

# DESAFÍOS DE LOS PROCESOS COLECTIVOS. LA INVIABILIDAD DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL COMO RECAUDO PREVIO<sup>1</sup>

CHALLENGES OF COLLECTIVE PROCESSES. THE INVIABILITY OF INDIVIDUAL ACTION AS A PREVIOUS PRECAUTION

Por *Yessica N. Lincon* (\*)

**RESUMEN:** La admisibilidad del reclamo colectivo que canaliza judicialmente pretensiones individuales homogéneas requiere, en la instancia liminar del juicio, no solo de la acreditación de la causa fáctica común, sino que la vía se presente como más idónea o superior a la acción individual. No obstante, si se involucran asuntos de tutela preferente para el estado nacional, el análisis de la procedencia de la superioridad de la vía en la oportunidad de sentenciar, luce, no solo prudente, sino conforme al sistema interamericano de derechos humanos.

**PALABRAS CLAVES:** Proceso colectivo – causa Halabi – Tutela preferente – admisibilidad de la vía

**ABSTRAC:** The admissibility of the collective claim that channels judicial homogeneous individual claims requires, in the liminal instance of the trial, not only the accreditation of the common factual cause, but the way is presented as more suitable or superior to the individual action. However, if preferential guardianship issues are involved for the national state, the analysis of the provenance of the superiority of the way in the sentencing opportunity, looks, not only prudent, but according to the inter-American human rights system.

**KEY WORDS:** Collective process - Halabi case - Preferential protection - admissibility of the way



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar.  
© Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/cdp.2019\(7\)01](http://dx.doi.org/10.22529/cdp.2019(7)01)

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 5 de abril de 2019 y aprobado para su publicación el 7 de junio de 2019.

Parte del contenido del artículo fue presentado en marco de las VI Jornadas Provinciales de Derecho Público efectuadas en la Universidad Católica de Córdoba del 10 al 11 de octubre de 2018.

(\*) Abogada. Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Castilla La Mancha, España) y en Derecho Público (U.N.C.). Prof. Titular de Derecho Público Provincial y Municipal (U.C.C). Miembro del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y del Instituto de Gestión en Sistemas de Justicia. Facultad de Derecho (UCC). Secretaria Poder Judicial de Córdoba

### **I.- La impotencia del proceso civil clásico<sup>2</sup>**

El proceso civil en Córdoba, con el rígido esquema de la dualidad de partes y estructurado bajo los lineamientos de un derecho privado cerrado a las influencias y mandatos del derecho público, no se impregnó del auge reformista que acompañó el retorno a la democracia constitucional.

Por el contrario, mantuvo la matriz ideológica importada en su momento por Velez Sársfield en su Código, con los conceptos y herramientas diseñadas por la primer Corte Suprema de la Nación en la Ley 50<sup>3</sup>, que trasladaba a nuestra realidad la ley de enjuiciamiento española con el sistema netamente escrito.

Recordemos que, anticipándose a la reforma de la carta magna nacional de 1994, aconteció en Córdoba la redefinición total de la constitución local<sup>4</sup>, cuya importancia no solo hemos de destacar por haber sido fruto del consenso entre diferentes sectores políticos, sino por sus ideas fuerza, dentro de las cuales cabe resaltar el reconocimiento de nuevos derechos y garantías y el avance hacia la internacionalización de los derechos humanos.

Al no receptar la norma procesal de 1996 los valores, los nuevos derechos reconocidos, como así tampoco ampliar las herramientas procesales, resultó desbordado en la praxis diaria.

Ello se sumó luego a la circunstancia de que la reforma de la Carta Magna federal tampoco impactó de manera inmediata en la normativa civil y comercial, operando su reforma y “constitucionalización” recién 21 años después.

Así, con la concepción individualista de la normativa procesal y de la civil, ceñida a una tutela formalmente igualitaria de las partes, de la cual se hizo un dogma, se enfrentó, por un lado, a reclamos de tutela judicial efectiva y cambios o ajustes procedimentales de sectores que en la realidad (social, cultural e incluso económica) no se encontraban en paridad de circunstancias.

Por el otro, a demandas de acceso a la justicia en condiciones de eficacia, canalizando derechos, intereses o situaciones jurídicas colectivas o bien individuales con repercusión colectiva.

El nuevo marco conceptual derivado del dinamismo propio de la sociedad reclamaba un *aggiornamento* no solo de la norma civil; también de la norma procesal local. Y de manera más acuciante: de la respuesta judicial.

La reforma del procedimiento civil en Córdoba en sintonía con lo constitucional y lo convencional, que conlleve a la eficacia de los nuevos derechos y garantías, es aún una deuda con el justiciable.

Tal déficit, y en particular de la normativa específica para la tramitación de los procesos colectivos, conspira contra la posibilidad de una sociedad respetuosa de los derechos; promueve la anomia como elemento cultural nacional y retroalimenta de manera continua e incesante, el devastador panorama -magistralmente expuesto por Carlos Nino- de “Un país al margen de la ley”.

### **II.- Herramientas para paliar la laguna normativa y el déficit procedimental**

---

<sup>2</sup> Conforme ley 8465, en vigor desde el 23/06/1996.

<sup>3</sup> 25/08/1863, publicada en el Registro Nacional Tomo V, 1863-1869, pág. 57.

<sup>4</sup> B.O. 29/04/1987.

La complejidad de la temática y el déficit normativo<sup>5</sup> generan que en la tramitación de los procesos colectivos se presenten dudas y perplejidades. Máxime frente a los nuevos hilos que entretejen el proceso civil cuando se canaliza una pretensión transindividual.

En efecto, el tránsito del proceso individual al colectivo provoca una suerte de insurrección contra el proceso civil clásico e impone otro modo de pensar y actuar el derecho instrumental, alejado de la red de tecnicismos que obstaculizan, cuando no frustran los resultados de la justicia, en el caso en clave colectiva.

En el panorama descrito supra, aparecieron los grandes protagonistas del tránsito del proceso individual al colectivo: abogados, Organizaciones no Gubernamentales, jueces, integrantes del Ministerio de Justicia, académicos, legisladores, que, desde las distintas áreas, han elaborado estrategias y reformas normativas y de gestión.

En efecto, utilizando los recursos existentes, han procurado dar respuesta a las necesidades actuales de la sociedad, a través de herramientas, algunas de las cuales se exponen a continuación.

#### **a) La constitucionalización del Código Civil <sup>6</sup>**

Conforme anticipáramos, la matriz ideológica con la cual funcionaba el fuero civil desde sus orígenes es la que encontramos en el Código de Velez y responde a la idea del derecho privado y a su divorcio inicial del derecho público.

Basta con repasar el intercambio epistolar (inicialmente jurídico para concluir con destrato personal) entre los autores de ambos cuerpos normativo (Dalmacio Velez Sarsfield y Juan Bautista Alberdi),<sup>7</sup> para comprender el tenor y alcance de dicha separación.<sup>8</sup>

Sin embargo, no podemos dejar de advertir que el Código Civil de Velez fue sancionado bajo la luz filosófica del iluminismo racionalista, erigido en torno a tres derechos esenciales: **la propiedad, la libertad y la igualdad**, todo desde la perspectiva individual y con una mirada meramente formal de la igualdad, exportada de la revolución francesa, que deconstruyó la noción de sujetos distintos según su posición social a la de sujeto único.

Asimismo, que pretendió regular y mejorar la calidad de vida de los argentinos enfrentándose a una monumental y cruda realidad: la población a la que se dirigía (1.830.214 habitantes) era en un 71 por ciento analfabeta<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> No hay una ley *específica*, si bien existen ciertas normas que disciplinan algunos aspectos de los procesos colectivos (la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, reformada por la N° 26.361, y la Ley General del Ambiente N° 25.675).

<sup>6</sup> Ley 26.994, B.O.08/10/14.

<sup>7</sup> Alberdi, en prieta síntesis, consideró a la codificación civil de Vélez una desafortunada importación de la cultura brasileña. Así, sostuvo que: “Los códigos son las mejores máquinas de conquista... no teniendo un Código Civil pronto y listo, el Brasil ha mandado a Buenos Aires lo que tiene: una introducción poquísima del señor Freitas... que ha comenzado por conquistar al Dr. Vélez” (citado por Mayer, “Alberdi y su tiempo”, Buenos Aires, 1963, página 73). Su respuesta fue con motivo del regalo del autor de los dos primeros libros del proyecto, que le fueron entregados por el propio Vélez para su consideración. Alberdi redactó en noviembre de 1867 “El Proyecto de Código Civil para la República Argentina y las conquistas sociales del Brasil, carta dirigida a sus compatriotas y amigos”, publicado en las “Obras Completas”, Buenos Aires, 1887, T. VII página 80.

<sup>8</sup> V. a tal efecto la publicación elaborada por Luis Carranza Torres y publicada en <https://comercioyjusticia.info/blog/opinion/el-debate-de-la-codificacion/>

<sup>9</sup> Descontando los 315.000 menores de 6 años, 1.066.847 habitantes no sabían leer ni escribir, Conforme el primer censo nacional llevado a cabo por iniciativa de Sarmiento entre el 15 y el 17 de setiembre de 1869 y dispuesta por una Ley especial del gobierno de Bartolomé Mitre.

Además, pese a proclamarse un estado federal, casi el 30 por ciento de los argentinos vivían en la Provincia de Buenos Aires, mientras que en el resto del país no se llegaba a contar ni siquiera un habitante por kilómetro cuadrado.

No solamente la falta de proyección universal del código, por la barrera alfabética, generaba desigualdad; también ciertos instrumentos que se consagraban en él, tal como el régimen matrimonial católico que no respetaba el trato diferencial a quienes no profesaban ese culto; a las mujeres por transgredir el régimen patriarcal de Brasil; a los hijos, al erigir categorías discriminatorias que se apartaban del programa e ideario constitucional; cristalizando en rigor la legislación con instituciones autoritarias que generarían prácticas judiciales regresivas en materia de derechos humanos.

Procurando dejar atrás el norte de la igualdad formal y aggiornar su contenido a las pautas constitucionales -a más de 160 años del dictado de la Constitución de 1853 y a 21 años de la reforma de 1994- el Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015, bajo la idea inspiradora del Anteproyecto que surge de los Fundamentos que se acompañaron, al decir que se trata de un "código de la igualdad" y que se busca plasmar "una igualdad real"<sup>10</sup> aspiró a la constitucionalización del derecho privado.

Esta decisión se plasmó en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos.

En general, se procuró una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

En particular, reconoce la protección de los derechos de incidencia colectiva en los artículos 14 y 240, erigiendo su compatibilidad como límite del ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes; en el artículo 1096 con relación al consumidor y sujeto equiparado, frente a las prácticas comerciales abusivas; 1102 respecto de las acciones para el caso de la publicidad ilícita y la posibilidad de ejercer acciones de incidencia colectiva para cesar o rectificar la publicidad ilícita; los artículos 1708 y ss. referidos a la responsabilidad civil, prevención del daño y reparación, los que apuntan también a la protección de los derechos de incidencia colectiva, dado que el concepto de daño jurídico que adopta el nuevo código comprende la afectación de derechos de incidencia colectiva y, consecuentemente, al daño de incidencia colectiva

Finalmente, en la praxis judicial, pese a los temores e incertidumbres iniciales de los operadores jurídicos, gradualmente se fue nutriendo el proceso civil con las cláusulas del Código Civil y Comercial de la Nación, estableciendo como perspectiva metodológica el diálogo de fuentes, en una aplicación conjunta y armónica guiada por los valores constitucionales, bajo el prisma pro homine y pro actione de la normativa internacional sobre derechos humanos.

## **b) El cambio de paradigma en casos de tutela preferente**

**1. De sujeto poderoso a sujeto único:** Con la Revolución Francesa se deconstruyó el sistema imperante en el antiguo régimen que defendía el trato desigual con sustento en el poder social. El sujeto único, a partir de 1789 se erige en regla para el trato jurídico. La igualdad en el axioma dominante.

**2. De sujeto único a sujeto vulnerable:** En nuestro sistema constitucional nacional aparece el reconocimiento de ciertas situaciones, imponiendo que se les dispense un trato diferente. Un

<sup>10</sup> <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

sistema con distintos sujetos según su vulnerabilidad. Esto es, como regla se mantiene el sistema de sujeto único. Pero cuando el sujeto de derecho presenta una mayor vulnerabilidad se impone el trato diferenciado.

Ello se justifica, pese a involucrarse derechos individuales, particulares y aún de naturaleza patrimonial, en el fuere interés estatal en su protección que incluso se impone desde la esfera internacional, generándole responsabilidad para el caso de omisión.

Acontece por la trascendencia social de la temática involucrada o en virtud de las características de los sectores afectados cuya vulnerabilidad exige una respuesta diferente por parte del Estado (vgr. consumidor y usuario, comunidades originarias, niños, discapacitados, ancianos, materia de salud, medio ambiente, etc).

En todos estos casos es la naturaleza de los derechos involucrados los que hacen que la temática exceda el interés particular, encontrándose interesada en su protección la sociedad en su conjunto.

En tal sentido, por ejemplo, en materia de salud mental, el nuevo modelo social de la discapacidad impone que los niños y niñas con discapacidad gozan de tutela especial en razón de su situación de doble vulnerabilidad; que el acceso efectivo a la justicia de las personas con discapacidad comprende la implementación de medidas de apoyo, garantías especiales y ajustes razonables del proceso judicial, que se dicten medidas de oficio en protección de derechos patrimoniales y personalísimos revirtiendo prácticas judiciales propias del viejo modelo médico-rehabilitador.

Así, con el dictado de la ley provincial de salud mental en el 2010<sup>11</sup>, las Acordadas del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia<sup>12</sup> y la actuación del Ministerio Público local, a través de la encomiable labor de los equipos de trabajo de las Asesorías Letradas civiles, se ha procurado mejorar las prácticas judiciales para que la actuación judicial pueda centrarse en realizar su principal rol de custodio de los derechos fundamentales de los ciudadanos con trastornos relacionados con la salud mental.

Por otra parte, la posición de subordinación estructural que ocupan los consumidores en las relaciones contractuales y la consiguiente necesidad de garantizar una “protección preferencial” para preservar “la equidad y el equilibrio en estos contratos ha sido constitucionalmente reconocida en el artículo 42 de la CN, imponiendo asimismo un prisma diferenciado en la ponderación de su situación contractual en el litigio, vgr ampliando el abanico de demandados merced a la solidaridad de los involucrados en la cadena de producción; en la ponderación de la carga probatoria; etc.

En tal lineamiento nuestro tribunal cimero ha señalado que “los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial”.<sup>13</sup>

### **c) La doctrina emergente del precedente “Halabi”<sup>14</sup>.**

Un capítulo aparte merece el aporte del máximo Tribunal de la Nación en la temática bajo análisis en el caso paradigmático “Halabi”.

<sup>11</sup> Ley 9849, B.O. 05/11/2010.

<sup>12</sup> A.R. 948 Serie A del 2008; 1122 Serie A del 2012; 1433 Serie A y 1436 Serie A del 2017.

<sup>13</sup> CSJN, “Ledesma”, 22/04/08, considerando 7°

<sup>14</sup> Fallos 332:111

En dicho precedente la Corte enunció las características principales y modalidades de los procesos colectivos, fortaleciendo el derecho constitucional de acceso a la jurisdicción a través de un eficaz instrumento que permite una mejor tutela judicial: **las acciones de incidencia colectivas**.

Sin embargo, respecto de su instrumentación y a mérito de la mora de la legislatura en el dictado de la norma respectiva, resultó necesaria una reglamentación que atienda a sus particularidades.

En ese marco el máximo Tribunal de Justicia Nacional dicta la **Acordada 12/16**, a través de la cual se aprobó el “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos”, con reglas que ordenan el trámite de este tipo de procesos en los tribunales nacionales y federales de todo el país, asegurando la eficiencia práctica del Registro Público de Procesos Colectivos, creado en 2014<sup>15</sup>, y que pone el acento en la preferencia temporal de la inscripción.

### **III.- Intereses individuales homogéneos. La superioridad de la vía colectiva.**

#### **III.1 Regla y excepción en “Halabi”**

Un aspecto esencial determinante de la admisibilidad de la pretensión procesal en clave colectiva resulta ser, conforme los parámetros trazados en “Halabi”, que el sujeto que reclama esté legitimado activamente.

En tal sentido, la Acordada 12/2016 (CSJN) prescribe que deberá presentarse la demanda en los términos del artículo 330 del CCCN y que el actor deberá “... justificar la adecuada representación del colectivo”.

Para determinar si se encuentra justificado tal extremo habrá que indagar:

a) La naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, a partir del análisis de las categorías tuteladas (derechos individuales; derechos de incidencia colectiva respecto de bienes colectivos y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos).

b) Identificar los sujetos habilitados para articularla. A tal efecto, corresponde precisar que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular, quien debe probar una lesión para que se configure una cuestión justiciable; los de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado y que en todos los casos la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo y debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho.

Por su parte, en los reclamos que canalizan derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, donde no hay un bien colectivo, sino derechos individuales enteramente divisibles cuya lesión es causada por un hecho, único o continuado, es precisamente la existencia de una causa fáctica homogénea la que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte.

c) Cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte.

En particular, la procedencia de las acciones vinculadas a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto **intereses individuales homogéneos** (vgr. 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) requiere, conforme se anticipara, de la verificación previa de: i) Una causa fáctica común; ii) una pretensión

---

<sup>15</sup> Acordada 32/14



procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y **iii) La constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado.**

La superioridad de la vía colectiva, sindicada precedentemente como tercer elemento a evaluar, determina su idoneidad, esto es, debe resultar de mayor eficiencia o utilidad que el reclamo individual.

Conforme la literalidad del Tribunal cimero: *“la constatación prima facie de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado”*.

De la pauta que diseña la C.S.J.N. se desprende, como regla para el caso de reclamo de tutela de intereses individuales homogéneos, el **carácter subsidiario de la acción colectiva**. Procede entonces cuando no sea idónea la acción particular. A tal efecto resultará necesario la acreditación o al menos la alegación fundada de tal extremo.

Sin embargo, luego de sentada tal afirmación y encontrándose involucrada una temática de tutela preferente, en tanto el actor Ernesto Halabi reclamó también en carácter de consumidor del servicio de telecomunicaciones, la Corte añadió la excepción a dicho recaudo.

Así, sostuvo que: *“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. 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...”*

### **III.2 La superioridad de la vía post “Halabi”**

Sin perjuicio que, como afirmáramos precedentemente, de un análisis literal de la regla expuesta en el precedente “Halabi” el recaudo de la inviabilidad de la acción individual en reclamos de intereses individuales homogéneos no se ponderaría como presupuesto de admisibilidad de la vía colectiva para los casos de tutela preferente, el Tribunal cimero, en los siguientes casos que encuadraban precisamente en el supuesto excepcional, analizó su configuración en la etapa liminar del control de admisibilidad de la pretensión.

#### **a) “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales” (21/08/13, Fallos: 336:1236)**

La pretensión se circunscribió a la ineficacia de determinadas cláusulas del contrato de adhesión que la empresa de medicina prepaga había suscripto con sus afiliados y que la habilitaban a aumentar el valor de las cuotas mensuales.

En lo que es de nuestro interés en el presente, luego de analizarse la concurrencia de los dos primeros elementos y pese a involucrar la temática un asunto de tutela preferente (materia de consumo), la Corte se detuvo en la ponderación del tercer elemento como recaudo de admisibilidad extrínseca en los siguiente términos: *“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.”*

Asimismo añadió: *“...frente al riesgo cierto de que la promoción de acciones individuales resulte inviable o de muy difícil concreción, la acción colectiva aparece como el medio idóneo para garantizar a los consumidores involucrados el derecho a la tutela judicial efectiva.”*

En definitiva estimó la admisibilidad del sendero colectivo por ponderar la privación real y concreta de justicia en el caso individual.

Visto desde otra perspectiva, de no reconocerse la legitimación procesal al representante de la clase o del colectivo, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia en tanto no resulta viable la acción individual.

**b) “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”<sup>16</sup>**

La parte actora inició acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados con el objeto de que se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas.

En el caso, concurrieron tres variables que configuraron el carácter altamente vulnerable del colectivo afectado: Discapacidad de sus integrantes, delicada situación socioeconómica y derecho al acceso, en tiempo y forma, a prestaciones de salud relacionadas con la vida y la integridad física de las personas.

En ese contexto, la Corte ingresó al examen de la configuración del tercer elemento (superioridad de la vía), justificando la admisibilidad del carril colectivo en los siguientes términos: *“Aun cuando pudiera sostenerse que, en el caso, el interés individual considerado aisladamente, justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, titulares de pensiones no contributivas.”*

De tal manera admitió el carril procesal transindividual por estimar que la protección de los derechos que invocan hacen a la satisfacción de necesidades básicas y elementales a cargo del Estado las cuales cobran preeminencia por sobre los intereses individuales de cada afectado.

**c) “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros”<sup>17</sup>**

En el caso se accionó en contra de varias sociedades por un sobreprecio en el valor de venta del producto.

En lo que nos interesa para el presente, el máximo Tribunal, luego de poner de manifiesto *“los vagos términos de la demanda en examen”* que *“ponen al magistrado en la inadmisibile situación de tener que escrutar el universo (del colectivo)”* aseveró: *“...Resulta razonable demandar a quienes pretenden iniciar procesos colectivos una definición cierta, objetiva y fácilmente comprobable de la clase... también cabe exigir que se expongan en forma circunstanciada, y con suficiente respaldo probatorio, los motivos que llevan a sostener que la tutela judicial efectiva del colectivo representado se vería comprometida si no se admitiera la procedencia de la acción.”*

Esto es, precisó que la inviabilidad de la acción individual y la necesidad de acudir al carril colectivo sea explicitada en la demanda con una exposición clara, pormenorizada y debidamente acreditada.

**d) “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A.”<sup>18</sup>**

---

<sup>16</sup> 10/02/15, Fallos: 338:29.

<sup>17</sup> 10/02/2015, Fallos: 338:40.

<sup>18</sup> 24/06/17, Fallos: 337:753.



La Asociación accionante entabló demanda colectiva en procura de la devolución a los usuarios de cuenta- corriente de la entidad lo percibido durante los últimos diez años por el cobro del "riesgo contingente" y el cese de ese proceder para el futuro.

En el marco del caso, y encontrándose también involucrada materia consumeril, la Corte ingresó al análisis de la configuración del tercer requisito.

En tal cometido sostuvo: *“de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, pues 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 de las sumas disputadas, individualmente consideradas, 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.”*

#### **IV. El criterio de Conveniencia en el Código Modelo para Iberoamérica**

El Código Modelo elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal,<sup>19</sup> advirtiendo la insuficiente y heterogénea situación de la defensa de los derechos transindividuales en Iberoamérica “por no decir caótica”<sup>20</sup> y empeñados sus redactores<sup>21</sup> en la transformación de un proceso individual en uno social (analizando la sistemática norteamericana de las class actions y la brasileña de las acciones colectivas), recogió la idea brasileña de la tutela jurisdiccional de los intereses difusos, con modificaciones en relación a la legitimación (que incluye cualquier interesado) y al control sobre la representatividad adecuada; adoptando también la eficacia erga omnes de la cosa juzgada, salvo insuficiencia de pruebas.

En particular, en lo atinente a los intereses individuales homogéneos, se buscaron en el sistema norteamericano los requisitos de la predominancia de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto (predominance and superiority), que la experiencia brasileña demostró ser necesarios.

Así, en su artículo 2 prescribe: *Son requisitos de la demanda colectiva:*

I – *La adecuada representatividad del legitimado;*

II – *La relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las características de la lesión o por el elevado número de personas perjudicadas.*

Agrega a continuación que, para la tutela de los intereses o derechos individuales homogéneos, además de los requisitos indicados en los apartados I y II referidos supra, es también necesaria: *la demostración del **predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto***” (énfasis añadido)

Asimismo, enmarcado en el tránsito del proceso individual al social y embebido del cambio de paradigma que el derecho internacional impone con la mirada pro homine y pro actione, añade en su artículo 16 que el juez deberá dar prioridad al trámite de los procesos colectivos: *cuando haya manifiesto interés social evidenciado por la dimensión del daño o por la relevancia del bien jurídico que deba ser protegido.*

#### **V.- Anteproyecto de ley de Procesos Colectivos del Ministerio de Justicia de la Nación**

---

<sup>19</sup> Aprobado en la Asamblea General del Instituto Ibero-americano de Derecho Procesal, en octubre de 2004, durante la realización de las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, en Caracas, convirtiéndose en el Código Modelo de los Procesos Colectivos para Iberoamérica.

<sup>20</sup> Conforme el apartado 4 de la exposición de motivos.

<sup>21</sup> Presididos por el representante de Argentina Dr. Roberto O. Berizonce.

En mayo de 2018, se publicó on line el Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos en el marco del programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.<sup>22</sup>

En su segundo título refiere a los procesos colectivos referentes a derechos individuales homogéneos.

En tal sentido, al resaltar los aspectos generales prescribe en su artículo 4: **a)** La existencia de un caso;

**b)** La imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio, sea por el número de sus integrantes o por la presencia de obstáculos económicos, materiales, sociales o culturales al acceso a la justicia que dificulten el ejercicio efectivo de los derechos.

Por su parte, en el artículo 22, prevé los requisitos que deben cumplirse para tener por configurada la clase en los procesos referidos a derechos individuales homogéneos; así: *“d) que la escasa significación económica de las sumas disputadas, individualmente consideradas, permita suponer que el costo que insumiría a cada persona accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable”*.

A continuación avanza un paso más allá en el reconocimiento del tercer elemento exigido en “Halabi” al afirmar que: *“este requisito no es exigible cuando se encuentre afectado el derecho de grupos que por mandato constitucional son objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad”*

## **VI.- La situación de los Procesos Colectivos en Córdoba.**

### **VI.1.- La Acordada 1499 del 6/06/2018**

A nivel local, ante la proliferación de planteos colectivos, las incertidumbres referidas precedentemente en orden a su tramitación, el requerimiento de los abogados de mecanismos que permitan el desarrollo de estas nuevas manifestaciones del debido proceso y del acceso a la justicia en clave colectiva, el máximo Tribunal de Justicia de Córdoba dictó un cuerpo de pautas mínimas que instruyen su registración y ordenación y que en definitiva instrumentan los derechos reconocidos por el constituyente local en el artículo 53.

Así, dictó la Acordada 1499 del 06/06/18, con carácter **subsidiario**, esto es, hasta que el legislador brinde una respuesta integral a la cuestión e **imperativo**, de cumplimiento obligatorio para todos los Tribunales de la provincia y las partes involucradas en tales procesos. A través de ella impone el uso obligatorio de la denominada “Planilla de Incorporación de Datos para Procesos Colectivos” así como la implementación del Registro Informático y único de los procesos colectivos de la Provincia.

En particular, fijó reglas mínimas de procedimiento que orienten a los operadores del derecho en la sustanciación de los procesos colectivos, para la registración, certificación y tramitación de los procesos colectivos, precisando categorías de juicios inherentes a dichos procesos, así como su incorporación como tales en el SAC.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> En sus fundamentos puede leerse que los miembros de la Comisión de Reformas siguieron las directivas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia “Halabi”, del 24 de febrero de 2009 (Fallos: 332:111), el proyecto de reformas a la ley 25.675 (Ley General del Ambiente) aprobado por la Asociación Argentina de Derecho Procesal (en sesión del Comité Ejecutivo del 19 de septiembre de 2006), y el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica referido en el apartado anterior.

<sup>23</sup> A saber: 1º) “Amparo colectivo”: para las acciones de amparos que tengan por objeto pretensiones sobre bienes colectivos o que refieran al aspecto común de intereses individuales homogéneos. 2º) “Acción colectiva”, con dos sub categorías: “abreviado” y b) “ordinario”; 3º) “Amparo ambiental”; y 4º) “Acción declarativa de inconstitucionalidad”.

Por su parte, especifica que, para demandar en clave colectivo, deberá presentarse la demanda conforme el artículo 175 del CPC debiendo “con claridad –y según corresponda- e) justificar la adecuada representación del colectivo...; f) denunciar si se han promovidos otras acciones cuyas pretensiones (individuales o colectiva) guarden sustancial semejanza y el resultado alcanzado (art. 2º)”.

#### **VI.2.- La praxis judicial. El caso “Fundación Club de Derecho Argentina c/ Banco de la Provincia de Córdoba -Abreviado”<sup>24</sup>**

Frente al reclamo judicial de acción colectiva planteada por la ONG Fundación Club de Derecho Argentina que se mantengan las condiciones pactadas por el Banco demandado con los tomadores de créditos hipotecarios “Tu Casa” y “Tu Hogar”, de reintegro de los importes percibidos y daño punitivo, la Sra. Juez de Primera Instancia y 16ª Nom. C.C. Dra. M. Eugenia Murillo, con fecha 23/03/18 desestimó liminarmente la pretensión ateniéndose, en prieta síntesis, a:

- a) El carácter subsidiario de la acción colectiva relativa a intereses individuales homogéneos.
- b) La exigüidad del monto de las pretensiones individuales.
- c) La clase de que se trataba no configuraba un grupo vulnerable o débilmente protegido.

Por su parte, vía recurso de apelación, la Cámara 6ª C.C. (4/09/18), por mayoría conformada por los Dres. Alberto Zarza y Silvia Palacio de Caero sostuvo que:

- a) El rechazo in limine por improponibilidad objetiva debe ser utilizado con suma prudencia, en casos manifiestos y graves.
- b) En caso de duda se debe adoptar la solución que permita obtener una respuesta jurisdiccional mediante una sentencia definitiva.
- c) El control de configuración del tercer elemento importa un análisis de “procedencia” y no de admisibilidad, que debe ser analizado en la sentencia.
- d) La inaplicabilidad de la regla de la subsidiariedad de la vía por la materia (derecho del consumidor).<sup>25</sup>

El argumento de la minoría expuesto por el Dr. Walter Adrián Simes se sustentó, en consonancia con lo fundamentado por la Dra. Murillo en la instancia de grado, que la significación económica de las pretensiones individuales resulta el elemento determinante para desestimar la vía colectiva y quebrar la tutela constitucional preferente del consumidor.

Así, destacó que: “No estamos ante un supuesto en el cual las sumas de dinero disputadas, individualmente consideradas, fuesen de escasa significación económica como tampoco que se trata de un grupo que se encuentre en condiciones de vulnerabilidad... Prueba de ello, es que un gran número de clientes arreglaron su situación con el Banco mediante una nueva contratación”.

#### **VII. A modo de conclusión**

1. **Régimen jurídico aplicable.** No obstante la trascendencia de los intereses que se suele canalizar por la vía de los procesos colectivos (vgr. materia consumeril, ambiental, derechos humanos y los derechos económicos, sociales y culturales) así como las ventajas de su implementación en una sociedad republicana y democrática como la nuestra (a saber, mayor eficiencia del sistema de administración de justicia por la concentración de los reclamos y la facilitación del acceso a la justicia en procesos en donde el reclamo individual resulta inviable), no existe ley que reglamente su tramitación.

<sup>24</sup> Publicado en Diario Jurídico de Córdoba, 25/09/18, año 16, n° 3740.

<sup>25</sup> Remitiendo al respecto al dictamen de la Fiscal de Cámaras Dra. Viviana Yacir.

En efecto, existe mora del Congreso de la Nación así como de la legislatura de la Provincia de Córdoba, en el dictado de una ley específica para hacer efectiva una garantía que en la República Argentina y mucho antes en la Provincia de Córdoba cuenta con rango constitucional: la tutela procesal colectiva de los derechos de incidencia colectiva.

Mientras tanto, las pautas del leading case “Halabi”, las Acordadas de la CSJN y, en el ámbito local, del Tribunal Superior de Justicia, integrados de modo coherente con la teleología del instrumento, las normas, principios y valores del bloque de constitucionalidad federal y en particular el sistema interamericano de derechos humanos, se erigen en el régimen aplicable.

**2. El proceso colectivo como carril idóneo para canalizar intereses individuales homogéneos.** A través de los procesos colectivos, ciertos actores sociales pueden representar en sede judicial a grupos de individuos, canalizando el interés particular de cada uno de sus integrantes, contra quien o quienes han cometido determinado hecho u omisión que les causa un daño, siempre que cada pretensión se enfoque en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho.

Entonces, por un lado, nos encontramos con un representante de un colectivo que se autodesigna como tal y los resultados de su accionar, como regla, beneficiarán con fuerza de cosa juzgada a todo el grupo que involucra su pretensión.

Por el otro, que para canalizar válidamente las distintas pretensiones individuales por el carril colectivo deben ser homogéneas.

A tal efecto, deberá acreditar una causa fáctica común con otros y una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho.

Asimismo, atento que la regla general en materia de Procesos colectivos que involucren intereses individuales homogéneos es precisamente que se trata de una vía subsidiaria, se deberá constatar que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado.

En otros términos, que la vía colectiva se presente como “más idónea” o superior a la acción individual, o más precisamente que para el caso de cercenarse el sendero colectivo, se generaría una afectación al acceso de la justicia del interesado por cuanto no le convendrá, no tendrá interés alguno en accionar autónomamente, sea porque resulta de muy difícil concreción o bien por el escaso valor pecuniario de los reclamos individuales que disuade por sí para intentar la acción judicial de tutela.

**3.- Razón de ser de la vía colectiva canalizando intereses individuales. La tutela judicial efectiva.** Frente al riesgo de que la promoción de acciones individuales resulte inviable o de muy difícil concreción, la acción colectiva aparece como el medio idóneo para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Es el caso de reclamos individuales de escasa significación económica individual, donde el costo que insumiría a cada accionante la acción particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable.

Ahora bien, para el supuesto que se canalice una pretensión que involucre una materia de tutela preferente, por tratarse de un grupo vulnerable tales como el ambiente, el consumo, la salud o grupos tradicionalmente afectados, el análisis de la configuración del recaudo de la superioridad de la vía colectiva luce, en los precedentes de la Corte referidos precedentemente, menos riguroso en esta etapa liminar del juicio.

En ellos el Tribunal enfatizó que 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.

Por su parte, en el fallo de la Exma. Cámara en lo Civil y Comercial de 6ª Nominación de Córdoba (“Fundación Club de Derecho...”) se flexibilizó aún más el control de la configuración de este presupuesto, al diferir su examen a la etapa de sentencia, como un recaudo de atendibilidad sustancial.

Eso sí, en todos los casos, cabe exigir que se exponga en la demanda de manera circunstanciada, los motivos que llevan a sostener que la tutela judicial efectiva del colectivo representado se vería comprometida si no se admitiera la procedencia de la acción.

Ello a fin de evitar la sustanciación de un proceso colectivo, con los gastos que ello insume sobre todo en materia de publicidad, en el cual surja evidente prima facie la conveniencia del reclamo individual.

En síntesis, la tutela colectiva de intereses individuales homogéneos resulta conveniente y más económica; pero se impone no por la indivisibilidad de la situación conflictiva, ni por la necesidad de uniformar su solución sino más bien por el riesgo de privación de justicia que acaecería de no admitirse el sendero colectivo.

Y cuando las repercusiones vayan más allá del plano particular y patrimonial, involucrándose asuntos de tutela preferente, el rechazo liminar por improponibilidad objetiva de la acción colectiva, basado en que la vía individual resulta la más idónea para tutelar los derechos involucrados, vulneraría las normas de los instrumentos internacionales que consagran el derecho de acceder a recursos adecuados, sencillos y efectivos en el orden jurídico interno y, en consecuencia, a aquellos derechos.

Razón por la cual, el análisis del recaudo, no ya de su admisibilidad en la etapa liminar del juicio sino de su procedencia en la oportunidad de sentenciar, luce, no solo prudente, sino conforme al sistema interamericano de derechos humanos.