita su eficacia en principio respecto de ellas y no de otras, ajenas al litigio, es innegable que la incorporación del art. 43 de la Constitución nacional ha abierto paso a las formas de legitimación expandida (y con ello a los casos colectivos), que habilitan incluso la incoación del proceso por personas u órganos que no titularizan la relación jurídica sustancial objeto del conflicto. Ello replantea el papel del juez al situarlo al frente de un marco procesal que contribuye a racionalizar el debate y resolución de estos asuntos colectivos, de interés general o de implicación masiva, caracterizados por marcada complejidad, y a economizar el servicio de justicia. Con todo, del art. 43 no se deriva la automática y objetiva aptitud para demandar para cualquier persona, sin un examen previo de la existencia de una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción (v. Fallos: 333:1023, voto del doctor Petracchi, cons. 9; v. tb. C.S.J.N., R. 859. XLVIII, "Roquel, Héctor Alberto c/Santa Cruz, Provincia de s/acción de amparo", sent. de 10-XII-2013, cons. 4º y 5º), ni permite sostener la ligera admisión de la cosa juzgada extrapartes. En atención al tipo de lesión o infracción denunciada, de la situación subjetiva comprometida, el debate realizado y los restantes contornos de la litis, los tribunales habrán de acudir a variados arbitrios para favorecer la mejor composición de esos conflictos (v.gr., la declaración de inconstitucionalidad

con eficacia *ex tunc* o *ex nunc*; total o parcial; conteniendo mandatos complementarios; etc.; v. mi voto, en la causa I. 2612; v. doct. C.S.J.N., doct. *in re*; V.856.XXVIII, "Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", sent. de 3-V-2005, punto 7 del resolutorio de mayoría; B.675.XLI, "Badaro", cit.; G. 147. XLIV. Recurso de Hecho, "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/causa N° 7537", sent. de 2-XII-2008, cons. 6), 9) y 13); A. 910. XXXVII; REX, "Administración Federal de Ingresos Públicos c. Intercorp S.R.L., sent. de 15-VI-2010, cons. 22 y 23), entre los cuales ha de estar presente también la expansión subjetiva de los efectos del pronunciamiento...." (el subrayado me pertenece).

3. SOBRE EL REQUISITO DE LA REPRESENTATIVIDAD ADECUADA Y SU CUMPLIMIENTO PARA EL CASO A TRATAR.

Los arts. 52, 53, 54 y 55 de la LDC no contienen previsiones en cuanto al requisito de la "representatividad adecuada" en materia de acciones colectivas. Sin perjuicio de ello, en "Halabi" la CSJN determinó que tal requisito debe ser analizado por los tribunales referirse a la idoneidad del representante como uno de los "recaudos" de la acción colectiva (consid. 14°).

El requisito de la representatividad adecuada configura uno de los pilares fundamentales del sistema federal de acciones de clase estadounidense, modelo que nuestra CSJN ha decidido seguir para el trámite de este tipo de procesos colectivos. Allí, en su apartado (a.) (4.) la Regla 23 establece que la acción de clase sólo será certificada en la medida que los representantes protejan justa y adecuadamente los intereses de la clase (*fairly and adequately protect the interests of the class*). Es decir, a través de este requisito la acción de clase no vulneraría el derecho al debido proceso legal de los miembros que conforman el grupo afectado¹¹.

Siguiendo esta línea, debe tenerse en cuenta que en el marco de un litigio tradicional la "seriedad" del actor se encuentra generalmente asegurada por el hecho de acordarse legitimación (*standing*) sólo a la persona afectada directamente en su propia esfera

¹¹ GIDI, Antonio "Las acciones colectivas en Estados Unidos", en la obra "Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivo se individuales homogéneos en una perspectiva comparada", GIDI – Mc. GREGOR (coordinadores), Ed. Porrúa, México, 2003, p. 6.

individual¹². Nadie mejor que uno mismo para cuidar sus derechos, o bien –en principio- nadie más interesado en hacerlo.

En cambio, dentro del marco de un proceso representativo donde el miembro de la clase no participa activamente en el trámite, el sistema debe prever mecanismos de control para asegurar que quien pretende discutir sobre el conflicto haga obtener a los miembros ausentes una solución que no sería mejor de aquella que obtendrían si estuvieran defendiendo personalmente sus intereses¹³. De esta premisa surge la previsión de la Rule 23 (a) (4) y el carácter esencial que reviste para el sistema.

Sin embargo, este control judicial de la idoneidad del representante sólo debe aplicarse en nuestro sistema jurídico a personas individuales. Como señalan Maurino y Sigal al trabajar sobre el tema: “...La adecuación de estas representaciones está definida por el art. 43 CN., y aceptada por la Ley de Defensa de Consumidor 24240 (...) Las normas mencionadas consagran -a priori- que estos sujetos tienen representatividad suficiente para defender judicialmente los derechos de incidencia colectiva. **En el caso de las ONGs la legislación evita la necesidad de análisis jurisdiccional de la representación caso por caso, dada la habilitación legal-administrativa y previa -mediante la inscripción en el Registro de Asociaciones de Consumidores...**”¹⁴ (énfasis agregado), la pregunta al respecto sería, qué sucede cuando existan más de una O.N.G., cuyo objeto social sea coincidente, y pretendan, ambas o más, presentarse invocando los intereses del grupo o clase, cuál sería el mecanismo para controlar y definir qué O.N.G. se encuentra en mejor posición para representar a dicho grupo, cómo se resolvería el tema es un inquietante; inclusive, para aquellos supuestos donde aquella Asociación que se encuentre interviniendo, de primera mano, carezca de entidad suficiente frente a otra con mayor reputación en la temática. Y aún más, me pregunto cómo funcionaría el concepto de representación adecuada, cuando sea una la Asociación que haya recibido varias denuncias sobre un hecho, en donde se podría interpretar como el interés de los afectados para que sea la legitimada, como forma de aval de su intervención, y no obstante, tome cartas en el asunto otra Asociación. Hechos estos que, como apoderada de una O.N.G. de consumo, son palpables diariamente, y no encuentran respuestas aún.

¹² CAPPELLETTI, Mauro “Vindicating the public interest through the courts: a comparativist’s contribution”, Access to Justice, vol. III (Emerging Issues and Perspectives), Dott. A. Giuffrè Editore, Milan, 1979, p. 561.

¹³ GIDI, Antonio “Las acciones colectivas en Estados Unidos”, en la obra “Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivo se individuales homogéneos en una perspectiva comparada”, GIDI – Mc. GREGOR (coordinadores), Ed. Porrúa, México, 2003, p. 6.

¹⁴ MAURINO, Gustavo - SIGAL, Martín “Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, SJA 22/4/2009.

En tal sentido, la Corte Suprema ha mostrado especial énfasis en “la necesidad de controlar durante todo el trámite que el legitimado colectivo sea un representante adecuado del grupo que busca defender”.

Desde tal inteligencia, la acordada 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispone que el juez de la causa deberá, entre otras cosas que se especifican en la acordada que tiene su alcance en los juzgados nacionales, requiere la necesidad de control, durante todo el proceso, y reconocer la idoneidad del representante.

Entiendo que esta suerte de capacidad e idoneidad del accionante y de su abogado para representar al grupo afectado puede prejuizarse en base a las actuaciones continuadas en el tiempo en pos del beneficio de la clase a la que representa, y los resultados obtenidos. Aunque existen otras posturas que estiman que debe basarse en la experiencia y reputación.

Por lo expuesto, cabe tener por acreditada la capacidad representativa de una ONG, si se encuentra debidamente autorizada para funcionar como organización de defensa del consumidor tanto a nivel provincial como nacional, y siempre que cuyo objeto estatutario se lo permita.

3.1. CLASE REPRESENTADA: DETERMINACIÓN CUALITATIVA Y CUANTITATIVA.

Ante la inexistencia de una normativa de fondo que regule expresamente la temática en relación a los procesos de índole colectiva, la exigencia de los recaudos necesarios y específicos se recaban de los diversos fallos dictados por la CSJN a lo largo de todos estos años posteriores a la incorporación en la Constitución Nacional como la aprobación del nuevo CCyCN que los recepta de manera expresa.

Retomando los fallos citados, bajo análisis, cabe destacar que, al dictar sentencia en la causa “Halabi” del 24.02.2009, la CSJN sostuvo que *“la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado”* (consid. 20°), es decir, que se trata de la determinación cualitativa de la clase representada por la asociación civil que tutela ese tipo de derechos.

Además de la precisa caracterización del grupo afectado, en “Halabi” la CSJN señaló que, para habilitar la acción colectiva en defensa de derechos individuales homogéneos, la parte actora debe acreditar que exista una *“pluralidad relevante de derechos individuales”* (consid. 13°), lo que hace presumir al requisito de la determinación cuantitativa de la clase afectada y que se encuentra siendo representada por la asociación civil que propende a esos fines

Ya en la causa “Padec c/ Swiss Medical” de fecha 21.08.2013 por primera vez la corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce legitimación activa a una asociación de consumidores para iniciar una acción de clase relacionada con el derecho de consumo, tal como se referenció.

Aquí, la CSJN reafirma la posibilidad del inicio de acciones de clase siempre y cuando se cumplan tres requisitos básicos que consisten en: 1) Que exista una “homogeneidad fáctica y normativa” entre los individuos que conforman la clase que lleve a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada; 2) Que lo que se pretenda concretamente se relacione con aspectos colectivos y no con lo que cada sujeto pueda reclamar individualmente; y 3) Que el interés individual de cada potencial reclamante no sea de una entidad tal que justifique el inicio de juicios individuales (aunque este requisito puede ser dejado ante casos especiales donde se discutan temas tradicionalmente postergados como medio ambiente, el consumo o la salud, entre otros posibles). Además, en lo que es tal vez la parte más novedosa del fallo, la CSJN luego de reconocer que esos requisitos se cumplen en el caso concreto, ordena remitir el expediente al juzgado de origen para que allí se encuadre el trámite del caso en las pautas del artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor cumpliéndose con los siguientes requisitos adicionales: a) Que se identifique de manera precisa el grupo o clase involucrado en el caso; b) Que se supervise la idoneidad de la parte actora para representar a ese grupo o clase; c) Que se arbitre un procedimiento para notificar a las persona que pudieran tener interés en el resultado del juicio; y (d) Que se implementen medidas de publicidad para evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con idéntico objeto.

En esta tesitura, con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en un reciente fallo, también sobre la temática de la legitimación en los procesos colectivos, pero en este supuesto rechazándola.

4. INEXISTENCIA DE LEGITIMACIÓN COLECTIVA. FALLO “ABARCA”. CSJN DEL 06.09.2016.

En fecha 06.09.2016, en los autos “*Abarca, Walter José y otro c/ Estado Nacional Ministerio de Energía y Minería y otro s/ Amparo Ley 16986*” (N° FLP 1319/2016/CS1), la Corte Suprema, por unanimidad, tuvo la oportunidad de pronunciarse en este tema tan neurálgico para los procesos colectivos.

Se trataba de un grupo de legisladores de la provincia de Buenos Aires que interpusieron una acción de amparo en su carácter de usuarios y consumidores del servicio de energía eléctrica de las distribuidores Edesur S.A. y Edenor S.A., y en representación, en forma genérica, de los usuarios y consumidores de la provincia de Buenos Aires, sin más, sólo por su condición de diputados. Posteriormente adhirieron como terceros interesados en el litigio, tanto el Secretario General interinamente a cargo de la Defensoría del Pueblo de la provincia, como el Presidente de un Club Social y el Presidente, Vicepresidente y el apoderado del Partido Justicialista de la provincia. Lo que se cuestionaba eran las resoluciones del Ministerio de Energía y del ENRE que establecían un nuevo cuadro tarifario para el servicio de energía eléctrica. En la primera instancia la acción fue rechazada, luego la Cámara Federal de Apelaciones de esta ciudad de La Plata la revocó y dictó una medida cautelar suspendiendo así una medida cautelar y suspendió los aumentos por tres meses, lo que dio lugar a la apelación por parte de las demandadas.

El caso llega a la Corte Suprema, que se abocó, *ad initio*, en el examen de la legitimación para actuar en representación del colectivo, lo que pone en evidencia que este tema resulta ser el primer paso, de vital importancia, para el tratamiento de este tipo de cuestiones de índole colectiva.

La Corte Suprema revocó el fallo de segunda instancia, dejando sin efecto la cautelar dictada por considerar que ninguno de los actores tenía legitimación para actuar representando los intereses colectivos conformado por “todos los usuarios del servicio de energía eléctrica de la provincia de Buenos Aires”.

No obstante, y en consideración, asimismo, a la legitimación para obrar, la Corte Suprema dispuso el reenvío de las actuaciones al juez de primera instancia a los efectos que verifique la representación que pudiera ejercer la entidad civil sin fines de lucro del Club Social y Deportivo, para alguna categoría determinada de clubes. Ello pone en evidencia cierta que

toda aquella entidad no gubernamental que actúe en defensa de intereses ajenos, como lo es el interés colectivo, debe circunscribirse solamente en aquel ámbito al cual pertenece y comprende su objeto societario, dejando así de lado, las representaciones generales y abstractas.

Para llegar a resolver de esta manera, la Corte se basó en su precedente “Halabi”, como así también, en lo resuelto en el caso “Centro de estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería”, expte. FLP 8399/2016/CSI de fecha 18 de agosto de 2016, en el que la Corte Suprema por unanimidad resuelve que no se habían respetado el derecho de participación de los usuarios bajo la forma de audiencia pública previa. En este caso, también la Corte se adentró en el tema en cuestión, y brindó pautas precisas al respecto al sostener que: *“... la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta o acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción. Solo a partir de una certera delimitación del colectivo involucrado, el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encuentra comprometido o de no admitirse la acción colectiva”* (considerando 41°). Asimismo indicó que *“... el cumplimiento de todos estos recaudos debe extremarse cuando las decisiones colectivas puedan incidir –por sus efectos expansivos- en la prestación de un servicio público. Ello así, en tanto decisiones sectoriales en materia tarifaria pueden afectar la igualdad en el tratamiento de los usuarios, aplicando un aumento para algún sector de la sociedad y no para otro que se encuentra en igualdad de condiciones. Asimismo, decisiones de esta naturaleza pueden alterar el esquema contractual y regulatorio del servicio, afectando el interés general comprometido en su prestación”* (considerando 43°).

Puntualmente, en el caso en cuestión, estableció que la legitimación de Walter Abarca y Evangelina Elizabeth Ramírez fundada en su carácter de miembros integrantes de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires no contaba con la legitimación necesaria para intervenir en nombre y representación de los intereses colectivos de los usuarios de gas de la provincia de Bs.As.

En el considerando 1° del fallo se indica que la acción de amparo colectivo fue promovida por diversas personas "en su carácter de usuarios y consumidores del servicio de energía eléctrica de las distribuidoras Edesur SA y Edenor SA, y en representación de los

usuarios y consumidores de la Provincia de Buenos Aires en su condición de diputados de dicha provincia". La Corte no evaluó la legitimación de dichas personas en tanto usuarios del servicio afectados por la normativa impugnada. Tampoco surge del fallo si efectivamente estas personas habían acreditado tal calidad.

3.2 EL CASO PARTICULAR: LA LEGITIMACIÓN COLECTIVA DE LA CLASE TRABAJADORA.

Como es sabido, en el ámbito laboral se ubica la primera de las legitimaciones colectivas dispuesta legislativamente. Mucho antes de la reforma constitucional del año 1994, la ley de Asociaciones Sindicales, ya establecía expresamente el derecho de los sindicatos a representar los intereses individuales y colectivos de los trabajadores (arts. 23 inc. b y 31 inc. a de la Ley 23.551). Dicho art. 31 otorga el derecho de representar colectiva e individualmente a los sindicatos con personería gremial, es por ello que la CSJN debió ampliar dicha representación en el precedente 598/2007 (43-A) "Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad" (sentencia del 18/06/2013) donde consideró que una asociación sindical simplemente inscripta también contaba con legitimación "a los fines de accionar judicialmente en defensa de los intereses colectivos de los trabajadores". Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que según el Decreto PEN 467/88 en su artículo 22 dispone que la asociación sindical *"para representar los intereses individuales de los trabajadores deberá acreditar el consentimiento por escrito, por parte de los interesados, del ejercicio de dicha tutela"*. Dicho requisito, resulta contrario a lo establecido por el art. 99 inc. 2 de la Constitución Nacional, compartiendo lo postulado por Capón Filas (2018) al incurrir en un claro exceso reglamentario atento la ley no condiciona dicha representación a la autorización previa por escrito, por lo que podría ser declarado inconstitucional.

Siguiendo esta idea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2015 confirma lo sostenido en la causa "Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad", sentencia del 18 de junio de 2013 y aclara que dicha norma es aplicable solamente para la representación de los derechos individuales: *"(...) la reglamentación solo impone tal requisito a los sindicatos cuando asumen la defensa de los intereses individuales de sus representados pero no cuando, como en este caso, procuran salvaguardar intereses colectivos (art. 22 del decreto 467/88, reglamentario de la ley 23.551)* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Federación Única de Viajantes de la República Argentina y otro c/ Yell Argentina SA s/ cobro de salarios).

Debe destacarse que la facultad de postular acciones colectivas en representación de

grupos de trabajadores no es excluyente de las asociaciones sindicales con personería gremial o simple inscripción, sino que también se encuentran claramente legitimados todos aquellos individualizados en el art. 43 de la Constitución Nacional, sin existir impedimento alguno para ello.

Por lo que, no hay lugar a dudas que también podría iniciar esta acción uno de los afectados en representación de todo el colectivo; el defensor del pueblo; y el resto de las asociaciones que propendan a esos fines en sus objetos societarios, sin que sean necesariamente organizaciones sindicales, pero que se encuentren registradas conforme a la ley.

Sin perjuicio de ello, es necesario hacer aquí una delimitación respecto de que categoría de derechos se encontraría facultada una asociación sindical para promover acciones colectivas. En nuestra interpretación actual de las normas y los distintos precedentes jurisprudenciales, las asociaciones sindicales no deberían tener impedimentos para accionar por intereses puramente colectivos; por derechos individuales homogéneos y por derechos individuales.

3.3 DE LAS ASOCIACIONES DE TRABAJADORES CON SIMPLE INSCRIPCIÓN.

En el precedente *“Asociación de Trabajadores del Estado s/ Acción de inconstitucionalidad”* (A. 598. XLIII): en dicha relevante jurisprudencia de nuestro máximo tribunal se puso fin a la monopolización de la tutela colectiva de los sindicatos con personería gremial habilitando a todos aquellos gremios que cuentan con simple inscripción gremial a instar este tipo de acciones. Ello si bien como advierte Verbic dicho fallo no menciona el art. 43 de la CN deja en claro la capacidad de representación colectiva que poseen los gremios con simple inscripción gremial. Allí la Corte sostuvo: *“(...) en suma, con arreglo a los antecedentes de los que se ha hecho mérito, no cabe sino concluir en que el derecho invocado por la coactora A.T.E. de representar los intereses colectivos de los trabajadores municipales a los efectos de promover el presente reclamo judicial, está inequívocamente reconocido por las aludidas normas de jerarquía constitucional. Normas con las cuales, por ende, es incompatible el precepto legal aplicado por el a quo (art.31.a de la ley 23.551), en la medida en que los privilegios que en esta materia otorga a las asociaciones con personería gremial, en desmedro de las simplemente inscriptas, exceden el margen autorizado por las primeras”* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *“Asociación de Trabajadores del Estado s/ Acción de inconstitucionalidad”* (A. 598. XLIII).

En igual sentido se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su jurisprudencia

más reciente, a través de un nuevo precedente, en efecto, en la causa “Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c. Autopistas del Sol S.A. s/ acción de amparo”, (CSJN, 04/03/2021, LA LEY Cita Online: AR/JUR/1204/2021) la Corte Suprema dispuso que el artículo 38 de la ley 23.551, en cuanto excluye en forma arbitraria a las asociaciones simplemente inscriptas del régimen de retención de aportes a sus afiliados, lesiona la libertad sindical, en su faz individual y colectiva, por lo que resulta inconstitucional.

Agrega luego, que la extensión de los supuestos de retención de la cuota sindical a las asociaciones de trabajadores simplemente inscriptas, no afecta a los empleadores ni les impone una carga excesiva, pues el procedimiento para implementarla respecto de los trabajadores afiliados a los sindicatos simplemente inscriptos es el mismo que utilizan para los trabajadores afiliados al sindicato con personería gremial.

Y aclara que el sistema de retención de cuotas sindicales del art. 38 de la ley 23.551 constituye un privilegio para las asociaciones con personería gremial en detrimento de las simplemente inscriptas, que produce una disparidad de trato irrazonable entre los dos tipos de organizaciones.

Para así decidir, la Corte Suprema se hizo eco de las denuncias que había hecho ATE ante la OIT en Ginebra, que había generado dictámenes de la Comisión de Libertad Sindical cuestionando la Ley de Asociaciones Gremiales. Así fue que en “ATE c/ M. de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales” (Fallos: 331:2499, 14-2-2008) en donde se estableció que es inconstitucional que los delegados del personal deban estar afiliados a la respectiva asociación sindical con personería gremial y por ende extendió ese derecho a los sindicatos con simple inscripción.

También se había expedido la Corte, avanzando un paso más en el caso “Orellano F.D. c/Correo Oficial RA” cuando estableció que solo una entidad sindical representativa, sea simplemente inscripta o con personería, puede promover la huelga con los alcances del art. 14 bis de la Constitución Nacional, (CSJN, 07/06/2016).

Sin embargo, alterando la tendencia precitada la Corte Suprema en el caso “ADEMUS c/Municipalidad de Salta” la Corte Suprema no admitió a una entidad simplemente inscripta para que participe de un convenio colectivo celebrado por un sindicato con personería, (CSJN, 3-9-20).

Finalmente, todo desencadenó en este nuevo caso “Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c. Autopistas del Sol S.A.” donde la Corte Suprema incursiona por primera vez en la esfera patrimonial de los sindicatos con simple inscripción, al hacer exigible la cuota sindical e imperativo el cobro a través de la retención del empleador,

cuando hasta ahora solo se había referido a la cobertura de representación, a la tutela, y al derecho de huelga.

PALABRAS FINALES.

La noción conceptual sobre los derechos de incidencia colectiva, en sentido amplio, comprende a los llamados derechos de incidencia colectiva referidos a bienes colectivos indivisibles y de uso común, y a los derechos de incidencia colectiva referidos a derechos individuales homogéneos (en términos de "Halabi"), todos amparados constitucionalmente y para cuya defensa es viable la legitimación que le cupe a las asociaciones civiles que propendan a esos fines (art. 42 y 43C.N.)

En el contexto del nuevo CCiv.yCom., y haciendo uso del concepto de diálogo de fuentes, que establece una intercomunicación normativa entre el Código y las leyes especiales, en consonancia con las reglas de interpretación propias de la ley de defensa del consumidor, en su artículo 3 que sienta una de las reglas más importantes del derecho del consumidor por el cual se establece que las situaciones dudosas deben resolverse aplicando el criterio más favorable al consumidor o usuario siendo que el mismo principio aparece reforzado en el art. 1094 CCyC, se consagran este tipo de derechos y la posibilidad de su defensa por parte de las asociaciones civiles que amparen dicho tipo de derechos que se encuentren siendo vulnerados.

En este sentido, el principio protectorio, utilizando el criterio más favorable en las relaciones de consumo, comerciales, económicas, se aparta de los principios generales sobre la interpretación de los contratos prevista en los arts. 1061 a 1068 CCyC. En ese orden, se deja de lado lo dispuesto en el art. 1061 CCyC que dispone que los acuerdos deben interpretarse conforme la voluntad de las partes. Cuando se trata de relaciones de consumo, prevalece la conveniencia del usuario consumidor sobre la intención real o presunta de la parte.

El proteccionismo legal de la ley 24.240, como surge del art. 1, es una ley cuya finalidad no es la libertad contractual, ni la obligatoriedad de los contratos, ni la igualdad de los contratantes, sino la protección de los usuarios y los consumidores.

Siguiendo esta línea de ideas, se interpreta que la categoría de derechos de incidencia colectiva alude a la noción conceptual amplia, resulta consistente con el texto constitucional y con previsiones del nuevo CCyC.

En consecuencia, la protección de los derechos de incidencia colectiva en el nuevo CCiv.yCom. (art. 1737) comprende también las situaciones implicadas en los casos usualmente caracterizados como derechos individuales homogéneos.

En estos veintinueve años desde la última reforma de la Constitución Nacional y la recepción de esta categoría de derechos de tercera generación, su imperiosa necesidad de protección legal, garantizaría la real y concreta actuación de toda aquella organización no gubernamental que de manera adecuada represente los derechos de la clase que se encuentran vulnerados.

Desde mi punto de análisis resulta imperioso contar con una norma de fondo que cree un sistema legal específico para identificar cuál/les serían los parámetros necesarios que impliquen una adecuada representatividad en este tipo de reclamos y procesos de índole colectivo, en consideración con los posibles reclamos en base a las distintas ramas del derecho, cuál/es serían las posibles soluciones ante la superposición de la representación de entidades con igual o similar objeto, ello entre otros tantos temas más que hacen a este tipo de derechos supraindividuales, muchas veces incuantificable e indivisibles, para garantizar la eficacia en la protección de esta clase de derechos atento esta naturaleza colectiva, y de efecto *erga omnes* que todo tipo de resolución tanto en el ámbito administrativo como judicial pueda desencadenar en la clase representada.

Jurisprudencialmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fijado ciertas pautas que dan cuenta de la legitimación para actuar en juicio de aquellas organizaciones no gubernamentales (ONG) que protejan los intereses colectivos, en los términos del art. 43 de la Carta Magna agregado en la reforma constitucional de 1994.

Ellos son a través de los fallos “Halabi”, “Padec”, “Abarca” y “López”, sin dejar de lado la existencia de otros fallos relacionados con el tema, pero que éstos, por su importancia y por tratarse de casos pioneros en la temática, han sentado jurisprudencia en el derecho argentino.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el Derecho Brasileño”, en Rev. Jurídica de la Pcia. de Buenos Aires, Ed. Platense, Nº 34, julio de 1983, pág. 61 y ss.

- BARRA, Rodolfo Carlos, “Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia”, en El Derecho, T. 169, pág. 433.

- BIDART CAMPOS, Germán, “La legitimación procesal activa en el párrafo 2º art. 43 de la Constitución Nacional”, en El Derecho, T. 166 (1996), pág. 860 y ss.

- BIANCHI, Alberto B., “Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala”, en Rev. Argentina del Régimen de la Administración pública (RAP), abril de 1998, año XX, Nº 335, págs. 19-20.

- CAFFERATA, Néstor, “La legitimación para obrar y los intereses de grupo. El emergente como legitimado para obrar en causales ambientales”, en Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros, en La Ley, V. 2000, pág. 190 y ss.

- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *El negocio jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 391 y ss. Y en Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado, volumen I, 1ra edición, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2014.

- CARELLO, Luis Armando, “Algunas consideraciones sobre la legitimación grupal”, Año int. 16, V. 49, Nº 3593, 9/2/1989, pág. 2 y ss.

- CAPPELLETTI, Mauro, "La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil (metamorfosis del procedimiento civil)"; y "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año XI ns. 31/32 (enero/agosto 1978), págs. 1-40.
- CUETO RÚA, Julio, "La acción por clase de personas", en La Ley, T. 1988-C, pág. 952 y ss.
- FISS, Owen, "La Teoría política de las acciones de clase" (Traducción: Roberto Gargarella), en Rev. Jurídica de la Universidad de Palermo, abril de 1996, pág. 11-12.
- GIANNINI, Leandro J., "Legitimación en las acciones de clase", en La Ley, T 2006-E, pág. 916 y ss.
- GIANNINI, Leandro J., "Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción de derechos de incidencia colectiva", en La Ley, T. 2008-A, pág. 97 y ss.
- GIDI, Antonio, "Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil".
- GORDILLO, Agustín A., "La legitimación en el amparo: asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva", en La Ley, T. 1995-E, pág. 516 y ss.
- GORDILLO, Agustín A., "Derechos de Incidencia Colectiva", en Rev. El Derecho Administrativo Argentino Hoy, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, pág. 274 y ss.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo, "La noción de afectado a los fines de acreditar la legitimación procesal", en La Ley, T. 1996-D, pág. 1004 y ss.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo, "Legitimación para actuar en el juicio de amparo", en La Ley, T. 1994-C, pág. 970.
- HITTERS, Juan Carlos, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", T. II, Sistema Interamericano, Buenos Aires, Ediar, 1993, pág. 335.

- HUPKA, Joseph, “La representación voluntaria en los negocios jurídicos”, Madrid, V. Suárez, 1930.
- JIMENEZ, Pablo Eduardo, “Evaluación de algunos matices conflictivos respecto de la legitimación para obrar en el amparo en procura de la defensa de los derechos humanos de la tercera generación”, en *El Derecho*, T. 170, pág. 1153.
- JIMENEZ, Pablo Eduardo, “Qué tan amplia es la legitimación para requerir tutela que confiere el art. 43 de la Constitución Nacional”, en *La Ley*, T. 2004-C, pág. 268 y ss.
- LOZANO HIGUERO PINTO, Manuel, “Legitimación e intereses difusos. Últimas tendencias del Derecho Español”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1998-I, pág. 74 y ss.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, “Justicia Colectiva”, Ed. Rubinzal Culzoni, 1º Edición, Marzo de 2010.
- MORELLO, Augusto Mario, "La Defensa de los Intereses Difusos y el Derecho Procesal", en *Jurisprudencia Argentina*, 1978-III, pág. 321 y ss.
- MORELLO, Augusto Mario, HITTERS, Juan Carlos y BERIZONCE, Roberto Omar, "La Defensa de los Intereses Difusos", en *El Derecho*, 1982-IV, pág. 701 y ss.
- MORELLO, Augusto Mario y SBDAR, Claudia, "Acción Popular y Procesos Colectivos", Lajouane, 1ra Edición.
- OTEIZA, Eduardo – VERBIC, Francisco, “La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo "Halabi"?", *La Ley online*, 10.03.2010
- VARGAS, Abraham Luis, en OTEIZA Eduardo (coord.), “Procesos Colectivos”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pág. 215 y ss.
- VERBIC, Francisco, “Procesos Colectivos”, Astrea, Buenos Aires, 2007, pág. 104 y ss.

FALLOS.

- “Kattan, A. E. y otro c/ Gobierno Nacional –Poder Ejecutivo s/ Amparo”, sentencia de 22 de marzo de 1983, Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 2 de Capital Federal.

- “Shroder, Juan c/ Estado Nacional (Secretaría de Recursos Naturales) s/ Amparo”, sentencia de 8 de septiembre de 1994, Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal Sala III de Capital Federal.

- “Mendoza Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 20.06.2006.

- “Halabi Ernesto c/ PEN –Ley 25873 – Dto. 1563/04 s/ Amparo ley 16.986”. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 24.02.2009.

- “Rossi Adriana María c/ Estado Nacional (Armada Argentina) s/ Sumarísimo”. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 09.12.2010.

- "Padec c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales", Corte Suprema de Justicia de la Nación 21.08.2013.

- "Abarca, Walter J. y otro c. Estado Nacional - Ministerio de Energía y Minería y otro s/amparo ley 16.986" (FLP 1319/2016/CS1) del 6/9/2016, Corte Suprema se expidió revocando la medida cautelar dispuesta por la Sala II de la Cámara Federal de La Plata por unanimidad al considerar que no hay "causa o controversia" que habilite la intervención del Poder Judicial en los términos de los arts. 116 de la CN y 2 de la ley 27, habida cuenta de la falta de legitimación de los distintos actores que conformaban el polo activo de la relación procesal.

- “López, Rodolfo Osvaldo contra Cooperativa Eléctrica de Pehuajó. Sumarísimo", Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. 26.03.2014.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación de Trabajadores del Estado s/ Acción de inconstitucionalidad” (A. 598. XLIII).

- Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c. Autopistas del Sol S.A. s/ acción de amparo”, (CSJN, 04/03/2021, LA LEY Cita Online: AR/JUR/1204/2021)

NORMATIVAS.

- Art. 26 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, arts. 22 inc. 2 y 23 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, art. 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- Art. 43 Constitución Nacional.
- Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.
- Ley General del Ambiente.
- Ley de Defensa del Consumidor.
- Ley de Asociaciones Sindicales.
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, comentado, 1ra edición, dirección, Bueres Alberto J., editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2014.
- Acordada 12/16, Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos.

Cursante: Natalia A. Perea Deulofeu

e-mail: npdeulofeu@yahoo.com.ar

Postgrado en Derecho Civil Fac. Cs.
Jurídicas y Sociales UNLP