

La noción de *derechos de incidencia colectiva* en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores

por Julio César Rivera (h) ♦

1.- Introducción

El artículo 43 de la CN –incorporado en la reforma constitucional de 1994– establece que el afectado, ciertas clases de asociaciones y el Defensor del Pueblo se encuentran legitimados para interponer una acción de amparo contra “cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”.

Esta disposición produjo un cambio sustancial en la estructura constitucional argentina en la medida en que reconoció el derecho a accionar judicialmente a sujetos potencialmente distintos de los afectados en forma directa por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesiona, restringe, altera o amenaza, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o la ley¹.

Esta legitimación anómala que surge del art. 43 de la CN se encuentra circunscripta a la tutela de *derechos de incidencia colectiva*. Por ello, a los fines de evaluar la admisibilidad de toda acción iniciada por el Defensor del Pueblo o asociaciones en el marco del art. 43 de la CN, debe necesariamente examinarse si en el caso concreto está en juego un derecho de incidencia colectiva o no, ya que ninguno de estos sujetos podrían accionar en defensa de derechos subjetivos puramente individuales.

La determinación de qué es un *derecho de incidencia colectiva* no es, sin embargo, una tarea sencilla. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia existen interpretaciones

♦ Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina y de la Facultad de Comunicación de la Universidad Austral.

¹ Si bien el art. 43 de la CN solamente hace referencia a la acción de amparo, la Corte Suprema ha sostenido que la defensa de los *derechos de incidencia colectiva* puede también tener lugar por vías procesales distintas al amparo (Cfr. CSJN, 3/5/2005, *Verbitsky, Horacio*, LL 2005-E-39, considerando n° 17 del voto de la mayoría).

muy diversas acerca de los alcances del art. 43 de la CN. En un trabajo anterior, sostuve que estos *derechos de incidencia colectiva* consistían en derechos pertenecientes a un grupo indeterminado de personas, concernientes a *intereses indivisibles*². El propósito de este trabajo es reexaminar la noción de *derecho de incidencia colectiva* defendida en dicho trabajo a partir de la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores.

2.- Una aclaración previa: la imposibilidad de examinar exclusivamente el derecho violado a los fines de determinar la existencia de una violación a un *derecho de incidencia colectiva*

Antes de ingresar en el análisis de las distintas interpretaciones acerca de la noción de *derechos de incidencia colectiva*, es necesario destacar que **no toda violación a los derechos del consumidor, al derecho a un ambiente sano o al principio de no discriminación implica necesariamente una lesión a *derechos de incidencia colectiva*.**

En otras palabras, **la identificación de un *derecho de incidencia colectiva* no depende *exclusivamente* del derecho que ha sido violado.** El mero hecho de que en un caso concreto exista una violación a los derechos del consumidor o al derecho a un ambiente sano no implica necesariamente la afectación de un *derecho de incidencia colectiva*, sino que **debe tenerse en cuenta también el tipo de tutela jurisdiccional que se busca.**

Veamos, por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema en el caso *Mendoza*³ (más conocido como el “caso del Ricachuelo”). La demanda original perseguía:

- (i) el resarcimiento de los daños ocasionados como consecuencia de la contaminación a las personas que habitan en el asentamiento al que denominan "Villa Inflamable" (situada en Dock Sud, partido de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires) y a los vecinos afectados que se desempeñan como profesionales

² Cfr. Rivera, Julio César y Rivera (h), Julio César, “La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional”, LL 2005-B-1053.

³ CSJN, 20/6/2006, *Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros*, LL 2006-D-86.

(médicos, psicólogos, odontólogos, enfermeros) en el Hospital Interzonal de Agudos Pedro Fiorito de la ciudad de Avellaneda. Este resarcimiento busca reparar la incapacidad sobreviniente alegada por los actores, los gastos por tratamientos médicos, gastos por nueva radicación, daño moral, daño psíquico sufrido por madres y padres y sus hijos, el daño futuro —comprensivo de los gastos que deben realizarse para liberar a los niños de la contaminación que portan en su organismo—, y la pérdida del valor locativo de los inmuebles que habitan según los casos. El total del reclamo asciende a la fecha de interposición de la demanda a la suma de \$ 5.161.500;

- (ii) el resarcimiento del daño infringido al medio ambiente y la recomposición de éste. En el caso de los bienes colectivos cuya situación puede ser revertida, la demanda pide que se fije una indemnización destinada a crear un fondo común de recomposición, o patrimonio de afectación. Respecto de los bienes dañados en forma irreversible, la demanda solicita que se fije una indemnización en concepto de daño moral colectivo para reparar la minoración en el goce que la comunidad obtenía del bien dañado.

La Corte Suprema, al delimitar las pretensiones de los demandantes, sostuvo que debían distinguirse dos grupos. Según la Corte “[l]a *primera reclamación se refiere al resarcimiento de la lesión de bienes individuales*, cuyos legitimados activos son las personas que se detallan en el considerando primero, y que reclaman por el resarcimiento de los daños a las personas y al patrimonio que sufren como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente” mientras que “[l]a *segunda pretensión tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente* [...] En este supuesto los actores **reclaman como legitimados** extraordinarios (Constitución Nacional, arts. 41, 43, y 30 de la ley 25.675) **para la tutela de un bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible** y está tutelado de una manera no disponible por las partes, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y, en ausencia de toda posibilidad, se dará lugar al resarcimiento (art. 28, ley citada)”⁴.

⁴ *Ibidem*, considerando n° 6. Énfasis añadido.

Como puede observarse, el mero hecho de que el reclamo se vinculara con la contaminación ambiental y la violación del derecho a un ambiente sano no fue suficiente para considerar que la demanda perseguía la protección de *derechos de incidencia colectiva*. De un mismo hecho –como es la contaminación del Riachuelo– se derivan reclamos meramente individuales –cuyos únicos legitimados son las personas que efectivamente sufrieron el daño– y pretensiones que buscan la tutela de *bienes de incidencia colectiva*.

De *Mendoza* surge claramente que –a los fines de determinar si en un caso concreto está en juego un *derecho de incidencia colectiva*– resulta necesario tener en cuenta –además del derecho violado– el tipo de tutela jurisdiccional que se pretende⁵. Hay pretensiones que buscan satisfacer intereses meramente individuales y otras que persiguen la tutela de bienes de incidencia colectiva.

En el apartado siguiente, realizo una primera aproximación al debate que existe en la Argentina respecto de las pretensiones dirigidas a la protección de bienes colectivos susceptibles de ser consideradas como pretensiones que buscan tutelar *derechos de incidencia colectiva* en el marco del art. 43 de la Constitución Nacional.

3.- Los contornos del debate actual acerca de las pretensiones dirigidas a la tutela de *derechos de incidencia colectiva*

Como sostuve en el apartado anterior, a los fines de determinar si existe un *derecho de incidencia colectiva* en un caso concreto, resulta necesario examinar: (i) cuál es el derecho en juego y (ii) el tipo de protección jurisdiccional que se busca.

⁵ La necesidad de examinar el tipo de tutela jurisdiccional que se pretende –a fin de determinar si existe un derecho colectivo en juego o no– ha sido reconocida por la doctrina brasileña, que ha estudiado con gran profundidad estos temas, a partir de una legislación mucho más avanzada que la argentina. Véase, en este sentido, Nery Junior, Nelson, “Art. 109 a 119”, en Pellegrini Grionver, Ada y otros, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Río de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 778.

En lo que concierne al derecho invocado, debe tratarse de un derecho cuya afectación tenga cierta dimensión social o de interés público⁶. La afectación del derecho a la no discriminación o de los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor –enumerados en el art. 43– adquiere, en principio, una dimensión social que justifica el otorgamiento de legitimación al Defensor del Pueblo y a las asociaciones del art. 43 de la CN para la defensa de dichos derechos. Pero dicha dimensión social o de interés público no está presente en todos los casos en que estos derechos están involucrados. Como surge del caso *Mendoza*, existen pretensiones que, a pesar de estar sustentadas en los derechos mencionados en el art. 43 de la CN, persiguen la tutela de intereses meramente individuales.

Por ello, a los fines de precisar si existe un *derecho de incidencia colectiva* en juego en un caso determinado, es necesario tener en cuenta también la clase de tutela jurisdiccional que se pretende. Hay ciertas pretensiones, basadas en los derechos del art. 43 de la CN, que tienen una dimensión social o de interés público y otras que, a pesar de estar fundamentadas también en los derechos del art. 43 de la CN, tienen una dimensión meramente individual. La cuestión radica en cómo distinguir las primeras de las segundas.

En primer lugar, hay ciertas pretensiones cuyo objeto es *indivisible* y *no fraccionable*. Ello significa que la satisfacción de uno de los titulares del grupo implica necesariamente la satisfacción de todos los integrantes de dicho grupo y, de la misma manera, la lesión a un miembro del grupo constituye una lesión a toda la colectividad⁷. En estos casos, resulta imposible dividir el objeto de la pretensión en cuotas atribuibles individualmente a cada uno de los afectados⁸. Por ejemplo, si un vecino solicita que no se construya una determinada planta industrial en una zona determinada debido a sus efectos contaminantes, el objeto de dicha pretensión es *indivisible* ya que no es materialmente posible limitar la decisión al accionante. El objeto mismo de la pretensión lleva a que la

⁶ Cfr. Jeanneret de Pérez Cortés, María, “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones”, LL 2003-B-1334.

⁷ Cfr. Gidi, Antonio, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para iberoamérica*, Ed. Porrúa, México DF, 2003, p. 25, 32-33.

⁸ *Ibidem*.

decisión se extienda necesariamente a toda la comunidad⁹. O la planta se construye o no se construye. No existe la posibilidad de dividir la pretensión en pretensiones individuales independientes.

A partir de la reforma constitucional de 1994, los tribunales argentinos entienden que esta clase de pretensiones de objeto *indivisible*, que persiguen la tutela de bienes colectivos, pueden ser incoadas por el Defensor del Pueblo, las asociaciones del art. 43 de la CN y la persona afectada, ya que involucran *derechos de incidencia colectiva*. Así, por ejemplo, los tribunales han reconocido legitimación al Defensor del Pueblo, a las asociaciones del art. 43 de la CN o al afectado para: (i) solicitar que se retire del mercado un determinado producto¹⁰; (ii) cuestionar un incremento tarifario en los servicios públicos¹¹; (iii) demandar la producción de una determinada vacuna¹²; (iv) solicitar la realización de una audiencia pública previo al dictado de un acto administrativo susceptible de afectar los intereses de los usuarios de los servicios públicos¹³; (v) pedir la nulidad de un concurso público para la selección de proyectos de inversión, instalación y operación de plantas de tratamientos de residuos peligrosos¹⁴; (vi) reclamar la construcción de obras

⁹ Cfr. Giannini, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, p. 45, nota n° 43.

¹⁰ Cfr. CSJN, 05/03/2002, *Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación*, LL 2002-B-520 (reconociendo la legitimación de la una asociación para solicitar que se condene al Estado Nacional a que deje sin efecto la autorización y prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco “Imediat” por sus efectos abortivos).

¹¹ Cfr. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 05/08/1997, *Fernández, Raúl c/ Poder Ejecutivo Nacional*, LL 1997-E-535 (haciendo lugar a la acción de amparo interpuesta por un usuario del servicio de transporte de subterráneos que cuestionaba el redondeo de la tarifa por encima de lo que resultaría de la aplicación de las pautas del contrato de concesión). El fallo fue revocado por la Corte Suprema por razones de fondo, pero no se cuestionó la legitimación del afectado (CSJN, 07/12/1999, *Fernández Raúl c/ Poder Ejecutivo Nacional*, LL 2000-A-179).

¹² Cfr. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 02/06/1998, *Viceconte, Mariela C. C/ Ministerio de Salud y Acción Social*, LL 1998-F-305 (haciendo lugar a una acción de amparo interpuesta por un particular y ordenando en consecuencia al Estado que cumpla con el compromiso de producir la vacuna tendiente a combatir la fiebre hemorrágica argentina).

¹³ Cfr. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 23/06/1998, *Youssefian, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones*, LL 1998-D-712 (reconociendo la legitimación de un individuo para cuestionar la no convocatoria a audiencia pública, previo a decidir la prórroga del período de exclusividad de las licenciatarias del servicio básico telefónico nacional e internacional).

¹⁴ Cfr. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala III, 08/09/1994, *Schroder, Juan c/ Estado Nacional – Secretaría de Recursos Naturales*, LL 1994-E-449 (reconociendo la legitimación activa de un vecino de la Provincia de Buenos Aires para demandar la nulidad de un concurso público para la selección de proyectos de inversión, instalación y operación de plantas de tratamiento de residuos peligrosos tipificados en la ley 24.051).

necesarias para las personas discapacitadas¹⁵; (vii) cuestionar el Plan Médico Obligatorio en lo que se refiere a la cobertura de medicamentos en los casos de esclerosis múltiple¹⁶; (viii) demandar la nulidad de una resolución del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios relativa al sistema de medición de consumo de agua y los sujetos obligados al pago¹⁷; (viii) solicitar que se brinden condiciones mínimas de seguridad e higiene a los usuarios de una línea ferroviaria y se adopten las medidas necesarias para garantizar el acceso de las personas discapacitadas¹⁸; (ix) impugnar una resolución de la Secretaría de Transporte que permitía la afectación al servicio público de autotransporte de pasajeros de vehículos con más de diez años de antigüedad¹⁹; (x) solicitar que se ordene a una Comisión del Congreso de la Nación a abstenerse de realizar reuniones en forma no pública²⁰; (xi) solicitar que se ordene al Estado a mejorar la infraestructura y el equipamiento de un

¹⁵ Cfr. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, 30/08/99, *Verbrugghe, María Inés c/ E.N. – Ministerio de Economía – Secretaría de Transportes*, ED 185-995 (ordenando la realización de obras necesarias para permitir el acceso de personas con discapacidad motora o movilidad reducida al servicio de trenes del ramal Mitre).

¹⁶ Cfr. CSJN, 18/12/2003, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud*, JA 2004-II-416 (reconociendo la legitimación activa a la asociación para impugnar una resolución que excluía del tratamiento cubierto por el Programa Médico Obligatorio a quienes no habían tenido brotes o exacerbaciones en los últimos dos años).

¹⁷ Cfr. CSJN, 14/09/2000, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional – Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos- y Otros*, Fallos: 323:2519 (haciendo lugar a la acción de amparo interpuesta por el Defensor del Pueblo y declarando en consecuencia la invalidez de resoluciones por las que el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios había reglamentado un sistema de medición global y pago directo por los consorcios de propietarios en edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal).

¹⁸ Cfr. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, 24/8/2006, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ UGOFE SA y otro (Línea San Martín) s/ amparo ley 16.986*, el Dial - AA3792, (reconociendo la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación para solicitar que se brinden a los usuarios de la Línea San Martín un servicio digno y eficiente en materia de condiciones de seguridad e higiene y que se garantice el normal desenvolvimiento y desplazamiento de las personas discapacitadas en los accesos a los andenes de las estaciones, a las formaciones y también dentro de ellas).

¹⁹ Cfr. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala V, 22/8/2006, *Dalbón, Gregorio J. y otros c/ Estado Nacional*, JA 2006-IV-592 (reconociendo legitimación a la Asociación de Familiares y Víctimas de Accidentes de Tránsito para solicitar la suspensión de los efectos de las resoluciones de la Secretaría de Transporte que, excepcionando lo previsto en el art. 53 inc. b de la ley 24.449 permitía la afectación al servicio público de autotransporte de pasajeros de carácter urbano, suburbano, interurbano, internacional y de turismo de unidades de transporte con más de diez años de antigüedad).

²⁰ Cfr. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 22/3/2007, *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ EN-Congreso –Comisión Mixta Revisión Cuentas s/ amparo*, el Dial-AA3EE5 (reconociendo la legitimación de dicha asociación para interponer una acción de amparo contra la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas a fin de que: (i) se ordenara a la Comisión que permitiera el ingreso a sus reuniones a los ciudadanos que lo solicitaran; (ii) se dispusiera la publicación en internet de los días, horarios y lugar físico que se desarrollarían las reuniones a los ciudadanos que lo solicitaran; (iii) se exigiera la publicación en al menos un medio masivo de comunicación de la modificación operada en el ámbito de dicha comisión en cuanto a que las reuniones pasarían a realizarse de manera de asegurar la posibilidad de acceso a ellas).

hospital público²¹; (xii) solicitar que se condene al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco a adoptar las medidas necesarias para modificar las condiciones de vida de personas pertenecientes a la etnia Toba²².

En segundo lugar, existen pretensiones de objeto *divisible* y que carecen de toda dimensión social o de interés público, a pesar de estar sustentadas en los derechos enumerados en el art 43 de la CN. Se trata de reclamos meramente individuales. Por ejemplo, si una persona es despedida a causa de la religión que profesa, una eventual demanda indemnizatoria por despido discriminatorio sólo podría ser ejercida por la persona agraviada y no por el Defensor del Pueblo ni por una asociación cuyo objeto sea la lucha contra la discriminación. De la misma manera, si una persona adquirió un lavarropa que compró en una casa de electrodomésticos y éste no funciona adecuadamente, una eventual demanda contra el vendedor o el fabricante sólo podría ser ejercida por el comprador, aún cuando ésta estuviera parcial o totalmente sustentada en la ley de protección del consumidor. En ambos casos, se trata de demandas que perseguirían la tutela de derechos meramente individuales cuya afectación carece de dimensión social suficiente para justificar la actuación del Defensor del Pueblo o de las asociaciones del art. 43 de la CN en la defensa de dichos derechos, a pesar de que ambas demandas podrían sustentarse en los derechos enumerados en el art. 43 de la CN.

En tercer lugar, existe una categoría intermedia, denominada por la doctrina “*derechos individuales homogéneos*”²³. Estos *derechos individuales homogéneos* son esencialmente derechos individuales²⁴, cuya violación puede dar origen a reclamos individuales por cada persona y la eventual satisfacción de dicho reclamo no se traduce necesariamente –a diferencia de lo que sucede con las pretensiones de objeto *indivisible*–

²¹ CSJN, 31/10/2006, *Ministerio de Salud y/o Gobernación*, LL 2006-F-422 (reconociendo la legitimación de médicos del Hospital Materno Infantil y de dos asociaciones profesionales para interponer una acción de amparo contra la Provincia de Salta con el objeto que se diera solución a las graves insuficiencias de infraestructura, equipamientos, insumos y recursos humanos que padece el hospital).

²² CSJN, 18/9/2007, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra s/ proceso de conocimiento*, LL 2007-F-111.

²³ Para un excelente análisis de esta categoría, véase la obra citada de Leandro Giannini.

²⁴ Cfr. Gidi, Antonio, “Derechos difusos...”, cit., p. 35.

en beneficio alguno para las demás personas que se encuentran en una situación similar²⁵. La nota característica de estos derechos individuales –que los distingue de la categoría analizada en el párrafo anterior– es su *homogeneidad*, que deriva del hecho de que el daño o la restricción a estos derechos individuales tiene un “*origen común*”²⁶. Es este “*origen común*” lo que en algunas circunstancias puede justificar –por razones pragmáticas– el tratamiento conjunto de las pretensiones de todas las personas afectadas, a pesar de la naturaleza esencialmente individual y divisible de cada reclamo. Por ejemplo, retomemos el caso del lavarropa y supongamos que todos los lavarropas de dicha marca tuvieran un problema en su funcionamiento. En este caso, la situación de cada adquirente del lavarropa de dicha marca sería “jurídicamente igual” –o sea, “*homogénea*”– y ello podría justificar al tratamiento de esta cuestión en un único proceso, que culminaría en una sola decisión, idéntica para todas las personas afectadas. Esta *homogeneidad* depende exclusivamente del *origen común* de los derechos y no exige la igualdad matemática entre ellos²⁷. Por ejemplo, en caso de accidente a causa del mal funcionamiento de un producto (por ejemplo, un auto que viene de fábrica con problemas en el sistema de frenado) la situación de cada persona accidentada podría ser considerada *homogénea* a los fines de determinar la responsabilidad del fabricante, sin que el hecho de que la entidad del daño sufrido por cada persona difiera sustancialmente afecte dicha *homogeneidad*. En estos casos, el monto indemnizatorio debería determinarse de forma individual en la etapa de ejecución de sentencia.

Sin embargo, el mero hecho de que resulte manifiestamente conveniente tratar las cuestiones vinculadas a *derechos individuales homogéneos* en un solo proceso colectivo no significa automáticamente que estos derechos puedan ser considerados *derechos de incidencia colectiva* en el marco del art. 43 de la CN y que las pretensiones que persiguen la tutela de *derechos individuales homogéneos* tengan siempre una dimensión social o de interés público que justifique el otorgamiento de legitimación al Defensor del Pueblo y las asociaciones del art. 43, sin participación alguna en el proceso de los titulares de los derechos subjetivos individuales lesionados. En esta materia, todavía no existe consenso

²⁵ Cfr. Giannini, Leandro J., *La tutela colectiva...*, cit., p. 46.

²⁶ Cfr. Gidi, Antonio, “Derechos difusos...”, cit., pp. 35-36.

²⁷ *Ibidem*, p. 37.

entre los tribunales argentinos, cuya jurisprudencia paso a analizar en el apartado siguiente.

4.- La legitimación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones del art. 43 de la CN para la tutela de *derechos individuales homogéneos* en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores

4.1.- La interpretación restrictiva

En un reciente fallo, la mayoría de la Corte Suprema ha sostenido que los *derechos individuales homogéneos* de naturaleza patrimonial no pueden ser considerados *derechos de incidencia colectiva* en el marco del art. 43²⁸. El caso se originó en una acción de amparo incoada por el Defensor del Pueblo contra el Estado Nacional mediante la cual se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de las normas que restringían la libre disponibilidad de los depósitos bancarios y afectaban su integridad mediante la pesificación a \$ 1,40 por cada 1 US\$ depositado. A primera vista, parece que nos encontramos con una acción iniciada en tutela de *derechos individuales homogéneos* ya que: a) cada depositante podía reclamar la devolución inmediata de su depósito en la moneda original sin que la eventual satisfacción de dicho reclamo se tradujera en beneficio alguno respecto de los demás depositantes; b) el daño o la restricción los derechos individuales de los depositantes tenía un “*origen común*”: el Decreto 1570/01, la Resolución n° 46/02 del Ministerio de Economía, el Decreto 214/02, el Decreto 1316/02 y las demás normas que restringían la libre disponibilidad de los depósitos bancarios y cuya constitucionalidad había sido cuestionada por el Defensor del Pueblo²⁹.

La decisión de la Corte –que desconoce la legitimación del Defensor del Pueblo para presentar este tipo de acción en *defensa de derechos individuales homogéneos* de naturaleza patrimonial– estuvo integrada por el voto de los jueces Highton y Argibay, y los votos individuales de los jueces Fayt y Maqueda.

²⁸ CSJN, 26/6/2007, *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*, LL 2007-E-145.

²⁹ Sin perjuicio de ello, véase lo manifestado en la nota n° 41.

Highton y Argibay sostuvieron, en su voto, que los *derechos de incidencia colectiva* son derechos supraindividuales o colectivos que “pueden caracterizarse como aquellos que, teniendo por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, presentan como objeto de tutela una pretensión general de uso o goce de un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante, desde que tienen ante todo un carácter impersonal”³⁰. Estos derechos supraindividuales o colectivos “se hallan en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión a la entera comunidad”³¹. En estos casos, explican Highton y Argibay, “el antiguo ideal de la iniciativa procesal monopolísticamente centralizada en manos del único sujeto a quien el derecho subjetivo ‘pertenece’ se demuestra impotente frente a los derechos que ‘pertenecen’, al mismo tiempo, a todos y a ninguno” y “[e]s por esta razón que cuando el valor en juego es lo colectivo, debe existir la posibilidad de construir nuevos tipos de tutela”³². Según Highton y Argibay, es “en la búsqueda de estos nuevos tipos de tutela [...] que el constituyente previó una legitimación anómala, extraordinaria, diferente de la general, que [...] se caracteriza por la circunstancia de que resulta habilitado para intervenir en el proceso un sujeto que no es el titular de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito”³³. En este marco, Highton y Argibay concluyen 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”³⁴. En estos casos –señalan Highton y Argibay– “será cada individuo, titular del derecho lesionado quien podrá demandar su reparación”. Highton y Argibay observan que “[l]a reforma de 1994 de ningún modo ha querido conferir la legitimación al Defensor del Pueblo para reemplazar a los particulares en la defensa de sus derechos patrimoniales”, de manera tal que “la legitimación del Defensor del Pueblo se encuentra condicionada a que la acción u omisión que se intenta cuestionar por vía judicial, provoque un perjuicio a un derecho supraindividual, indivisible y no fraccionable en cuotas

³⁰ *Ibidem*, considerando n° 10 del voto de los jueces Highton y Argibay.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, considerando n° 11.

adjudicables a cada uno de sus titulares”³⁵. Highton y Argibay destacan que “[e]n el caso de autos lo que uniría a los sujetos es un ‘problema común’ y no la afectación a un derecho de incidencia colectiva el que, conforme a lo establecido ut supra, no resulta de una multiplicidad de derechos subjetivos lesionados, sino de la incidencia del agravio en lo colectivo”³⁶. Highton y Arigbay entienden que “[s]e está en presencia de un interés sectorial, que no es más que la sumatoria de los derechos individuales de ese grupo de personas (depositantes bancarios), calificado por la concurrencia de intereses similares a todos ellos [...] el que, por otra parte, se contrapone al interés de otros sectores de la sociedad”³⁷.

En sentido similar, Fayt sostuvo en su voto que la “ampliación del universo de legitimados establecida por el art. 43 de la Ley Fundamental exceptúa la protección de los derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados”³⁸. Por ende, Fayt concluyó que la invocación de los derechos de propiedad de los ahorristas “no autoriza la intervención de sujetos distintos de los afectados en los términos del art. 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional, pues no se trata de derechos de incidencia colectiva”³⁹.

Maqueda, por su parte, expresó en su voto que la legitimación extraordinaria del artículo 43 de la CN encuentra “sus límites en la defensa del interés colectivo y general”⁴⁰. Por tal razón, según Maqueda, “quedan excluidos de su ámbito de competencia los derechos que representan intereses patrimoniales propiamente dichos” ya que, en estos casos, “la condición de divisibles, generalmente no homogéneos y caracterizados por la búsqueda de reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados, lo que puede conducir a eventuales posturas contradictorias entre unos y otros, determina que su ejercicio y tutela corresponda sólo y en forma exclusiva a los titulares,

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, considerando n° 13.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*, considerando n° 9 del voto del juez Fayt.

³⁹ *Ibidem*, considerando n° 10.

⁴⁰ *Ibidem*, considerando n° 8 del voto del juez Maqueda.

quedando desplazado el Defensor del Pueblo”⁴¹. Si bien Maqueda reconoce que en ciertos supuestos los derechos de incidencia colectiva pueden involucrar intereses patrimoniales, Maqueda observa que en esos casos “cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo, la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados o, en su caso, débilmente protegidos”⁴².

Como puede observarse, la mayoría de la Corte Suprema concluyó que los *derechos individuales homogéneos* de carácter patrimonial no pueden ser considerados *derechos de incidencia colectiva* y por lo tanto no pueden ser tutelados por el Defensor del Pueblo ni por las Asociaciones del art. 43. La concusión de la Corte Suprema es coincidente –tal como lo destaca la misma Corte en su fallo– con sus decisiones anteriores en donde el máximo tribunal había rechazado las acciones de ciertas asociaciones en defensa de derechos patrimoniales individuales de sus miembros⁴³ y confirma, en gran medida, la tesis

⁴¹ *Ibidem*, considerando n° 9. Como puede observarse, Maqueda pone en duda la posibilidad de que existan derechos individuales verdaderamente “homogéneos” en materia de derechos patrimoniales y destaca que, cuando se trata de reparar daños esencialmente individuales, pueden existir posturas contradictorias entre cada afectado. Desde este punto de vista, la opinión de Maqueda se aproxima a lo que sostuvo en mi trabajo anterior sobre este tema, en donde señalé que “los *intereses patrimoniales divisibles* pueden llegar a ser contradictorios (a pesar de su apariencia de *homogeneidad*)” (cfr. Rivera, Julio César y Rivera (h), Julio César, “Los alcances de...”, cit., p. 1062). En referencia al caso del “corralito” y de la reprogramación y “pesificación” de los depósitos bancarios, observé que “un subgrupo de afectados puede considerar que se encuentran en una situación diferente a la del resto de los ahorristas, ya sea por razones de edad o de salud, y que, por ende, tiene un derecho preferente a obtener el reintegro inmediato de los fondos depositados” y que “[p]ara este subgrupo de afectados, una acción del Defensor del Pueblo, en representación de todos los ahorristas, impide la consideración de situaciones especiales que justifican un tratamiento distinto; o sea, pone a todos los ahorristas en un mismo plano” (*Ibidem*).

⁴² *Defensor del Pueblo de la Nación – inc. dto. 1316/02*, cit., considerando n° 10 del voto del juez Maqueda.

⁴³ En *Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia*, la Corte Suprema revocó una sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, que había hecho lugar a una acción de amparo promovida por la Cámara de Comercio, Industria y Producción de esa ciudad, ordenando en consecuencia a la AFIP que se abstuviera de aplicar a los socios de la entidad actora, el procedimiento de ejecución fiscal establecido por el art. 92 de la ley citada (CSJN, 26/08/2003, *Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c/ Administración Federal de Ingresos Públicos*, JA 2003-IV-44). En un fallo unánime, la Corte Suprema sostuvo que si bien el art. 43 de la Constitución Nacional había ampliado el universo de sujetos legitimados para accionar por la vía del amparo, “esta amplitud no se ha dado para la defensa de cualquier derecho, sino como medio para evitar discriminaciones y tutelar los derechos que ‘protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general’” (*ibidem*, considerando n° 10). Para la Corte, “resulta claro que la acción de amparo que ha dado origen a estos autos no ha sido promovida en defensa de algún derecho de los aludidos precedentemente, sino respecto de derechos de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela [...] corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados...” (*ibidem*, considerando n° 11).

En la misma fecha, la Corte resolvió en *Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos* que dicha entidad carecía de legitimación para promover una acción de amparo en procura de una decisión judicial que declarara la inconstitucionalidad de normas tributarias y su consiguiente inaplicabilidad al conjunto de sus asociados

desarrollada en mi trabajo anterior⁴⁴. El voto de Maqueda deja sin embargo la puerta abierta para reconocer como pretensiones dirigidas a la defensa de *derechos de incidencia*

(CSJN, 26/08/2003, *Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/ Estado Nacional*, JA 2003-IV-5, considerando n° 3).

Poco tiempo más tarde, la Corte rechazó las acciones interpuestas por colegios profesionales de abogados que pretendían la inaplicabilidad de ciertas normas tributarias a sus miembros. La Corte Suprema se remitió a la doctrina establecida en *Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos* y en *Cámara de Comercio, Industria y producción de Resistencia* (cfr. CSJN, 07/10/2003, *Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos* y CSJN, 07/10/2003, *Colegio de Abogados de Provincia de Buenos Aires c/ Administración Federal de Ingresos Públicos*).

⁴⁴ Como ya señalé al comienzo de este artículo, en mi primer trabajo sobre este tema había sostenido que estos *derechos de incidencia colectiva* consistían en derechos pertenecientes a un grupo indeterminado de personas, concernientes a *intereses indivisibles*, de manera tal que ni el Defensor del Pueblo ni las asociaciones podían actuar en defensa de *intereses patrimoniales divisibles*. Esta tesis fue cuestionada por Martín Sigal con el argumento de que no se adecuaba a los precedentes de la Corte Suprema (cfr. Sigal, Martín, “Los derechos de incidencia colectiva y su relación con los derechos individuales y colectivos”, JA 2006-II- 1191, 1200-1205). Sin embargo, la mayor parte de los casos de la Corte Suprema que cita Sigal (*Fernández, Defensor del Pueblo c/ MEOySP, Sindicato Argentino de Docentes Particulares*), en sustento de su interpretación, no se ajustan a pretensiones vinculadas con *derechos individuales homogéneos* de naturaleza patrimonial sino con pretensiones de objeto *indivisible*. Por ejemplo, en *Fernández* (cit. en nota 11), la pretensión estaba dirigida a impugnar una resolución del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación en materia de tarifas de subterráneos, en cuanto autorizaba un redondeo por encima del centavo. En mi opinión, toda pretensión dirigida a cuestionar una determinada resolución en materia de tarifas de servicios públicos es de objeto *indivisible*, ya que el eventual éxito de la demanda beneficiaría necesariamente a todos los usuarios de dicho servicio, dado que uno de los principios esenciales del derecho administrativo en materia de servicios públicos es la uniformidad de las tarifas. Por las mismas razones, la pretensión que dio origen al caso *Defensor del Pueblo c/ MEOySP* (cit. en nota 17.) era también de objeto *indivisible* en cuanto estaba dirigida a obtener la nulidad de ciertas normas que modificaban la forma de calcular la tarifa en el servicio de agua potable.

En cuanto a la decisión de la Corte en *Sindicato Argentino de Docentes Particulares*, la legitimación del Sindicato para accionar en defensa de los derechos patrimoniales de los trabajadores surge del art. 31 ley 23.551 de asociaciones sindicales y no del art. 43 de la CN (véase, en este sentido, lo explicado en el apartado 5 de este trabajo).

Los demás casos que cita Sigal no se vinculan con *derechos individuales homogéneos* de naturaleza patrimonial sino con aparentes *derechos individuales homogéneos* de naturaleza extrapatrimonial. Sin embargo, algunos de los casos que menciona contienen pretensiones de objeto manifiestamente *indivisible*. Por ejemplo, en *Portal de Belén* (cit. en nota 10), la pretensión estaba dirigida a que se prohibiera la fabricación y distribución de un fármaco considerado abortivo. La pretensión es de objeto claramente *indivisible*: impedir la fabricación y distribución de un determinado producto. Si la pretensión hubiera sido efectuada por uno de los afectados –algo complicado en el caso concreto dado que los agraviados son personas por nacer–, resulta evidente que su eventual éxito habría beneficiado a todos los demás afectados. Pensemos en otro caso análogo: si una persona solicita que se impida la fabricación de un determinado producto alimenticio porque resulta peligroso para la salud y su demanda es aceptada, ello se traduce necesariamente en un beneficio para todos los eventuales consumidores de dicho producto.

En *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta* (cit. en nota 16), la pretensión estaba dirigida a impugnar una resolución que excluía del tratamiento cubierto por el Programa Médico Obligatorio a quienes no habían tenido brotes o exacerbaciones en los últimos dos años. Toda pretensión dirigida a que se incluya una determinada enfermedad en el Programa Médico Obligatorio es *indivisible* en la medida en que un eventual resultado exitoso se traduciría necesariamente en un beneficio para todas las personas que padecen esa enfermedad.

Verbitsky (cit. en nota 1) es un caso en donde, como acertadamente observa Giannini, la distinción entre pretensiones de *indivisibles* y *divisibles* no es tan sencilla (Cfr. Giannini, Leandro J., *La tutela colectiva...*”, cit., p. 330). En este sentido, Giannini expresa que “en algunos casos la indivisibilidad del objeto se hace

colectiva aquellas que persiguen la tutela de *derechos individuales homogéneos* de naturaleza preponderantemente no patrimonial. Esta distinción que realiza Maqueda entre *derechos individuales homogéneos* de naturaleza patrimonial y no patrimonial se ajusta a ciertos precedentes anteriores de la Corte⁴⁵.

Esta postura restrictiva de la mayoría de la Corte Suprema se ve reflejada también en ciertas decisiones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. En el caso *Centro de Educación al Consumidor c/ COBERMED*, la Sala I rechazó una acción iniciada por una asociación de consumidores que perseguía que se condenara a la demandada a realizar a favor de sus afiliados las prestaciones y servicios médicos correspondientes a la atención del embarazo (cobertura integral ginecológica y obstétrica, así como el eventual parto y la cobertura neonatal)⁴⁶. La Cámara sostuvo que se trataba de un reclamo “que tiene por finalidad la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los presuntos afectados, que es exclusivo de cada afiliado de las entidades contra las que se dirigen la acción” y que, por lo tanto, no se estaba “en presencia de un derecho de incidencia colectiva con el alcance que se le otorga en el art. 43 de la CN

patente, en atención a que la satisfacción del reclamo no admite un tratamiento diferenciado entre los afectados. Así, la mejora de infraestructura carcelaria (adecuación de los servicios sanitarios; acceso a prestaciones médicas; reformulación de las condiciones de aireación, iluminación y calefacción de los presidios, espacios al aire libre con posibilidades de desplazamiento) es claramente una pretensión cuya satisfacción o desconocimiento impacta necesariamente sobre la colectividad representada en juicio...” (ibídem, p. 331). En cambio, Giannini observa que otros reclamos son *divisibles* “ya que importan la cesación de la restricción a la libertad de sujetos que revisten determinadas características [...] respecto de los cuales podría perfectamente ensayarse una pretensión estrictamente individual que no tuviera más efectos que trasladar al reo de ubicación” (ibídem).

Asociación Benghalensis (CSJN, 1/6/2000, *Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional*, LL 2001-B-126) también es un caso en donde no resulta fácil establecer si el objeto de la pretensión es divisible o indivisible. La demanda está dirigida a que el Estado cumpla con el suministro de medicamentos destinados a tratar el SIDA. De manera tal que una condena al Estado beneficia necesariamente a todos los afectados ya que el Estado debe producir o adquirir los medicamentos a los fines de distribuirlos. Sin perjuicio de ello, es cierto también que cada persona podría haber accionado individualmente y solicitado la entrega de los medicamentos de forma individual sin beneficio alguno para los demás integrantes del grupo.

En cambio, en *Mignone*, (CSJN, 9/4/2002, *Mignone, Emilio*, LL 2002-C-377) la pretensión parece estar dirigida a la tutela de *derechos individuales homogéneos*, ya que la entidad actora perseguía que se estableciesen las medidas necesarias para que las personas detenidas sin condena pudieran ejercer el derecho al voto. Cada persona detenida podría haber solicitado el ejercicio del derecho al sufragio de forma independiente sin que el eventual éxito de la demanda repercutiera de forma necesaria en las demás personas detenidas.

⁴⁵ Véase, en este sentido, lo explicado en la nota anterior respecto de las sentencias de la Corte Suprema en los casos *Mignone*, *Verbitsky* y *Asociación Benghalensis*.

⁴⁶ CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 27/5/2004, *Centro de Educación al Consumidor c/ COBERMED S.A.* y otro s/sumarísimo, ED 209-266.

para legitimar a la actora”⁴⁷. Según la Cámara, el *derecho de incidencia colectiva* es aquel que “no pertenece a una persona determinada o a un grupo unido por un vínculo o nexo común previo, sino que corresponde a un sector de persona que conviven e un ambiente o situación común” de manera tal que se trata “de un bien que pertenece a todos y al grupo, pero que es indivisible, por lo que la satisfacción del interés respecto de uno de ellos importa la de todos”⁴⁸. La Cámara observó que “cada uno de los afiliados, cuyos derechos se dicen vulnerados por el accionar de la parte demandada, tiene en este caso un derecho subjetivo, individual y exclusivo y por lo tanto posee legitimación para reclamar el cese del daño actual o inminente que pueda padecer”⁴⁹.

Esta misma sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal mantuvo este criterio en dos casos posteriores. En el caso *Unión de Usuarios y Consumidores c/ Edesur*, la Sala I rechazó una acción de amparo interpuesta por una asociación de consumidores que solicitaba que se abonara una compensación indemnizatoria de \$ 493,75 a todos los usuarios de la Ciudad de Buenos Aires perjudicados por los cortes de energía⁵⁰. Al igual que en el caso anterior, la Cámara concluyó que se trataba de un reclamo tenía por finalidad “la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los presuntos afectados, que es exclusivo de cada usuario de la empresa contra la que se dirige la acción” y que, por ende, no se estaba “en presencia de un derecho de incidencia colectiva con el alcance que se le otorga en el art. 43 de la CN para legitimar a la actora”⁵¹. Según la Cámara, “cada uno de los usuarios, cuyos derechos se dicen vulnerados por el accionar de la parte demandada, tiene en este caso un derecho subjetivo, individual y exclusivo y por lo tanto posee legitimación para reclamar la indemnización por el daño que pudiera haber experimentado a raíz de los referidos cortes de servicio”⁵².

⁴⁷ *Ibidem*, considerando n° 7.

⁴⁸ *Ibidem*, considerando n° 4.

⁴⁹ *Ibidem*, considerando n° 7.

⁵⁰ CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 17/06/2004, *Unión de Usuarios y Consumidores c/ Edesur S.A. s/ Daños y Perjuicios*, LL 2005-A-93.

⁵¹ *Ibidem*, considerando n° 7.

⁵² *Ibidem*.

En *Asociación Civil DE.FE.IN.DER y otro c/ INSSJP*, la Sala I no hizo lugar a una acción de amparo que perseguía que se redujera la demora en otorgar las prestaciones solicitadas por los afiliados al INSSJP y, a su vez, que se subsanara la demora en abonar en tiempo y forma las prestaciones a las entidades que prestan los servicios de salud⁵³. En lo que se refiere a la primera pretensión, la Cámara expresó que se “las demoras indicadas en las prestaciones de los propios afiliados constituye un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los presuntos afectados, que es exclusivo de cada afiliado del INSSPJ” así que no se está “en presencia de un derecho de incidencia colectiva con el alcance que se le otorga en el art. 43 de la CN para legitimar a las actoras”⁵⁴. En lo que concierne al segundo reclamo, la Cámara afirmó que “la pretensión de que se reduzca la demora en el pago de las prestaciones a las entidades que proveen los servicios de salud (las ‘prestadoras’) tiene naturaleza individual y exclusivo de cada una de esas empresas o profesionales médicos” de manera tal que “las asociaciones que interponen la presente acción no pueden reivindicar y ejercer derechos exclusivos de las prestadoras de servicio pues debe partirse de que cada prestador [...] debería reclamar, si lo considera pertinente, por las demoras en los respectivos pagos en la medida en que le ocasione un perjuicio, si es que esa demora se produjera en el marco de la relación contractual mantuvieran con el INSSPJ”⁵⁵.

La Sala IV de la Cámara Contencioso Administrativo Federal formuló también una interpretación restrictiva de la noción de derechos de incidencia colectiva al rechazar una acción de amparo por mora incoada por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia a fin de que se ordenara a Telefónica de Argentina a brindar información acerca de los pedidos de instalación de líneas realizados por vecinos de una villa de emergencia⁵⁶. La Cámara expresó que “[e]l hecho de que la afectación de derechos subjetivos se vea proyectada a un grupo determinado de personas ello no necesariamente conlleva a un ‘derecho de incidencia colectiva’, sino más bien a una sumatoriedad de derechos subjetivos

⁵³ CNCiv. y Com. Fed, Sala I, 8/5/2007, *Asociación Civil DE.FE.IN.DER y otro c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo*, El Dial – AA3EFE.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ CNFed. Contencioso administrativo, Sala IV, 20/2/2007, *Asociación por la Igualdad y la Justicia c/ Telefónica de Argentina S.A.*.

donde debe el judicante ser extremadamente cauto, puesto que no podría sustituir la voluntad del interesado a quien le corresponde de forma exclusiva el ejercicio y tutela de sus derechos”⁵⁷.

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial también efectuó originalmente una interpretación restrictiva de la noción de *derechos de incidencia colectiva*. En *Damnificados Financieros c/ Siembra*, la sala B de la Cámara Comercial confirmó la decisión de Primera Instancia que había rechazado *in limine* ciertas diligencias preliminares solicitadas por la asociación actora. Este rechazo se sustentó en la falta de legitimación de la asociación actora para incoar una futura demanda contra las AFJP a fin de que se les ordene restituir al fondo que administran las sumas que los fondos dejaron de percibir como consecuencias de que las AFJP aceptaron el canje de títulos de deuda pública que impuso una sensible quita en el capital, con cuyos rendimientos se abastecerán las futuras jubilaciones⁵⁸. La Cámara Comercial –siguiendo el criterio elaborado por la Cámara Civil y Comercial Federal en los casos detallados en los párrafos anteriores– sostuvo que el *derecho de incidencia colectiva* es aquel que “no pertenece a una persona determinada o a un grupo unido por un vínculo o nexo común previo, sino que corresponde a un sector de persona que conviven e un ambiente o situación común” de manera tal que se trata “de un bien que pertenece a todos y al grupo, pero que es indivisible, por lo que la satisfacción del interés respecto de uno de ellos importa la de todos”⁵⁹. La Cámara destacó que el mero hecho de que la afectación de derechos subjetivos se vea proyectada a un grupo determinado de personas, ello no necesariamente implica la existencia de un *derecho de incidencia colectiva*, “sino más bien una sumatoria de derechos subjetivos donde el judicante debe ser extremadamente cauto, puesto que no podría sustituir la voluntad del interesado a quien le corresponde de forma exclusiva el ejercicio y tutela de sus derechos”⁶⁰. En función de estos argumentos, la Cámara concluyó que dado que “la presente acción encuentra sustento en el presunto perjuicio sufrido por ciertos afiliados al sistema de AFJP, y toda vez que las medidas previas se orientan a cierta acción resarcitoria

⁵⁷ *Ibidem*, considerando n° VI.

⁵⁸ CNCom., Sala B, 30/9/2005, *Damnificados Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Siembra AFJP y otros*, JA 2006-I-471.

⁵⁹ *Ibidem*, considerando n° 5.

⁶⁰ *Ibidem*.

que se anuncia, si bien se reconoce que afectó a un importante grupo de personas, lo cierto es que los derechos involucrados resultan ser personales, individuales y diferenciados respecto de los cuales cada uno de los titulares de la relación jurídica puede disponer libremente”⁶¹. A pesar de este rechazo del pedido de diligencias preliminares, la asociación actora presentó igualmente la demanda –en donde delimitó con mayor claridad los alcances de su pretensión– y la misma Sala cambió su criterio y aceptó su legitimación⁶², adhiriendo de esta manera a la “interpretación intermedia” de las demás salas de la Cámara Comercial⁶³.

4.2.- Una variante diferente de la interpretación restrictiva

En dos casos aislados, los tribunales inferiores concluyeron que los *derechos individuales homogéneos* de naturaleza patrimonial no pueden ser considerados *derechos de incidencia colectiva* pero sin embargo reconocieron la legitimación del Defensor del Pueblo para solicitar que se declare la antijuridicidad del acto restrictivo, debiendo los titulares del derecho patrimonial afectado formular con posterioridad su reclamo individual en otro juicio posterior, en donde no podrá discutirse ya la ilegitimidad del acto restrictivo.

En *Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur*, la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal reconoció la legitimación del Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires para interponer una acción contra Edesur con el objeto de que se la condenara a la reparación de los daños sufridos por los usuarios derivados de la falta de provisión eléctrica ocasionada por el corte de energía que tuvo lugar el 15 de febrero de

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Cfr. CNCom., Sala B, 12/4/2007, *Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Siembra AFJP y otro*, El Dial - AA407C. La Cámara sostuvo que “si bien esta sala –con otra conformación– en un trámite incidental rechazó la legitimación activa de la accionante [...] la clara delimitación expuesta por la recurrente en su escrito de demanda en relación al objeto pretendido en este proceso constituye una nueva circunstancia que permite adoptar la solución diversa”. En este sentido, la Cámara expresó que “[e]l objeto de esta acción –ahora sí claramente delimitado– persigue la restitución general a favor de todos los afiliados de Siembra AFJP y Met AFJP de los importes que se habrían obtenido si la rentabilidad no hubiera disminuido a raíz de la aceptación del canje de títulos públicos denominados ‘Préstamos Garantizados’”. La Cámara destacó que la asociación actora no pretende “una indemnización particular a favor de cada uno de los asociados, sino de una condena de carácter general y homogénea” de manera tal que se encuentra legitimada en virtud de lo dispuesto por el art. 43 de la CN y el art. 52 de la ley 24.240.

⁶³ Véanse los casos citados en el apartado 4.3 de este trabajo, en especial en notas 85 y 89.

1999⁶⁴. La Cámara entendió que la legitimación de Edesur no podía sustentarse en el art. 43 de la CN ya que la demanda no perseguía la tutela de derechos de incidencia colectiva sino que buscaba reparar un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados, que era exclusivo de cada usuario⁶⁵. Sin embargo, la Cámara entendió que la legitimación del Defensor de la Ciudad surgía del 137 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que otorga legitimación al Defensor para la tutela de derechos individuales⁶⁶. En este marco, la Cámara reconoció la responsabilidad de Edesur pero, en lo que concierne a los daños y perjuicios que eventualmente pudieron sufrir los usuarios afectados por la interrupción del servicio de energía eléctrica referido, la Cámara señaló que “aquellos que se considerasen con derecho, podrán ocurrir ante los tribunales correspondientes y por la vía que se estimen pertinente, o que en cada caso se fije de acuerdo con las particularidades que cada uno pudiera presentar”⁶⁷.

En esta misma línea, la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal reconoció la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de las normas que restringían la disponibilidad de los depósitos bancarios y disponían su pesificación⁶⁸. La Cámara señaló que “las relaciones jurídicas sustanciales que fundaron la pretensión no se pueden considerar, aún alegando generosamente el concepto, como integrando el cuadro de ‘derechos de incidencia colectiva’ aludido en el art. 43 párr. 3° de la Constitución Nacional”⁶⁹. Sin embargo, la Cámara interpretó que la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación surgía directamente del art. 86 de la Constitución Nacional que asigna al Defensor la misión de “defensa y protección de derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante actos u omisiones de la

⁶⁴ CNCiv. y Com. Fed., Sala I, 16/03/2000, *Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur*, LL 2000-C-395.

⁶⁵ *Ibidem*, considerando n° 15.

⁶⁶ *Ibidem*, considerando n° 18. La norma constitucional local dispone que la misión del Defensor del Pueblo es “la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y esta Constitución, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración o de prestadores de servicios públicos”.

⁶⁷ *Ibidem*, considerando n° 21.

⁶⁸ CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala V, 13/9/2002, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional*, LL 2002-E-818.

⁶⁹ Considerando n° II del voto del juez Grecco al que adhiere el Juez Gallegos Fedriani.

Administración”⁷⁰. A pesar de ello, la Cámara dispuso que “en lo que respecta a la acreencia bancaria que individualmente cada ahorrista se considere con derecho a percibir, deberá acudir ante los tribunales que correspondan a fin de acreditar el reclamo patrimonial interpuesto, ejerciendo, cada afectado el ejercicio de su derecho subjetivo caracterizado por la singularidad de cada caso”⁷¹. Como expliqué en el apartado anterior, este fallo fue revocado por la Corte Suprema con el argumento de que el Defensor del Pueblo de la Nación carecía de legitimación procesal para formular esta clase de pretensiones⁷².

4.3.- La interpretación intermedia

La interpretación intermedia es formulada por Maurino, Nino y Sigal en su obra sobre acciones colectivas⁷³. Según estos autores, los *derechos de incidencia colectiva* se vinculan con el acceso a la justicia: el art. 43 busca proteger ciertas situaciones que antes quedaban sin garantizar⁷⁴. En consecuencia, estos autores afirman que los *derechos de incidencia colectiva* comprenden dos categorías: (i) aquellos que tutelan bienes colectivos⁷⁵ y (ii) los que sin recaer sobre bienes colectivos, tienen condiciones de ejercicio homogéneas en relación a una pluralidad de titulares, cuyas posibilidades para acceder a la justicia – consideradas estructuralmente– resultan obstaculizadas por las circunstancias del caso⁷⁶.

Como puede observarse, Maurino, Nino y Sigal incluyen en la noción de *derecho de incidencia colectiva* no solo la tutela de bienes colectivos (o sea, bienes *indivisibles*) sino también la de *derechos individuales homogéneos* si –de acuerdo con las circunstancias del

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*, considerando n° I del voto del juez Otero al que adhiere en esta cuestión el juez Gallegos Fedriani.

⁷² La Corte Suprema sostuvo que la legitimación procesal que otorga el art. 86 de la CN debe ser interpretada en función del art. 43 de la CN que le reconoce legitimación para la defensa de *derechos de incidencia colectiva* (Cfr. *Defensor del Pueblo de la Nación – inc. dto. 1316/02*, cit., considerando n° 9 del voto de los jueces Highton y Argibay, considerando n° 8 del voto del juez Fayt).

⁷³ Maurino, Gustavo, Nino, Ezequiel y Sigal, Martín, *Acciones Colectivas*. LexisNexis, Buenos Aires, 2005.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 190.

⁷⁵ Los bienes colectivos, explican estos autores, tienen las siguientes características: a) son insusceptibles de apropiación individual excluyente, b) su división resulta imposible o no consentida por el derecho c) su disfrute por parte de más personas no lo altera y d) resulta imposible o muy difícil excluir a personas de su goce (*ibidem*, pp. 191-192).

⁷⁶ *Ibidem*, p. 192.

caso– existen obstáculos para el acceso a la justicia de parte de los titulares de esos derechos.

Esta interpretación fue adoptada Lorenzetti en el caso *Mujeres por la Vida*⁷⁷. En su disidencia en este fallo, Lorenzetti distinguió –al igual que Maurino, Nino y Sigal– dos clases de *derecho de incidencia colectiva*. En primer lugar, Lorenzetti señaló que existe un *derecho de incidencia colectiva* cuando la pretensión tiene “por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna” y está “focalizada en la incidencia colectiva del derecho”⁷⁸. Lorenzetti considera que existe, además, otra clase de *derechos de incidencia colectiva*, que se vincula los “intereses individuales homogéneos”⁷⁹. En estos casos, según Lorenzetti, “no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles” pero “hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea”⁸⁰. Lorenzetti observa que “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” de manera tal que “[h]ay 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”⁸¹. La procedencia de este tipo de acciones –expresa Lorenzetti– exige “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, en ausencia de un ejercicio colectivo, habría una afectación grave del acceso a la justicia”⁸². De esta manera, siguiendo a Muarino, Nino y Sigal, Lorenzetti sostiene que esta clase de acciones que tienen por objeto la tutela de *derechos individuales homogéneos* resulta procedente cuando se constata “una clara afectación del acceso a la justicia”; es decir, en aquellos casos en que existe “un grupo de personas para las cuales la defensa aislada de sus derechos no es eficaz, debido a que la

⁷⁷ CSJN, 31/10/2006, *Mujeres por la Vida – Asociación Civil sin fines de lucro –Filial Córdoba– c/ Estado Nacional*, JA 2007-I-19.

⁷⁸ *Ibidem*, considerando n° 10 del voto en disidencia del juez Lorenzetti.

⁷⁹ *Ibidem*, considerando n° 11.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*, considerando n° 12.

medida de la lesión, individualmente considerada, es menos relevante que el costo de litigar por sí mismo”⁸³. Esta interpretación de Lorenzetti fue adoptada también por Zaffaroni en el caso *Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional*⁸⁴.

Esta interpretación según la cual la noción de *derechos de incidencia colectiva* incluye también la tutela de los *derechos individuales homogéneos* cuando existen obstáculos para el acceso a la justicia aparece también en la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en *Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires*, en donde una asociación de consumidores reclamaba que se condenara al Banco a reintegrar a todos los usuarios de tarjeta de crédito los importes debitados en concepto de “seguro por extracción forzada en cajero automático y/o extravío de tarjeta de crédito Bapro Visa Electrón” sin el consentimiento expreso de los usuarios⁸⁵. La Sala C de la Cámara Comercial observó si el seguro de referencia estuvo operativo desde el mes de abril de 2001 hasta mayo de 2003 “se advierte que –a razón de 1\$ mensual– a ninguno de los sujetos cuya representación se arroga la entidad actora se le habría ocasionado un perjuicio patrimonial superior a los \$ 25”⁸⁶. En este contexto, la Cámara expresó que “desde el punto de vista del sentido común y las máximas de experiencia, atendiendo lo que acostumbra suceder ‘según el curso natural y ordinario de las cosas’ (cfr. pauta de apreciación art. 901 Código Civil), aparece inobjetable el argumento -esbozado también en el dictamen fiscal- de que ningún cliente alcanzado por el débito compulsivo se aventuraría a iniciar una acción, ya judicial, ya meramente administrativa, con el propósito de reivindicar tan nimia suma”⁸⁷. La Cámara concluyó que “reputar contraria a derecho la legitimación de la actora alegando que cada perjudicado debió deducir personalmente el reclamo por afectar la órbita de su derecho subjetivo, a todas luces implica desnaturalizar el sistema de protección establecido expresamente en la Constitución Nacional a partir de su reforma en el año 1994, el cual no gira en derredor de una estricta noción de indivisibilidad, en el sentido de que sólo deben considerarse

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ CSJN, 31/10/2006, *Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Estado Nacional*, JA 2006-IV-18, voto en disidencia de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti.

⁸⁵ CNCom., Sala C, 4/10/2005, *Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires*, JA 2006-I-473.

⁸⁶ *Ibidem*, considerando n° VI.

⁸⁷ *Ibidem*.

comprendidas bajo su órbita aquellas pretensiones cuyo objeto sea materialmente indivisible”⁸⁸.

En este mismo sentido, la Sala E de la Cámara Comercial concluyó que una asociación de consumidores estaba legitimada para solicitar que se ordene a un Banco que cese en su operatoria tendiente a obtener oposiciones expresas de sus clientes para que sus datos personales sean difundidos y/o cedidos a terceras personas en violación al principio del consentimiento expreso establecido en la ley 25.326⁸⁹. La Cámara interpretó que “los derechos de incidencia colectiva no son solamente aquellos cuyo objeto merecedor de protección resulta común a un grupo indeterminado de personas e indivisible en su materialidad, como es el caso del medio ambiente” sino que “también alcanza su tutela a derechos individuales divisibles y mensurables, en relación con el objeto materia de su prestación, cuando resultan equivalentes entre sí y la afectación que han sufrido ha sido producida por un acto único aplicable de un sector o grupo indeterminado de personas”⁹⁰. Según la Cámara, “dada la entidad, magnitud y similitud del agravio, se justifica que una asociación de consumidores obtenga legitimación representando al titular de los datos que a la vez es consumidor bancario” ya que “son muy pocas las personas que se tomarán el esfuerzo de realizar el pedido de remoción por los costos y molestias que ello acarrea”⁹¹. De forma tal que “para que esta violación a la ley no quede consentida, resulta razonable acordar legitimación en estos casos a asociaciones de defensa del consumidor”⁹².

En este mismo orden de ideas, la Cámara Federal de Seguridad Social reconoció la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación para impugnar la constitucionalidad del art. 10 de la ley 25.453 que disponía una quita del 13% sobre los haberes provisionales y asignaciones familiares de un sector importante de la sociedad⁹³. Según el voto de la mayoría, el derecho de incidencia colectiva “se configura tanto por el objeto único e indivisible materia de la prestación, o del bien objeto del goce (caso del medio ambiente),

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ CNCom., Sala E, 12/5/2006, *Unión de Usuarios y Consumidores c/ Citibank*, LL 2006-D-226.

⁹⁰ *Ibidem*, considerando n° 4 c).

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ CFed.Seg.Soc., Sala II, 10/9/2002, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional –PEN*, LL 2002-F-322. El fallo completo se encuentra disponible en La Ley online.

como por el acto único, administrativo o no, generador de perjuicios individualizables y divisibles sufridos por sus respectivos titulares”⁹⁴. La Cámara entiende que la legitimación procesal del Defensor del Pueblo apunta a “facilitar el acceso a la justicia de muchas personas que, por diversidad de causas (falta de recursos, desinterés, ignorancia, apatía, etc), nunca promoverían un proceso judicial”⁹⁵.

4.3.- La interpretación amplia

Un sector de la doctrina argentina interpreta que la noción de *derechos de incidencia colectiva* comprende los *derechos individuales homogéneos*, sin restricción alguna. Desde esta perspectiva, es irrelevante si existen o no obstáculos para el acceso a la justicia de los titulares de los derechos individuales lesionados. Basta con que la restricción de los derechos individuales tenga un origen común o unidad de causa para que el Defensor del Pueblo o las asociaciones del art. 43 se encuentran legitimadas para accionar en su defensa⁹⁶. Las diferencias con la interpretación intermedia son significativas ya que la interpretación amplia lleva a reconocer legitimación al Defensor del Pueblo o las asociaciones del art. 43 para la defensa de intereses meramente sectoriales o grupales⁹⁷.

Esta interpretación amplia no ha tenido demasiado eco en la jurisprudencia. Si bien en algunos casos, los tribunales han empleado un lenguaje similar al de la interpretación amplia, se trata de casos en donde los tribunales reconocieron que existían obstáculos para el acceso a la justicia de manera tal que pueden ser subsumidos en la interpretación intermedia⁹⁸.

⁹⁴ Ibídem.

⁹⁵ Ibídem.

⁹⁶ En este sentido, véase, por ejemplo, Arazi, Roland, “Una sentencia ejemplar”, JA 2006-IV-221, 223; Giannini, Leandro J., *La tutela colectiva...*, cit.; Jeanneret de Pérez Cortés, “La legitimación del afectado...”, cit. en n. 24, p. 1334; Quiroga Lavié, Humberto, *El amparo colectivo*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, pp. 131-132.

⁹⁷ Como sostienen Maurino, Nino y Sigal que “[m]uchos actos generadores de perjuicios individualizables y divisibles no afectan derechos de incidencia colectiva”. En este sentido, Maurino, Nino y Sigal destacan que “dado el ánimo que guía a la Constitución resulta difícil afirmar que los resultados dañosos producidos por un incendio o un accidente de aviación en una zona poblada afectan derechos de incidencia colectiva de los propietarios perjudicados” (Maurino, Gustavo, Nino, Ezequiel y Sigal, Martín, *Acciones Colectivas*, cit., p. 173).

⁹⁸ Véase, por ejemplo, los casos citados en las notas 85, 89 y 93.

5.- La legitimación de fuente legal o estatutaria fuera del marco del art. 43 de la CN

Amén de lo dispuesto por el art. 43 de la CN, el legislador se encuentra obviamente facultado para ampliar la legitimación a otros supuestos no contemplados en la norma constitucional. Asimismo, las personas pueden válidamente asociarse y otorgar a la asociación facultades para representar los intereses de sus asociados frente a los tribunales. Pero no debe confundirse esta legitimación de fuente legal o estatutaria con la legitimación de fuente constitucional.

Por ejemplo, la Corte Suprema reconoció la legitimación del Sindicato Argentino de Docentes Particulares para impugnar un Decreto del Poder Ejecutivo que había eximido a las Universidades privadas de la contribución de la ley 24.714 art. 5 inc. a) punto 1) en relación al personal docente con vínculo de dependencia y había determinado el pago directo a cargo de los empleadores de las asignaciones familiares⁹⁹. Este fallo es generalmente citado a los fines de demostrar que la Corte ha *derechos individuales homogéneos* de carácter patrimonial pueden ser considerados *derechos de incidencia colectiva* en determinadas circunstancias¹⁰⁰. Desde mi punto de vista, **la legitimación del Sindicato con personería gremial para incoar esta acción se sustenta** exclusivamente en el art. 31 inc. a) de la ley 23.551 que dispone que son derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial “defender y representar ante el Estado y los empleadores los *intereses individuales* y colectivos de los trabajadores”¹⁰¹.

⁹⁹ CSJN, 04/07/2003, *Sindicato Argentino de Docentes Particulares S.A.DO.P. c/ Poder Ejecutivo Nacional*, LL 2003-F-769.

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, Maurino, Gustavo, Nino, Ezequiel y Sigal, Martín, *Acciones Colectivas*, cit., p. 186.

¹⁰¹ El Procurador General de la Nación –a cuyo dictamen adhiere la Corte Suprema– señaló que no aparecía como indebida “la legitimación procesal que se ha otorgado al sindicato amparista, asociación que cuenta con la respectiva personería gremial y por lo tanto encargada de representar frente al Estado y los empleadores, tal el caso de autos, los intereses individuales y colectivos de los trabajadores frente al Estado y los empleadores (art. 31, ley de asociaciones sindicales, 23.551)” (Ibidem, Dictamen del Procurador General de la Nación, punto IV). Sin embargo, en el párrafo siguiente, el Procurador sostiene que la legitimación de la asociación sindical surge también del art. 43 de la CN. En mi opinión, esta interpretación del Procurador es incorrecta porque es un caso de intereses individuales meramente patrimoniales.

De la misma manera, la ley 24.240 –recientemente reformada por la ley 26.361– otorga legitimación a las asociaciones de consumidores para accionar en tutela de intereses patrimoniales de los consumidores. En este sentido, el art. 54 dispone en su tercer párrafo que: “Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su 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. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda”. Como puede apreciarse, esta norma permitiría a las asociaciones de consumidores a accionar en defensa de *intereses individuales homogéneos* de naturaleza patrimonial, incluso en aquellos casos en donde la entidad del daño causado a cada consumidor o usuario no es la misma. En este caso, la legitimación surge directamente de la norma legal.

La legitimación también puede surgir del Estatuto de una determinada asociación, si de sus Estatutos surge que está facultada para actuar en defensa de los intereses de sus asociados. Esta clase de asociaciones no debe ser confundida con las asociaciones del art. 43 de la CN. Una cosa son las asociaciones cuyo objeto es la tutela de *derechos de incidencia colectiva* y otra son las asociaciones cuyo objeto se limita exclusivamente a la tutela de los derechos de sus asociados. La Corte Suprema incurrió originalmente en esta confusión en el caso *AGUEERA* en donde reconoció legitimación activa a la Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina para interponer una acción meramente declarativa contra la Provincia de Buenos Aires a fin de que se declare la inconstitucionalidad de ciertas normas provinciales en virtud de las cuales los usuarios industriales del ámbito bonaerense debían abonar gravámenes que ascendían al 18,5% del importe facturado cuando eran abastecidos por un prestador sujeto a la jurisdicción nacional, mientras que se encontraban eximidos de dicho pago en el caso de que el

prestador estuviese sometido a la jurisdicción provincial¹⁰². La Corte Suprema sostuvo que AGUEERA se encontraba entre las asociaciones del art. 43 de la CN “pues ha sido creada por el decreto 1192/92 con la finalidad de proveer a la defensa de los intereses de sus asociados, que son precisamente los ‘grandes usuarios’ de electricidad (conf. art. 3º, estatuto aprobado por el art. 5º del mencionado decreto)”¹⁰³. En mi opinión, resulta evidente que este caso no involucra *derechos de incidencia colectiva* sino derechos patrimoniales meramente individuales de los asociados de AGUEERA. Nótese que ni siquiera bajo la interpretación intermedia podría sustentarse en el art. 43 de la CN la legitimación de la asociación actora ya que nadie seriamente puede argumentar que los grandes usuarios del servicio de energía eléctrica –entre los que se encuentran Aeropuertos Argentina 2000, Petrobrás y Acindar– puedan tener algún obstáculo para el acceso a la justicia. Ello no significa que AGUEERA no estuviese legitimada para iniciar una acción meramente declarativa, pero dicha legitimación debió haber sido evaluada exclusivamente en función del estatuto de la asociación.

En un caso más reciente, la Corte Suprema rechazó la legitimación de AGEERA (Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina) para interponer una acción de amparo contra el Estado Nacional a fin de que se declare la nulidad de una resolución de la Secretaría de Energía de la Nación mediante la cual se establecía un mecanismo transitorio de asignación de recursos para afrontar las acreencias de los agentes del Mercado Eléctrico Mayorista¹⁰⁴. El Procurador General de la Nación –a cuyo dictamen adhiere la Corte Suprema– expresó que “los planteos de AGEERA no están dirigidos a la protección del medio ambiente, o de la competencia, ni afectan la relación de usuario o consumidor, ni de ningún otro derecho de incidencia colectiva en general sino que se debaten estrictamente cuestiones de carácter patrimonial puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde, en exclusiva, a cada uno de los potenciales afectados”¹⁰⁵. Al no poder sustentarse la legitimación de AGEERA en el art. 43 de la CN,

¹⁰² CSJN, 22/4/1997, *Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina (AGUEERA) c/ Provincia de Buenos Aires*, LL 1997-C-322.

¹⁰³ *Ibidem*, considerando n° 4.

¹⁰⁴ CSJN, 4/9/2007, *Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina c/ Estado Nacional – Secretaría de Energía de la Nación s/ amparo*.

¹⁰⁵ *Ibidem*, Dictamen del procurador General de la Nación, punto IV.

sólo quedaba analizar sus estatutos, que no conferían autorización alguna a la asociación para iniciar acciones legales en defensa de sus asociados¹⁰⁶.

6.- Conclusión

De los fallos analizados a lo largo de este trabajo surge que una mayoría de la Corte Suprema se inclina hacia la interpretación restrictiva, según la cual los *derechos individuales homogéneos* no pueden ser considerados *derechos de incidencia colectiva*. Esta interpretación también aparece en las decisiones de la Cámara Civil y Comercial Federal. Esta interpretación restrictiva parece tener mucha más vigencia en materia de *derechos individuales homogéneos* esencialmente patrimoniales que en materia de *derechos individuales homogéneos* no patrimoniales en donde la Corte ha aceptado en algunos casos excepcionales la legitimación del Defensor del Pueblo o de asociaciones del art. 43 CN.

Por otro lado, una minoría de la Corte Suprema adhiere a la interpretación intermedia, que postula que la noción de *derechos de incidencia colectiva* incluye también la de *derechos individuales homogéneos* (sin distinguir entre los derechos esencialmente patrimoniales y no patrimoniales) si –de acuerdo con las circunstancias– existen obstáculos para el acceso a la justicia de parte de los titulares de esos derechos. Esta interpretación ya había sido desarrollada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y por la Cámara Federal de Seguridad Social.

La interpretación amplia, en cambio, no parece tener acogida en los tribunales. El mero hecho de que exista una restricción a derechos individuales que tenga un origen común o unidad de causa no ha sido considerado suficiente a los fines de determinar la existencia de un *derecho de incidencia colectiva*.

¹⁰⁶ En este sentido, la sentencia de segunda instancia destaca que “las empresas en cuya defensa intenta actuar la asociación demandante no le han otorgado poder para representarlas en juicio; ni esa representación ante los tribunales –con los alcances pretendidos– le ha sido conferida en sus estatutos [...] ya que de ellos resulta que en defensa de los intereses de sus asociados sólo está autorizada a canalizar denuncias” (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, 7/7/2005, *Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina c/ Estado Nacional – Secretaría de Energía de la Nación s/amparo*, ED ejemplar del 28 de abril de 2006, considerando n° X).

En mi opinión, la noción de *derecho de incidencia colectiva* del art. 43 no incluye los *derechos individuales homogéneos* (en especial, los de naturaleza esencialmente patrimonial)¹⁰⁷. La noción de *derecho de incidencia colectiva* presupone la existencia de un interés público que no puede ser confundido con las pretensiones dirigidas a la tutela de intereses meramente grupales o sectoriales de naturaleza patrimonial, como correctamente advierten Highton y Argibay en *Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. – P.E.N. Dtos. 1570/91 y 1606/01 s/ amparo*.

Ello no significa desconocer, sin embargo, la necesidad evidente –no sólo por razones de acceso a la justicia sino también por razones de eficiencia y de igualdad– de crear por vía legislativa un sistema de acciones colectivas adecuado para este tipo de casos. La ley 26.361 –que modificó la ley 24.240 de Defensa del Consumidor– constituye un primer paso importante en este sentido. Si bien esta nueva normativa presenta algunas deficiencias significativas, la única forma de avanzar en esta cuestión es por medio del ensayo y error. Si el sistema de acciones colectivas implementados por la ley 26.361 en materia de Defensa del Consumidor no funciona adecuadamente, siempre podrá ser modificado o ajustado por el legislador. Y si resulta exitoso, podrá ser extendido a otros ámbitos.

¹⁰⁷ Me remito a los argumentos desarrollados en el trabajo citado en nota n° 2.