

**“EL RECONOCIMIENTO DE LOS PROCESOS COLECTIVOS EN EL NUEVO
CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION COMO INSTRUMENTOS DE
PREVENCION Y RESARCIMIENTO DE DAÑOS”**

**por
PEDRO MOLLURA**

Conclusiones

- 1) Nuestro Código Civil y Comercial de la Nación ha reconocido a los procesos colectivos como instrumentos fundamentales para la prevención y resarcimiento de los derechos de incidencia colectiva en general.-

Introducción

- 2) Para comprender la real importancia del reconocimiento de los procesos colectivos en el Código Civil y Comercial de la Nación, es necesario delimitar los presupuestos que lo constituyen.-
- 3) Hay dos presupuestos propios de un Proceso Colectivo a saber: Interés y Derecho de Incidencia Colectiva, sin esto no podemos hablar de Procesos Colectivos.-
- 4) El Siglo XXI encuentra un mundo cada vez más globalizado, masificado, dándole la espalda al Ser Humano como tal y considerándolo simplemente un número;
- 5) En la Argentina existe hoy en día un alto índice de conflicto interno expandido en varios sectores de la sociedad; la gran mayoría de los mismos están motivados por la búsqueda de bajar los costos, conseguir mayores ganancias y menor responsabilidad.-
- 6) Mucho de esos conflictos (de consumo, laboral, servicios etc), dejan de ser un **INTERES PRIVADO** a pasar a ser un **INTERES PUBLICO**.-
- 7) Lo público tiene que ver con el Estado, con las políticas de Estado, con sus recursos y bienes.-
- 8) El interés Privado parte de la persona, de ahí hablamos del **INTERES INDIVIDUAL**.-
- 9) En lo que concierne al Derecho Civil, el interés privado (entendido como género) puede ser de incidencia **INDIVIDUAL** ó **COLECTIVA**, o sea el interés privado puede ser afectado a una persona (individual) ó a varias ó a un bien ó recurso público (colectivo), o puede ser afectado a una persona y repercutir y/o afectar a otras (Colectivo).-

- 10) Subsiguientemente, esa incidencia **COLECTIVA**, puede ser de tipo **DIFUSA** o de **CLASE**, la de clase siempre es sobre intereses **DETERMINADOS** y esa determinación **precede** al proceso o contienda que se quiera entablar.-
- 11) En cambio, cuando la incidencia colectiva es de tipo **DIFUSA**, dicha circunstancia puede contener intereses **INDETERMINADOS** por su extensión y/o divergencias generales, y/ó bien público ó puede que esos intereses correspondan a un grupo de **INDIVIDUALIDADES DIVISIBLES** de carácter **HOMOGENEO**.-
- 12) En este último caso, existe una afectación a un grupo de intereses divisibles pero con una posición jurídica semejante, hay por cada individuo una circunstancia semejante y uniforme o resultante de una misma causa, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, da cuenta de ello¹.-
- 13) Aquí es importante resaltar que en la afectación de un interés público o privado de incidencia colectiva de carácter difuso por individualidades homogéneas es perfectamente **DETERMINABLE** en cuanto a las personas y tipo de intereses afectados.-

¹ M. 291. XL RECURSO DE HECHO - "Ministerio de Salud y/o Gobernación s/ acción de amparo" - CSJN - 31/10/2006. "Voto del Dr Ricardo Luis Lorenzetti: "(...) 11) *Que la Constitución Nacional admite una tercera categoría, conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, cuando hace alusión, en su art. 43, a los derechos de los consumidores y a la no discriminación.- 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 al legislador 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.-Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.-Frente a esa falta de regulación -la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido-, cabe señalar que la referida disposición constitucional 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. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459;; 241:291 y 315:1492).- La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357).- En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige (...).*"

- 14) Asimismo, esa **DETERMINABILIDAD** puede ser hecha, ó antes de la demanda, en donde se transforma en **DETERMINADO**; una **CLASE**, o durante el proceso (etapa probatoria) o posterior al proceso judicial principal (ejecución de la sentencia) en donde queda configurado como **DETERMINABLE**.-
- 15) Ahora bien, frente a la afectación de los intereses, es necesaria la ayuda del derecho para reestablecer el conflicto creado.-
- 16) De ahí que por cada tipo de interés afectado existe un derecho a ser ejercido, un derecho a ser defendido, protegido y restablecido.-
- 17) Estos son por un lado derechos inherentes a la dignidad humana, son necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, preexisten al conflicto, de ahí que pueda hablarse de “incidencia colectiva en general”; repercuten sobre todas las personas, pero no solamente en el sentido de que “trasciende” al individuo sino también en el sentido de que participa en un todo en cada uno, de ahí su indivisibilidad.-
- 18) Por el otro lado, son Derechos de varios afectados, de varios damnificados, hay una generalidad.-
- 19) Puedo decir entonces, que los derechos de incidencia colectiva en general suponen derechos que son “**omnipresentes**”, de ahí que la Ley Fundamental haya autorizado además, la defensa de esos derechos a personas jurídicas distintas de los afectados directos.-
- 20) En otras palabras, y siguiendo el lineamiento del punto 8) esos conflictos comenzaron afectando derechos individuales transformándose luego en derechos de incidencia colectiva en general.-
- 21) Ya en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario 2003) donde tuve la oportunidad de exponer, ya se hablaba de la Civilización del Derecho Constitucional ó la Constitucionalidad del Derecho Civil;
- 22) Es así que poco a poco se fue abriendo la posibilidad de que aquellos derechos de incidencia colectiva en general puedan ser defendidos y protegidos, porque la existencia de conflictos colectivos, eran generadores de Daños.-
- 23) Pero estos intereses, derechos y daños sin una protección eficaz, eran palabra muerta; y es ahí donde el Derecho de Daños, entre otras disciplinas del Derecho ha sido llamado para semejante y honrosa labor.-
- 24) Es que el Derecho de Daños a lo largo de éstos últimos 30 años, ha dado un gran avance hacia la protección del hombre en toda su dimensión; posee su propio objeto de estudio:

“el daño” “el damnificado”, de ahí su denominación “Derecho de daños”, porque no se ve ya al agente dañador para atribuirle responsabilidad; se ve al dañado, a la víctima, al damnificado, se ven en definitiva los derechos que le corresponden al afectado en su condición de tal.-

25) Esta evolución del Derecho de Daños, es la que por fin se ha reconocido en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.-

II Los Procesos Colectivos en el Código Civil y Comercial de la Nación

26) En nuestro nuevo ordenamiento se prioriza en gran medida la **PREVENCION** de los Daños (Art 1708 y 1710); es su razón de ser, su principal función, y esta palabra “prevención”, es quizá la nueva consigna que este Siglo XXI también ha traído².-

27) Por eso, más allá de las diferentes interpretaciones que se haga a la letra del art 43 de la CN 2º párrafo, los “derechos de incidencia colectiva en general” han sido ahora reconocidos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) en su artículo 14 inciso b) y 240.-

28) Esa inclusión reseñada ut supra es la que ocasiona automáticamente el reconocimiento de los procesos colectivos porque por cada tipo de daño hay un derecho, por cada tipo de derecho hay una acción y en cada acción hay un proceso.-

29) Si hablamos de la afectación a derechos de incidencia colectiva en general, entonces hablaremos de los procesos colectivos de daños.-

30) Un proceso colectivo entonces es aquel pasible de recolectar diversos tipos de intereses jurídicos ó un interés de incidencia colectiva.-

31) De ahí la posibilidad de que pueda haber una acción individual de incidencia colectiva, vuelvo a repetir, la acción es individual, pero el proceso es colectivo.-

32) Lo que le da el carácter de colectivo, es, ó la variedad de intereses afectados, y es ahí donde está el concepto de “Daño Colectivo” ó la existencia de un bien público (Fauna - medio ambiente por ejemplo).-

² PEYRANO, Jorge W: El mandato preventivo, LL-1991-E, PAG 1276 y ss.- El autor propone diseñar un Poder Judicial comprometido con la realidad social que no se limite a condenar el resarcimiento de los daños acaecidos, sino a demás provea lo conducente para procurar que tales perjuicios no se reiteren; incluso, en desmedro de los principios dispositivos y de congruencia rígidamente entendidos; Se propón por la aparición de un juez con responsabilidad social, de un necesario activismo de los tribunales; se piensa en un juez que no “use anteojeras”, y que está dispuesto a no ignorar la realidad conocida con motivo u ocasión del proceso.- Se le pide que en homenaje a la solidaridad social, dicte desde medidas de mejor proveer hasta dictar mandatos PREVENTIVOS, mandatos periféricos que ninguna relación guardan con el tema litigioso en sí.-

III Tipos de Procesos Colectivos. Instrumentos de Prevención y Resarcimiento

- 33)** El Daño Colectivo puede ser evitado (Daño posible) ó detenido y resarcible (Daño cierto).-
- 34)** Puedo decir entonces que hay dos tipos de procesos colectivos bien definidos: a) El de tipo preventivo (Art 1711) donde aquí no es exigible ningún factor de atribución y b) El resarcitorio, donde existe un daño colectivo cierto.-
- 35)** Ambos tipos de procesos representan el instrumento más idóneo para el ejercicio y defensa de los derechos de incidencia colectiva en general reconocidos en el código civil y comercial de la Nación.-
- 36)** Por último, estos procesos buscan restablecer derechos que son Política de Estado por estar reconocidos expresamente por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales, inclusive (Control de la administración pública)³.-
- 37)** Espero que esta ponencia haya demostrado que nuestro Código Civil y Comercial de la Nación ha reconocido a los procesos colectivos como instrumentos fundamentales para la defensa de los derechos de incidencia colectiva en general.-

³ **MOLLURA Pedro:** “El control judicial de la administración Pública y los Procesos Colectivos”; XVI Conferencia Nacional de Abogados – “Abogados: A pensar el País”, San Isidro 7,8,9 y 10 de Abril de 2010, en homenaje al Dr Augusto Mario Morello – Libro de Ponencias pag 179.-