

Acciones Colectivas en la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina

Leandro Fabián Barusso*

Las acciones colectivas buscan facilitar el acceso a la justicia en un mundo globalizado que enfrenta nuevas formas de afectación a derechos fundamentales, por lo que se ha regulado la litigación de los derechos individuales homogéneos en la modificación de la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina. En base a ello, el autor ha analizado los alcances de esta nueva disposición en materia de intereses colectivos, como por ejemplo: la competencia, la legitimación, la certificación del caso colectivo, los alcances de la cosa juzgada, la transacción y por último la reparación colectiva y de perjuicios individuales homogéneos. Sin embargo a pesar del gran avance que supone el reconocimiento de tales derechos, concluye que aún existen lagunas en la regulación procesal que deberán ser interpretadas en aplicación del precedente Halabi, si se quiere asegurar el debido proceso y la economía procesal que se busca, hasta que se halle una norma específica aplicable a todos los casos.

1. El estado actual de la legislación sobre los derechos de incidencia colectiva en Argentina

El primer antecedente de una norma que hiciera referencia a la tutela de intereses colectivos en la Argentina fue Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (en adelante LDC), sancionada en 1993.

La ley en su texto originario introducía herramientas para la tutela de intereses colectivos. Así, establecía la posibilidad de que *"La sentencia dictada en un proceso no promovido por el consumidor o usuario, sólo tendrá autoridad de cosa juzgada para el demandado, cuando la acción promovida en los términos establecidos en el segundo párrafo del art. 52 sea admitida y la cuestión afecte un interés general"* (art. 54).

Sin embargo, el Poder Ejecutivo vetó los artículos más innovativos y relevantes de este cuerpo legal¹, neutralizando la potente herramienta legal que pretendía instaurarse, quedando sólo algunas soluciones útiles, pero desarticulado el sistema en su coherencia interna y en su eficacia coactiva.

Así, el antes referido artículo 54 fue completamente observado por el veto presidencial, como también se vetó la posibilidad de que las asociaciones de consumidores estarán habilitadas como litisconsorte de cualesquiera de las partes (conf. texto original art. 52).

Apenas un año después tuvo lugar la Reforma Constitucional de 1994, que al otorgar rango

constitucional a la acción de amparo, introduce con la nueva redacción del art. 43 de la Carta Magna, la tutela de los intereses colectivos. Lo hace a través de la institución del llamado "amparo colectivo", disponiendo que podrá interponerse esta acción 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..."* y establece supuestos de legitimación extraordinaria para esta acción colectiva, que más adelante analizaremos.

La norma constitucional mencionaba que estos derechos se ejercitarían *"...conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización"*². Lo cierto es que, a 18 años de la convención constituyente, no se ha legislado ninguna norma que regule en forma general y sistemática los procesos de incidencia colectiva en nuestro medio, lo que ha motivado que la Suprema Corte de Justicia alertara sobre la "mora" del legislador al respecto: *"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"*³.

En el año 2002 se sancionó la Ley General del Ambiente N° 25.675, que en su artículo 30 receptó la acción colectiva para la recomposición del daño ambiental,

* Abogado, docente de Elementos de Derecho Procesal Civil y Comercial (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Miembro del Instituto de Derecho Procesal de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, Argentina.

1 El veto parcial de la ley mediante DECRETO 2089/1993. Boletín Oficial 15/10/1993 - ADLA1993 - D, 4125, Cita Online: AR/LEGI/00VB.

2 Art. 43 Constitución Nacional.

3 CSJN, en autos: "Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04", sentencia del 24/02/2009, Cita Online: AR/JUR/182/2009.

siguiendo las pautas de la norma constitucional en el establecimiento de legitimados extraordinarios, y que en su art. 33, párrafo 2° establece el efecto “erga omnes” de la cosa juzgada, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente por cuestiones probatorias. No obstante ello, por la propia naturaleza de los derechos tutelados la Ley General del Ambiente es reglamentaria de la Constitución en lo que respecta al ejercicio de derechos difusos, de objeto indivisible, por lo cuál no satisfacía la carencia de normativa procesal en materia de derechos individuales homogéneos.

Mientras tanto, la tutela de los derechos individuales homogéneos, fue siendo restrictiva, pero progresivamente aceptada por los tribunales argentinos, en una construcción jurisprudencial carente de un marco legal adecuado, influida sin duda por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica del año 2004. Así, a través de los fallos se fue aceptando la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y los efectos ultra partes de la cosa juzgada.

La LDC, que cómo comentábamos había sido privada de todo andamio para el litigio colectivo, recibió una modificación integral con la ley 26.361, sancionada en el año 2008, mediante la cuál se reinstauraron mecanismos para la tutela de los derechos de incidencia colectiva, tanto para los derechos difusos de objeto indivisible cómo para los así llamados individuales homogéneos, cuyo análisis es el objeto de nuestro presente trabajo.

En el año 2009, la Corte Suprema -con un elogiado activismo judicial- otorga en el precedente “Halabi”⁴ un sustancial impulso hacia el reconocimiento de la tutela jurisdiccional de los derechos individuales colectivos y en especial con respecto a los derechos individuales homogéneos.

En este decisorio, un abogado, invocando su carácter de usuario, demandó la inconstitucionalidad de la Ley 25.873 y de su Decreto Reglamentario 1563/2004⁵, por considerar que sus disposiciones vulneraban las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determinara “en qué casos y con qué justificativos” ello podría llevarse a cabo, considerando que constituían una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscababa el privilegio de confidencialidad a que, como abogado, tenía derecho en las comunicaciones con sus clientes.

La sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (confirmatoria del fallo de primera instancia) había declarado la inconstitucionalidad de la referida ley, innovando sobre la sentencia de primera instancia, al

darle efectos “erga omnes”, en beneficio de todos los usuarios que no habían participado en el proceso. La cuestión llegó al conocimiento de la Corte por recurso extraordinario federal fundado exclusivamente en el cuestionamiento del efecto *erga omnes* de la sentencia.

Cómo así lo han juzgado los múltiples comentaristas del fallo⁶, existe un antes y un después de “Halabi”, toda vez que la Corte, reconociendo la orfandad legislativa en la materia, delineó en el decisorio los contornos de los derechos colectivos divisibles e individuales homogéneos y en forma pretoriana intenta brindar las bases para el planteo de futuras acciones de clase.

El precedente distingue a los *derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos*, que caracteriza 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 los *de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*, que define como aquellos derechos individuales enteramente divisibles relacionados hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea, de modo que: “...Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”⁷. Sin embargo la novedad es el reconocimiento explícito de la operatividad jurisdiccional de éstos últimos, dado su rango constitucional (conf. art. 43 C.N.) y la consiguiente obligación de los jueces de brindarle eficacia.

La Corte postula asimismo los elementos necesarios para la procedencia de un “caso” individual homogéneo, cuando: a) Existe un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales, b) La pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar de modo que la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. y c) Que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia⁸.

En otro pasaje relevante, establece ya con alcance a “toda acción colectiva” que su admisión formal requiere la verificación de ciertos recaudos elementales consistentes en: a) *la precisa identificación del grupo o colectivo afectado*, b) *la idoneidad de quien pretenda asumir su representación* y c) *la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo*.

4 Fallo citado.

5 Adla, LXIV-A, 151; LXV-A, 109.

6 Comentarios del caso Halabi, entre otros: LA LEY 2009-B, 157, con nota de Juan Vicente Sola; LA LEY 2009-B, 189, con nota de Fernando R. García Pulles; Maximiliano Torricelli; Roberto J. Boico; RCyS2009-III, 71; LA LEY 2009-B, 259, con nota de Gregorio Badeni; Sup. Adm.2009 (marzo), 60; LA LEY 2009-B, 649, con nota de Juan Carlos Cassagne; LA LEY2009-B, 463 - LA LEY 2009-B, 568, con nota de María Angélica Gelli; DJ 07/10/2009, 2813, con nota de José María Salgado.

7 “Halabi”, considerando 12°.

8 “Halabi”, considerando 13°.

Si bien los lineamientos del precedente “Halabi” proporcionan a los operadores de la comunidad jurídica argumentos para justificar el trámite colectivo de los litigios individuales homogéneos, la ausencia de una regulación general de los aspectos procesales hace que el trámite de una pretensión colectiva sea imprevisible y azaroso, pues los jueces argentinos, en su mayoría no capacitados para este tipo de litigios, tienen que improvisar soluciones para dar trámite a este tipo de litigios, e integrarlas con el procedimiento civil y comercial vigente, obligando a jueces, abogados y doctrinarios a un esfuerzo de integración que todavía está en sus primeros pasos.

De hecho, las únicas regulaciones legales en nuestro medio son: el art. 43 de la C.N., la Ley General del Ambiente y la Ley de Defensa del Consumidor que aquí analizamos. En estas leyes, las normas procesales están asociadas a las temáticas de fondo y ello hace inviable su aplicación a casos que no resulten encuadrables en sus previsiones. De igual modo, cómo veremos, en muchas de los aspectos más relevantes, las normas carecen de sistematicidad y coherencia interna, y externa entre sí.

El legislador argentino ha perdido de vista que la concepción misma del proceso colectivo responde a razones y conveniencias de índole procesal, tales como el acceso a la justicia o la economía procesal, y necesita certezas en ese plano de la racionalidad. Por un lado sus principios no son subsumibles en los del proceso adversarial, por lo cuál necesita de una regulación específica. Por otra parte, se necesita desligar conceptualmente y legislativamente las normas del proceso colectivo, de aquellas correspondientes a los derechos sustanciales que se pretende tutelar. De lo contrario tendríamos un sinnúmero de procedimientos diferentes, para cada tipo de derecho afectado.

En Argentina, una regulación de este tipo se dificulta en orden a la organización federal del Estado, siendo que por tratarse de una facultad no delegada al Gobierno Federal (arts. 75, inciso 12, y 121 de la Constitución Nacional) cada provincia regula sus instituciones procesales, motivando la discusión de si la legislación a dictarse tiene que ser nacional, única para toda la República o por ser normas procesales, corresponde a cada una de las provincias la regulación del trámite de esos procesos.

2. Los mecanismos de la pretensión colectiva en la LDC

En los párrafos subsiguientes, abordaremos los distintos perfiles desde los cuáles puede analizarse sistemáticamente la Ley de Defensa del Consumidor, en lo relativo a la incidencia colectiva, aclarando que en el presente trabajo nos concentraremos en aquellos aspectos directamente ligados con la tutela colectiva.

a. Competencia

El artículo 53 LDC determina la competencia, sin formular distinción entre las acciones individuales y las colectivas.

Establece que: “En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.”

En el orden nacional el proceso de conocimiento más abreviado es el juicio “sumarísimo” (art. 498 y ss. del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación), un tipo de proceso con traslados de tres días, sin posibilidad de oponer excepciones previas, , con posibilidad de apelar exclusivamente la sentencia definitiva (con efecto devolutivo, no suspensivo) y las medidas cautelares.

Este proceso parece adecuado a la celeridad que precisa la acción invidual del consumidor o usuario, pero en cambio totalmente inadecuado para la litigación colectiva.

Por ello entendemos que en los casos de litigio colectivo el Juez deberá hacer uso de la flexibilidad que le otorga el último párrafo de la norma precitada y elegir un trámite de conocimiento “más adecuado”, y que hasta tanto se sancione una norma procesal exclusiva para los procesos colectivos, la cual será en el orden procesal nacional, el proceso ordinario, regulado en los arts. 330 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación.

b. Legitimación

La LDC regula en su artículo 52 la cuestión de los legitimados para iniciar acciones judiciales para la tutela de los derechos emanados de su articulado.

El citado artículo prescribe:

ARTÍCULO 52. - Acciones Judiciales.

Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas.

Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal. (texto según Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)

Como puede observarse, la ley adopta el criterio predominante en los países europeos, cuya primera personificación en sudamérica vino de la mano del Código del Consumidor del Brasil (CDC) de 1990, y que consiste en atribuir una legitimación de fuente legal a determinados funcionarios oficiales (Defensor del Pueblo, Ministerio Público) y/o organizaciones sin fines de lucro, supervisadas por el Poder Ejecutivo a través de las normas de control instituidas para este tipo de personas ideales.

La característica de este sistema de legitimación es que, a diferencia de lo que ocurre con las acciones de clase norteamericanas, la validez de esta legitimación activa no debe ser acreditada en juicio por un particular que invoca la representación de la clase o grupo, sino que legalmente se faculta a ciertos sujetos de derecho público o personas jurídicas con autorización estatal, quienes no necesitan la previa declaración de admisión de la acción colectiva mermando la representación adecuada de quien la promueve, pues la idoneidad de aquellos surge del carácter de las personas⁹.

En Argentina este sistema tiene raigambre constitucional, ya que conforme el segundo apartado del art. 43 de la Constitución Nacional (introducido por la reforma constitucional de 1994) *"pueden interponer la 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, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización"*.

A continuación analizaremos brevemente algunos de los supuestos:

- a) *Consumidor o usuario*: Este es el supuesto que mayor controversia aparece porque el art. 52 trata por igual de la legitimación para el litigio individual y para el colectivo. La controversia gira en torno de si el consumidor o usuario afectado tiene legitimación para iniciar una acción en clave colectiva, en forma similar al mecanismo de la acción de clase.

Arazi¹⁰, considera que cuando el art. 43 de la Constitución se refiere al "afectado", como legitimado lo hace solo para la promoción de una acción individual y no colectiva, especialmente cuando se trata de derechos individuales homogéneos y que esta conclusión es también aplicable al caso de la LDC, ya que las acciones colectivas relativas al consumo tutelan derechos individuales homogéneos.

Por nuestra parte consideramos, de conformidad con el criterio de Salgado¹¹, que el art. 43 de la C.N., dedicado a la regulación de amparo, expresamente

otorga la legitimación al "afectado", y lo hace en el segundo apartado que se refiere a *"...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..."*, con lo que parece indiscutible que en la letra constitucional el "afectado" puede accionar en clave colectiva en relación a los derechos del consumo, y que por ende la ley reglamentaria de este derecho no podría restringir esta legitimación.

- b) *Asociaciones de consumidores o usuarios*: También en este caso la legitimación proviene básicamente del art. 43 C.N.. Las LDC reglamenta la cláusula constitucional estableciendo en su art. 56 que estas asociaciones deben requerir autorización a la autoridad de aplicación para funcionar como tales, surgiendo del art. 41 que tal autoridad en el orden Federal es la Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, mientras que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales.

La misma norma en los apartados a) a i) establece los fines que deben perseguir estas entidades sin fines de lucro, y el art. 57 prescribe ciertas condiciones especiales que responden a asegurar la independencia de las mismas. Así, establece que: a) No podrán participar en actividades políticas partidarias; b) Deberán ser independientes de toda forma de actividad profesional, comercial y productiva; c) No podrán recibir donaciones, aportes o contribuciones de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios, privadas o estatales, nacionales o extranjeras y d) Sus publicaciones no podrán contener avisos publicitarios.

La LDC asimismo amplía la legitimación de estas asociaciones en relación al precepto constitucional, ya que las faculta, cuando así lo requieran, a actuar como *litisconsortes* de cualquiera de los demás legitimados, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas.

- c) *Autoridad de aplicación*: Se refiere, según el ya citado art. 41 a la Secretaría de Comercio Interior en el orden federal y a la ciudad de Buenos Aires y las provincias en sus respectivas jurisdicciones.
- d) *Defensor del Pueblo*: Cómo sostiene Salgado, aquí la LDC amplía la disposición constitucional y repara una omisión de la Carta Magna.
- e) *Ministerio Público Fiscal*: El art. 120 de la Constitución Nacional establece que el Ministerio Público, *"tiene por función promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la"*

9 Arazi, Roland, "Derechos colectivos. derechos difusos. acciones de clase", ponencia presentada en las X Jornadas Rioplatenses de Derecho 2012, celebradas en San Isidro, Buenos Aires.

10 Arazi, Roland. Ponencia citada.

11 Salgado, José María, *Tutela individual homogénea*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2011, pag. 191.

12 Salgado, José María, obra citada.

13 Verbic, Francisco, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la Ley 26.361*, en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, 2009-1-145.

sociedad". En este sentido la LDC le asigna la especial función de actuar "como fiscal de la ley", aún cuando no intervenga en el proceso como parte (art. 52 LDC).

Además de esa función, en el último apartado de la norma antes transcrita se establece que "en caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal". Al respecto tanto Salgado¹² como Verbic¹³ mencionan que "se ha considerado de poca utilidad exigir la continuación del proceso abandonado o desistido en el marco de un sistema en el que la cosa juzgada no afecta a los miembros del grupo, dado que, si una sentencia recaída sobre el mérito del asunto no puede afectarlos, menos podrá hacerlo una decisión de desistimiento o caducidad de la instancia". No estamos de acuerdo con esta apreciación, ya que si bien el desistimiento o abandono no afecta la acciones individuales, sí afecta la posibilidad de reeditar el litigio en clave colectiva en una interpretación estricta del art. 54 de la LDC.

Sin duda, la mayor crítica que puede formularse al sistema de legitimación de la ley es que, a más de determinar legitimados extraordinarios por vía legal, y de exigir de las entidades privadas dedicadas al consumidor un contralor estatal previo, soslaya el control de la representatividad adecuada por parte del Juez.

Estimamos que en ningún sistema que regule el proceso colectivo, aún en aquellos que establecen legitimados legales, puede omitirse facultar el control judicial (ya no, meramente administrativo) de la representatividad adecuada. Este control debe ejercitarse durante todo el proceso y aún ante una solución transaccional del mismo, toda vez que la representatividad adecuada puede darse en un proceso en su iniciación y perderse.

En este punto la LDC se aleja del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, toda vez que éste, a más de establecer legitimados extraordinarios en su art. 3º, regula entre los requisitos de la demanda colectiva (art. 2.I. y par. 2º y 3º) el control en cabeza del Juez de la representatividad adecuada, estipulando en el párrafo 2º los "standards" que deberá tener en cuenta a tal fin y estableciendo que deberá analizar la existencia del requisito de la representatividad adecuada "en cualquier tiempo y grado del procedimiento".

En el precedente "Halabi", la Corte Suprema de la Nación, apuntó a la representatividad adecuada como uno de los elementos básicos de una demanda colectiva: "Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia

de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo".

Es por ello que, la doctrina especializada entiende que, más allá de la ausencia de una regulación expresa al respecto, el control de la representación adecuada "debe ser llevado a cabo de oficio por los jueces aún sin regulación específica sobre el punto, por hallarse en juego la garantía de defensa de los afectados y la seriedad y eficiencia del servicio de justicia"¹⁴.

"(...) la mayor crítica que puede formularse al sistema de legitimación de la ley es que (...) soslaya el control de la representatividad adecuada por parte del Juez."

c. Certificación del caso colectivo

Una de las más importantes omisiones de la LDC es que no establece criterio alguno para determinar que requisitos debe cumplimentar el reclamo derivado de la relación de consumo, para ser admitido como pretensión colectiva.

Para ilustrar este extremo, apuntaremos que en el ámbito de las acciones de clase estadounidenses, la Federal Rule of Civil Procedure No. 23 (Regla Federal del Procedimiento Civil No. 23) (FRCP 23) establece los prerequisites que debe reunir una pretensión, para que el Juez "certifique" su carácter de acción de clase.

Así, exige que para las acciones colectivas en general que: "...existan cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros de clase.." (Regla 23.a.(2)), requisito referido por los juristas anglosajones como "commonality".

Del mismo modo, requiere que "los reclamos o defensas de las partes representativas son típicos de los reclamos o defensas de la clase"¹⁵, supuesto conocido como "typicality" (Regla 23.a.(3)).

Sin embargo, para que la acción sea *mantenida* como "class action", debe acreditarse que las cuestiones comunes "predominan sobre cualquier cuestión que afecte sólo a miembros individuales" (Regla 23.b.(3)), requisito conocido como regla de la predominancia ("*predominance*"), el que obviamente está referido a los derechos individuales homogéneos y cuya ausencia ha constituido en la jurisprudencia americana el argumento más habitual para el rechazo de acciones de clase.

Finalmente, según la regla 23.b.(3) el Juez debe evaluar los requisitos a los cuáles se comprende dentro de la expresión "*manageability*": la extensión y naturaleza

¹⁴ Giannini, Leandro J. *Legitimación en las acciones de clase*, La Ley 23/08/2006.

¹⁵ "The claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class".

de cualquier litigio relacionado con la controversia y ya comenzado; la conveniencia o inconveniencia de concentrar los litigios en un fuero determinado y las dificultades que probablemente se encontrarán en una acción de clase.

De modo similar, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (CMPCI) prescribe en su art. 2º, los “requisitos de la demanda colectiva” aplicable a todo tipo de litigio colectivo, exigiendo a tal fin: I. la adecuada representatividad del legitimado y II – la relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las características de la lesión o por el elevado número de personas perjudicadas.

Ya en forma particular y con respecto a los reclamos individuales homogéneos, además de los requisitos indicados en los n. I y II de este artículo, es también necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto, o sea una enunciación del mismo supuesto del predominio.

Los reclamos derivados de consumidores y usuarios de servicios públicos son naturalmente susceptibles y convenientes de tramitar en clave colectiva, constituyendo el ejemplo paradigmático del derecho individual homogéneo, sobre todo en los reclamos por el reducido valor patrimonial del reclamo ponderado a nivel individual, no se justifica la ecuación costo beneficio del litigio individual. No obstante, no cualquier reclamo derivado de las relaciones del consumo asume tal carácter, y por ello debe otorgarse al Juez criterios legales, amplios y flexibles, para juzgar la viabilidad y conveniencia del reclamo colectivo. Estos criterios, que la legislación estadounidense aporta cómo producto de décadas de experiencia en estos litigios, se encuentran por completo ausentes en la LDC.

Estimamos que aún ante la laguna legal, los jueces pueden utilizar justificadamente los principios estipulados por la Corte Suprema en el precedente “Halabi”, en dónde se citan los criterios de la Regla 23 y en concreto se propenden los siguientes “recaudos elementales”: a) la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, b) la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y c) la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo.

d. Alcance de la cosa juzgada

La más importante innovación introducida por la reforma de la Ley 26.361 a la LDC es la posibilidad de que la eficacia de la cosa juzgada alcance a personas que no fueron parte en el proceso.

El art. 54 en su actual redacción prevé que: “La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.” (Art. 54 LDC, apartado segundo).

Para interpretar correctamente el alcance y sentido de la norma corresponde realizar un análisis sistemático de la problemática de la cosa juzgada en el litigio colectivo.

La cuestión del alcance de la cosa juzgada se encuentra inescindiblemente ligada con la aquella de cómo garantizar el debido proceso adjetivo en el proceso colectivo, toda vez que la característica primordial del mismo es que la actuación de un legitimado extraordinario tiene consecuencias favorables o desfavorables en los derechos de múltiples sujetos sin que éstos le hayan otorgado su voluntad en forma expresa o tácita.

Las soluciones a este problema son diversas, pero podemos distinguir dos sistemas sobre los cuáles se han encolumnado las diferentes soluciones legislativas y jurisprudenciales en el mundo. El primero es el sistema estadounidense de las “class actions” o acciones de clase y el segundo es que podríamos rotular como sistema iberoamericano, que se refleja en las soluciones del pionero Código de Defensa del Consumidor de Brasil (CDC), en el cuál también se ha inspirado el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (CMPCI)¹⁶.

En el sistema de las “class actions” la sentencia dictada en un litigio colectivo es vinculante para todos los miembros de la clase, de modo que los beneficiará en caso de progreso de la acción, pero también les será oponible en caso de rechazo de la misma¹⁷.

La consecuencia es que el miembro de la clase tiene vedada la posibilidad de iniciar una acción individual luego de que ha sido certificada la acción de clase con el mismo objeto, y tampoco puede intentar un nuevo proceso colectivo. Para que tal radical consecuencia originada en una representación sin concurrencia de voluntad del representado pueda justificarse, la legislación ha previsto mecanismos tendientes a garantizar la defensa en juicio del miembro ausente.

En este sentido la Federal Rule of Civil Procedure N° 23 (FRCP 23) establece las siguientes herramientas de control: a) La noción de la “**representatividad adecuada**”, consistente en los distintos requisitos que debe cumplimentar quien pretende erigirse cómo representante de la clase, quien debe “proteger justa y adecuadamente los intereses de la clase”¹⁸. b) La exigencia de que debe dirigirse a los miembros ausentes de la clase la mejor **notificación** practicable según las circunstancias, incluida la notificación individual de todos los miembros identificables¹⁹ y c) El llamado

16 Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, versión publicada en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, 2005-1, pag. 477 y ss.

17 Regla Federal 23, C.2 “b” y C.3

18 Regla Federal 23 A.4.

19 “For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort.” (Regla Federal 23 C. 2. “b”).

derecho al “*Op Out*”, o sea la posibilidad de los miembros de la clase de pedir su exclusión del proceso colectivo.

En el sistema que aquí llamaremos convencionalmente como “iberoamericano”, representado por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (CMPC)²⁰ y el Código de Defensa del Consumidor del Brasil (CDC), el enfoque es diferente, ya que el debido proceso legal con respecto a los miembros ausentes de la clase se garantiza por medio de la limitación de los aspectos subjetivos de la cosa juzgada, según el sistema de preclusión unilateral, que según sus variantes tradicionalmente calificadas como “*in utilibus*” o “*secundum eventum litis*”.

El principio general es que los miembros del grupo se benefician de la cosa juzgada si la pretensión colectiva es decidida a favor, pero si la pretensión colectiva es rechazada tal rechazo no puede perjudicar sus derechos individuales, y todavía pueden ejercer sus acciones individuales. Sin embargo precluye la posibilidad de reeditar el litigio colectivo que fue desestimado, salvo que el rechazo de la pretensión colectiva haya sido por falta de pruebas.

Describiremos a grandes rasgos la estructura del sistema del CDC brasileño y su influencia en el CMCP:

- a) En lo que respecta a los *derechos colectivos difusos, de objeto indivisible*, la regla general es el efecto “*erga omnes*”, por el cual la eficacia de la cosa juzgada se extiende a toda la comunidad, salvo que la pretensión sea rechazada por insuficiencia de pruebas. En este caso cualquier entidad con legitimación colectiva puede intentar otra acción con idéntico fundamento valiéndose de nuevas pruebas (arts. 103, incisos I, II y III CDC) y en el mismo sentido el art. 33 par. 1° del CMPC.
- b) La misma solución se aplica con respecto a los *derechos trasindividuales de objeto indivisible*, donde se menciona el efecto cómo “*ultra partes*”. Se refiere al supuesto de derechos que corresponden a una clase determinable, pero cuyo objeto es indivisible.
- c) En el caso de intereses o *derechos individuales homogéneos*, los miembros de la clase se benefician del progreso de la pretensión colectiva, pero en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir la acción de indemnización a título individual (art. 103 inc. III § 2° CDC. y en el mismo sentido art. 33 par 2° CMCP).
- d) En el caso de los *derechos difusos y de los trasindividuales de objeto indivisible* los efectos de la cosa juzgada no perjudicarán las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos propuestas individualmente, pero si hubiera sido declarado procedente el pedido, tales efectos beneficiarán a las víctimas y a sus sucesores quienes podrán solicitar la liquidación y la ejecución (art. 103 inc. III § 3° CDC y en el mismo sentido el art. 33 par. 3° CMCP).

En este sistema, el derecho al debido proceso para los miembros ausentes está garantizado en razón de que pueden beneficiarse de la sentencia favorable del proceso colectivo, pero en cambio el rechazo no les es oponible dejando a salvo sus derechos individuales.

En teoría, esta solución minimizaría la importancia de la cuestión sobre si el legitimado es un representante adecuado, porque si la acción se rechazara por una defensa irresponsable o negligente de éste, esa decisión no perjudicaría al representado ausente quien podría formular un reclamo individual, o incluso reeditar el litigio colectivo con nuevas pruebas si el rechazo del anterior fué por insuficiencia de prueba.

La Ley de Defensa del Consumidor argentina adopta en lo sustancial el sistema iberoamericano, pero con ciertas peculiaridades que analizaremos a continuación.

Del transcripto art. 54 surge la adopción de la eficacia “*in utilibus*”, ya que se menciona que en caso de que la pretensión colectiva sea acogida en la sentencia hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia. La ley sin embargo, a diferencia del CDC brasileño no establece que sucede cuando la pretensión colectiva es rechazada.

Consideramos que, como opina Salgado el silencio de la ley al respecto implica que en caso de rechazo la eficacia de la cosa juzgada no alcanzará a los miembros de la clase, quienes conservan sin acción individual pues los principios del debido proceso adjetivo impiden otra interpretación.

Lo que no está previsto en la ley es si en caso de rechazo de la acción colectiva puede reeditarse el litigio mediante una nueva acción colectiva, toda vez que cuando prescribe que la sentencia hará cosa juzgada contra el demandado, se refiere exclusivamente al caso de progreso de la acción.

Hay que poner de resalto que la LDC no contempla la excepción referente al rechazo de la acción por falta de pruebas (“*secundum eventum probationis*”), cómo lo hacen expresamente la CDC brasileña y el CMPCI. Entendemos en consecuencia, que ante el rechazo de la pretensión colectiva quedan subsistentes todas las acciones individuales, pero que en cambio no sería posible reeditar un nuevo proceso colectivo porque ello sería violatorio del derecho de defensa en juicio de la parte demandada.

No obstante, la impugnación de la cosa juzgada cuando la demanda ha sido rechazada por falta de pruebas, o la acción finalizada por caducidad de la instancia, podría aún plantearse por la vía que en forma excepcional admite la doctrina y jurisprudencia en nuestro medio, conocida como impugnación

20 Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

de la cosa juzgada fraudulenta o irrita²¹, que puede invocarse cuando han existido vicios sustanciales que afectan el debido proceso. Estimamos que –atendiendo exclusivamente a las disposiciones de la LDC– el rechazo por insuficiencia de prueba o alguna otra cuestión que tenga relación representatividad adecuada en el legitimado colectivo para poder ser planteado tendría que poder encuadrarse dentro de los supuestos que comprende la cosa juzgada irrita o fraudulenta.

“(...) si el miembro de la clase solo puede ser beneficiado por el progreso del proceso colectivo (...) entonces no se advierte cuál sería la razón que podría tener para solicitar su exclusión del grupo (...)”

Una segunda posibilidad sería proponer la aplicación analógica de la Ley General del Ambiente, que sí recepta expresamente la inexistencia de cosa juzgada en los supuestos de rechazo por insuficiencia de pruebas. No obstante, sería cuestionable la aplicación de esta solución cuando las únicas normas procesales vigentes que refieren al proceso colectivo (la LDC en análisis y la Ley General del Ambiente), se encuentran vinculadas inescindiblemente a la materia que regulan.

Como fuera transcripto precedentemente, la norma del art. 54 también prevé la posibilidad de que los miembros de la clase o grupo manifiesten la voluntad de no ser alcanzados por la cosa juzgada del proceso colectivo, previo a la sentencia. Esta opción de autoexclusión o *“right to opt out”* como se lo conoce en el medio anglosajón es propia del sistema de las *class actions* y resulta extraña su inclusión en la normativa de la LDC pues no se advierte el sentido de esta opción en el sistema *“in utilibus”* de la ley.

En efecto, si el miembro de la clase solo puede ser beneficiado por el progreso del proceso colectivo, y no se precluye su acción individual en caso de rechazo, entonces no se advierte cuál sería la razón que podría tener para solicitar su exclusión del grupo, opción que adquiere sentido en un sistema como el de las *class actions*, en el cuál la cosa juzgada afecta a todos los integrantes de la clase aún en caso de rechazo.

La única situación imaginable sería la de una sentencia colectiva que progrese, y que por lo tanto precluya la posibilidad de accionar individualmente, pero que su resultado fuera menos satisfactorio de lo que el miembro de la clase espera de su acción individual. Es difícil concebir cómo podría hacer esta valoración en forma previa a la sentencia, aunque quizá podría evaluar las pruebas producidas en el proceso colectivo, para arribar a tal decisión.

No obstante, nadie puede ejercer el derecho al *“opt out”* si carece de conocimiento sobre la certificación de la acción colectiva y sus términos, por lo cuál la eficacia de esta opción queda ciertamente neutralizada por la carencia de previsión alguna en la LDC sobre la forma en la cuál se daría a la pretensión colectiva la publicidad o notificación necesaria, la que sólo se prevé para el caso de transacción, facultando al magistrado a instrumentar la opción de autoexclusión *“...en los términos y condiciones que el magistrado disponga...”* (art. 54), pero sin dar pauta alguna de cómo debe instrumentarse la publicidad pertinente, y lo que es más, en qué momento del proceso debería hacerse efectiva esa opción.

e. Transacción

La reforma de la ley 26.361 introdujo en el precitado art. 54 una regulación referente a la posibilidad de que el pleito colectivo termine por transacción, estableciendo los requisitos con que deberá cumplir la misma para ser judicialmente homologada:

“Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.” (Art. 54 LDC, apartado primero).

La particularidad de la norma es, en primer término la obligación de dar vista previa al Ministerio Público Fiscal para que evalúe si el acuerdo protege los intereses de los consumidores o usuarios afectados.

El segundo aspecto relevante de la norma es que establece, al igual que con respecto al proceso que termina con sentencia, una opción de autoexclusión en resguardo de los derechos individuales de los ausentes que no se quieren adherir al acuerdo general. Nuevamente hemos de poner de resalto que la ley no indica que tipo de notificación y/o publicidad deberá el Juez poner en práctica para que los comprendidos en la clase tengan conocimiento de la propuesta de acuerdo.

Verbic cuestiona esta solución porque considera *“que no concurre en lo más mínimo para avanzar las finalidades de los procesos colectivos”*. Menciona que a su modo de ver, está disposición obsta a la posibilidad de acuerdos transaccionales: *“...digo esto ya que parece razonable suponer que nadie suscribirá una transacción si no es para desactivar el conflicto, y que nadie capitulará en su posición si no puede evaluar las consecuencias de esa capitulación”*²².

21 Podetti define la revisión de la cosa juzgada irrita o fraudulenta como aquel *“...remedio procesal extraordinario encaminado a examinar de nuevo una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando se ha llegado a ella por medios ilícitos o irregulares, sin culpa o negligencia del vencido, prescindiendo o incorporando nuevos elementos de prueba en el nuevo juicio”*.

22 Verbic, Francisco, artículo citado.

Por nuestra parte estimamos que si bien es cierto que esta solución desalienta la posibilidad de acuerdos transaccionales, no obstante la disposición es coherente con el sistema “*in utilibus*” de la ley. En primer lugar porque si el consumidor o usuario individual puede autoexcluirse de la acción colectiva antes de la sentencia según ya fuera analizado, con mayor razón debe poder ejercitar este derecho en caso de una transacción colectiva, porque si en el primer caso su derecho individual está protegido por la regla de que la sentencia desfavorable no le es oponible, en la transacción, por la propia naturaleza de esta es imposible juzgar el carácter favorable o desfavorable en forma objetiva, sin recurrir a la vara del interés individual.

Esta solución es acorde con lo prescripto por la Regla 23, en cuanto estipula que el tribunal puede negarse a aprobar un acuerdo transaccional a menos que permita una nueva oportunidad para requerir la autoexclusión de los miembros individuales que tuvieron una oportunidad previa de autoexcluirse pero no ejercieron ese derecho (Regla 23.a.(3))²³.

f. Reparación colectiva y de perjuicios individuales homogéneos

El último apartado del art. 54, también producto de la reforma del año 2008 establece:

“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.” (Art. 54 LDC, apartado *tercero*).

La primera cuestión aquí receptada es que en el caso de que el contenido de la sentencia colectiva consista en una reparación patrimonial, en la forma de la restitución de conceptos indebidamente retenidos, el demandado deberá cumplir con la mismas utilizando “los mismos medios” por los cuales las sumas fueron retenidas.

La norma prevé que si los miembros de la clase “no pudieran ser individualizados”, el juez fijará el resarcimiento “en la forma que más beneficie al grupo afectado”. Cabe apuntar que otra situación que estaría comprendida en el supuesto es aquella en la cual las sumas que le corresponden a cada miembro son muy

reducidas y no pueden ser restituidas por algún medio de liquidación sencillo (como el crédito electrónico en la cuenta del usuario de un servicio).

Aquí el Juez puede arbitrar los medios que considere adecuados. En los casos de una acción de objeto indivisible, podría disponer la formación de un “fondo especial”, como el “*Fondo de Compensación Ambiental*” que en nuestro medio prevé la Ley General del Ambiente, o el “*Fondo de los derechos difusos e individuales homogéneos*”, que postula el CMPCI, administrado por un Consejo Gestor Gubernamental, del que participarán necesariamente “*miembros del Ministerio Público, jueces y representantes de la comunidad*” y que destinará estos recursos a la reconstitución de los bienes lesionados o si esto no fuera posible, a la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repite, entre otras que beneficien el bien jurídico perjudicado”.

Este fondo sería el encargado de administrar los recursos provenientes de un resarcimiento otorgado al grupo o clase afectado con carácter indivisible y a afectarlo a los fines previstos por la sentencia correspondiente.

En los casos de derechos “individuales homogéneos” pueden darse distintas situaciones. Cuando el valor de los daños individuales sufridos por los miembros del grupo fuere uniforme, prevalentemente uniforme o pudiere ser reducido a una fórmula matemática, el Juez podría adoptar el método del art. 22 par. 2° del CMPCI, indicando en la sentencia el valor o la fórmula de cálculo de la indemnización individual. Es en este supuesto que adquiere sentido la posibilidad prevista por el art. 54 LDC, de que el Juez establezca “grupos o clases de cada uno de ellos”, previsión que no tendría utilidad en el caso de daños diferenciados individuales que como veremos, están sujetos a su liquidación incidental.

Sin embargo, la noción misma de los derechos “individuales homogéneos” conlleva la posibilidad de que la sentencia condenatoria en un juicio colectivo, tenga una medida distinta para cada uno los miembros individuales de la clase.

En este caso resulta aplicable el procedimiento previsto por la norma comentada “*in fine*”, que en el caso de “daños diferenciados” admite que por vía *incidental*, demanden y estimen la indemnización particular que les corresponda, concordante con la solución que dispone el art. 22, par. 3° del CMPCI.

Esta disposición implica la posibilidad -sin antecedentes previos a la reforma de la ley 26.361- de que en el proceso colectivo el Juez dicte una sentencia condenatoria favorable a toda la clase determinando la responsabilidad del demandado, pero que exista un segundo proceso, de orden incidental promovido por los miembros individuales al fin de acreditar la medida de su perjuicio. En este segundo proceso la responsabilidad

23 (e) **Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise (...)** c. (...) (3) In an action previously certified as a class action under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.

del demandado tendrá valor de cosa juzgada, aunque sin embargo conservará todas las defensas que pueda oponer al individuo miembro de la clase en lo que respecta a su afectación.

Está de más decir, que para la eficacia de tales procesos incidentales el Juez deberá desde el momento de la certificación del trámite colectivo, y congruentemente en la sentencia, definir con toda precisión el grupo o clase afectado.

3. Conclusiones

Ante la ausencia de una regulación más general del proceso colectivo, la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor por medio de la Ley 26.361 proporciona en el derecho argentino, la primera regulación procesal de los derechos individuales homogéneos, estableciendo supuestos de legitimación colectiva expresamente aplicables a la tutela de esos derechos, y reconociendo los efectos expansivos de la cosa juzgada según el criterio "*in utilibus*".

Integrada con los lineamientos que la Corte Suprema dictó en el caso "Halabi", otorga un marco inexistente antes del año 2008 para el trámite de los litigios colectivos de consumidores y usuarios de servicios públicos, de modo que la interacción entre operadores de la comunidad jurídica, abogados, jueces y funcionarios, tenga ciertos presupuestos mínimos indiscutibles.

No obstante ello, la normativa adolece de evidentes lagunas legales en lo que respecta a los criterios que habilitarían la certificación de una acción como de carácter colectivo y asimismo en lo que respecta al desarrollo del proceso mismo, ya que las regulaciones se refieren a ciertos aspectos de la entrada al proceso (disposiciones sobre legitimación) y a su finalización (alcances de la cosa juzgada), sin que se advierta la estructura de ciertas cuestiones relevantes como notificaciones, litispendencia con otros procesos colectivos o individuales, momento de ejercicio de las opciones de autoexclusión etc., y asimismo la ausencia de normas que se refieran al control de la representividad adecuada por parte del Juez.

Cómo apunta Salgado²⁴: "Todo sistema que estructura un proceso lo hace coordinando sus institutos de manera secuencial y ellos son el antecedente lógico de la cosa juzgada; es así que el alcance de esta última –en el sentido de las *class actions*, del CMPCI o de alguno distinto a éstos– será el resultado de su enlace con lo que se realizó previamente".

Mientras esperamos la regulación puramente procesal, aplicable a *todos* los procesos colectivos, la LDC es una herramienta indispensable para la solución de los conflictos propios del consumo masivo y la prestación de servicios públicos .

24 Salgado, José María. obra citada, pag. 327.