

# LIQUIDACIÓN COLECTIVA DE PRETENSIONES DE CONSUMO INDIVIDUALMENTE NO RECUPERABLES POR MEDIO DEL MECANISMO DE *FLUID RECOVERY*. NOCIONES GENERALES Y SU RECEPCIÓN EN ARGENTINA Y BRASIL

Francisco Verbic <sup>o</sup>



## I. INTRODUCCIÓN. OBJETIVOS DEL TRABAJO.

La industria y comercialización de bienes y servicios ha sobrepasado cualquier frontera física o política en la actualidad. El desarrollo de poderosas empresas multinacionales que operan con distintos rostros a lo largo y ancho del planeta fue potenciado, especialmente en los últimos 10 años, por la ampliación de mercado que significó la incorporación de Internet como medio de publicidad, ofrecimiento y venta.<sup>1</sup>

Es evidente así que la masificación de la sociedad se ve hoy reflejada en un mercado también de características masivas. Mercado en el cual los consumidores y usuarios han

---

<sup>o</sup> Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Civil (UNLP). Especialista en Derecho Procesal Profundizado (UNA). *LL.M. in International Legal Studies* (NYU). Profesor de Derecho Procesal Civil y Comercial (UNLP). Más información disponible en [www.franciscoverbic.com.ar](http://www.franciscoverbic.com.ar)

<sup>1</sup> Algunas estadísticas actualizadas, dando cuenta de los alcances del fenómeno, pueden consultarse acá: <https://www.budde.com.au/Research/2009-Global-Digital-Economy-E-Commerce-M-Commerce-Trends-Statistics.html?r=51>

perdido prácticamente toda posibilidad de discusión real sobre las condiciones de los negocios jurídicos que cotidianamente realizan (muchas veces hasta sin darse cuenta) con proveedores de bienes y servicios de diversa índole.

Es que la masificación del mercado trajo consigo la profundización del fenómeno de las contrataciones con cláusulas predispuestas,<sup>2</sup> e igualmente trajo consigo nuevas formas de vulneración de derechos que generan cuantiosas ganancias ilegítimas para las empresas. Estas cuantiosas ganancias se producen muchas veces porque la afectación resulta ínfima considerada individualmente, pero –por supuesto, aunque muchas veces esto no se advierte– alcanza cifras millonarias cuando es observada desde el prisma de la propia empresa que incurre en la actividad ilícita.

El escaso daño padecido individualmente por cada uno de los consumidores y usuarios hace que éstos no avancen en la protección de sus derechos. Esta falta de acción permite, entre otras cosas, que la conducta colectiva ilegítima se perpetúe en el tiempo (además de producir importantes beneficios para quien la lleva adelante, como fuera señalado hace un momento). Resulta evidente que un individuo racional sólo promoverá un reclamo ante la justicia en defensa de sus derechos en la medida que los potenciales beneficios que pudiera obtener excedan los costos que debe afrontar para llevar adelante el litigio.<sup>3</sup> Costos que, como todos sabemos, son realmente altos. Costos que, ante vulneraciones individuales ínfimas, operan como una muralla insalvable puesta en medio del camino para acceder a la justicia.

---

<sup>2</sup> Hablo de profundización porque el fenómeno que dista de ser novedoso. Ver entre otros STIGLITZ, Rubén S. “*Contrato por adhesión a condiciones generales*”, L.L. 1982-B-831; VALLESPINOS, Carlos G. “*El contrato por adhesión a condiciones generales*”, L.L. 1985-C-1304; REZZONICO, Juan C. “*Concepto de condiciones negociables generales*”, L.L. 1981-C-1100.

<sup>3</sup> Conf. ALEXANDER, Janet “*An introduction to Class Action Procedure in the United States*”, disponible en [www.law.duke.edu/group/lit/papers/classactionalexander.pdf](http://www.law.duke.edu/group/lit/papers/classactionalexander.pdf).

Esta muralla, sin embargo, puede sobrepasarse mediante la utilización de instrumentos de juzgamiento colectivo. El agrupamiento de todos los consumidores o usuarios afectados modifica el balance de poder frente a la empresa que desarrolla la conducta ilícita. Las acciones de clase del sistema federal estadounidense, reguladas por la Regla de Procedimiento Federal N° 23 (en adelante “Regla 23”), configuran el modelo paradigmático en la materia (especialmente con motivo de las reformas de los años 1938<sup>4</sup> y 1966).<sup>5</sup>

Con referencia a dicho modelo se han moldeado (por asimilación u oposición, expresa o implícita) prácticamente todos los sistemas de tutela procesal colectiva actualmente vigentes alrededor del mundo. Entre ellos cabe mencionar el sistema de tutela colectiva de derechos individuales homogéneos establecido en el Código de Defensa del Consumidor brasileño (en adelante “CDC”),<sup>6</sup> y el sistema incorporado por la última reforma a la Ley de Defensa del Consumidor argentina (sistema parcial y con grandes vacíos que aun deben ser completados, en adelante me referiré a esta ley como “LDC”).<sup>7</sup>

Entre otras cuestiones, ambos sistemas han conferido legitimación colectiva a diversos actores sociales y han

---

<sup>4</sup> Conf. TARUFFO, Michele “Some remarks on group litigation in comparative perspective”, 11 Duke J. of Comp. & Int’l L. 405

<sup>5</sup> Ver las notas del comité encargado de redactar la reforma: “Amendments to Rules of Civil Procedure Supplemental Rules for Certain Admiralty and Maritime Claims Rules of Criminal Procedure”, 39 F.R.D. 69.

<sup>6</sup> Lei N° 8078/1990. Más allá de lo expuesto, respecto del sistema brasileño en general se afirma que hunde sus raíces en Italia. Ver en este sentido GIDI, Antonio “Class Actions in Brazil. A Model for Civil Law Countries”, 51 Am. J. Comp. L. 311, 324; y ver también TARUFFO, Michele “I Limiti Soggettivi del Giudicato e le Class Actions”, 24 Rivista di Diritto Processuale 618 (1969) (considerado como el primer trabajo sobre acciones de clase publicado por un académico de tradición continental europea según Fabio Coco “Class actions in Italy. Where the rubber meets the road”, Octubre 2006, nota a pie de página N° 47, disponible en <http://www.luiss.it/siti/media/1/20061106-class-actions-coco.pdf>).

<sup>7</sup> Ley N° 26.361, que modificó el texto de la Ley N° 24.240.

establecido un dispositivo de cosa juzgada *secundum eventum litis* por aplicación del cual el resultado del pleito colectivo nunca puede perjudicar la acción individual de los miembros del grupo.<sup>8</sup> Además, en lo que particularmente interesa para este trabajo y tal como veremos más adelante, ambos sistemas recogieron de la experiencia jurisprudencial estadounidense (y regularon expresamente) la posibilidad de acudir a una “ejecución fluida” de la sentencia colectiva en ciertas situaciones excepcionales.<sup>9</sup>

En las líneas que siguen comenzaré por delimitar los alcances del problema que enfrentan consumidores y usuarios por la falta de incentivo suficiente para reclamar individualmente sus acreencias, tanto antes de iniciar el proceso colectivo como una vez terminado éste. Para ello utilizaré una clasificación de pretensiones bastante conocida y presentaré brevemente cómo el mecanismo de *fluid recovery* puede jugar un rol determinante a fin de sortear el problema (apartado II).

Luego avanzaré con algunas precisiones respecto de qué implica este mecanismo y por qué resulta conveniente promover su utilización cuando las pretensiones individuales homogéneas en juego son individualmente no recuperables (apartado III). Sentado ello, analizaré las pautas que sobre la materia traen los Principios de Litigio Agregado elaborados por el *American Law Institute* con la participación de un gran número de expertos en acciones de clase y litigio agregado en general (apartado IV).

Una vez terminada esta etapa, en los apartados que siguen me ocuparé de describir brevemente cómo el mecanismo de *fluid recovery* ha sido receptado en los sistemas de defensa del consumidor argentino y brasileño (apartados V y VI), así como también el modo en que el Código Modelo de

---

<sup>8</sup> Art. 103 del CDC; art. 54, 2do párrafo de la LDC.

<sup>9</sup> Art. 100 del CDC; art. 54, 3er párrafo de la LDC.

Procesos Colectivos para Iberoamérica contempla una alternativa del género en el supuesto de darse ciertas condiciones (apartado VII).

## II. EL FENÓMENO DE LAS PRETENSIONES INDIVIDUALMENTE NO RECUPERABLES: PROBLEMA DE FALTA DE INCENTIVOS ANTES DE INGRESAR AL SISTEMA DE JUSTICIA Y DESPUÉS DE OBTENER UNA CONDENA COLECTIVA

Para comprender mejor el fenómeno sobre el cual trabajamos es interesante comenzar por el análisis de una importante distinción que cabe formular según el tipo de pretensiones individuales que pueden generarse a partir de un acto o hecho ilícito que afecta de modo similar a grandes números de personas.

En este orden, siguiendo la explicación que brindan los autores suecos Lindblom y North,<sup>10</sup> tenemos que las pretensiones individuales de daños y perjuicios o restitución de sumas de dinero pueden ser clasificadas en tres tipos:

1. *Pretensiones individualmente recuperables*: esta categoría comprende aquellas pretensiones que involucran una suma de dinero lo suficientemente alta para justificar la promoción de una acción individual. En estos supuestos, el resultado que puede obtener el sujeto es mayor que los costos en que debe incurrir para realizar el planteo. Se trata de un valor relativo: el potencial monto a obtener debe ser no sólo superior a los gastos, sino que además debe significar un incentivo suficiente para habilitar el planteo

---

<sup>10</sup> LINDBLOM, Per H. - NORDH, Roberth “*La Ley sueca de procedimientos de grupo*”, en “Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivo se individuales homogéneos en una perspectiva comparada”, GIDI – Mc. GREGOR, (coordinadores) Ed. Porrúa, México, 2003, p. 96.

individual.

2. *Pretensiones individualmente no recuperables*: comprende aquellas pretensiones cuyos costos de litigación individual exceden el mejor resultado que puede obtenerse de la discusión del conflicto en sede judicial, o bien –si no los exceden- el potencial resultado representa un incentivo insuficiente para proceder en tal sentido. A diferencia del tercer tipo que veremos a continuación, estas pretensiones pueden ingresar al sistema de justicia en el supuesto de ser promovidas en clave colectiva (por el incentivo que ello genera).

3. *Pretensiones no viables*: comprende aquellas pretensiones cuyo planteo en sede judicial provocaría indefectiblemente una pérdida económica para quien lo realice, sea que lo haga en clave individual o colectiva.

El hecho que las pretensiones individualmente no recuperables puedan ser defendidas por medio de un proceso colectivo significa, como fuera adelantado, que este tipo de mecanismos procesales opera como un medio de gran utilidad para acceder al sistema de justicia. Sin embargo, una vez dentro del sistema, este tipo de pretensiones dispara otro problema que debe ser abordado si pretendemos que, además del acceso a la justicia, la promoción del caso colectivo pueda garantizar el cese de la conducta ilícita que dio origen al conflicto.

¿Cómo se garantiza que eso ocurra? Pues, como bien señala Gidi, mediante la efectiva punición de tal conducta.<sup>11</sup> Lo que debemos tener bien presente es que para evitar que la demandada continúe actuando del modo en que lo hizo no

---

<sup>11</sup> Conf. GIDI, Antonio “*Class actions in Brazil. A model for Civil Law countries*”, The American Journal of Comparative Law, Volume LI, Spring 2003, n° 2, 2003.

basta con el dictado de una sentencia de condena. Es necesario (indispensable mejor dicho) que tal condena sea efectivizada. Y es así como, al menos en ciertos casos, volvemos a enfrentarnos con el problema de la falta de incentivos.

Lo que ocurre es que en muchas ocasiones se logra obtener una condena colectiva que beneficia al grupo de usuarios y consumidores afectados, pero éstos no se presentan posteriormente a liquidar su acreencia individual. La razón para que esto suceda es bastante clara en la hipótesis sobre la cual trabajamos (esto es, cuando las pretensiones involucradas son individualmente no recuperables): nuevamente el individuo se encuentra con el problema de la falta de incentivos para proceder a reclamar lo que le corresponde.

Para enfrentar este problema y lograr así que el proceso colectivo cumpla no sólo con su objetivo de facilitar el acceso a la justicia sino también con su función de instrumento de disuasión (*deterrence* en la doctrina estadounidense), una de las alternativas posibles se encuentra en el uso de la herramienta conocida como *fluid recovery*.

### III. QUÉ IMPLICA Y POR QUÉ UTILIZAR EL MECANISMO DE *FLUID RECOVERY* EN EL CONTEXTO DE UNA CONDENA COLECTIVA QUE VERSA SOBRE PRETENSIONES INDIVIDUALMENTE NO RECUPERABLES

Las razones por las cuales puede resultar conveniente acudir a la doctrina del *fluid recovery* han sido detalladamente analizadas, desde distintas perspectiva, por diversos autores estadounidenses.<sup>12</sup> Entre ellos, cabe destacar la explicación

---

<sup>12</sup> Entre otros ver BARNETT, Kerry “*Equitable Trusts: An Effective Remedy in Consumer Class Actions*”, 96 Yale L.J. 1591 (1987); DEJARLAIS, Natalie A. “*The Consumer Trust Fund: A Cy Pres Solution to Undistributed Funds in Consumer Class Actions*”, 38 Hastings L.J. 729 (1987) (discutiendo 4 modos diferentes de orientar el mecanismo de *fluid recovery*, y optando entre ellos por la generación de

traída por Barnett. Éste parte de la premisa (algo obvia, pero no por eso menos importante) de que los beneficios generados por una acción de clase siempre deben ser adjudicados a alguien. Adjudicación que, sin embargo, no siempre perseguirá (y esto no es tan obvio) exclusivamente un objetivo de compensación.

Cuando las pretensiones de los miembros de la clase son individualmente no recuperables (*small claim class actions*), Barnett señala que los jueces deben ponderar no sólo la finalidad de compensación que persiguen este tipo de mecanismos sino especialmente la de desaliento mediante la efectiva punición de la conducta de la demandada (*deterrence*). Efectiva punición que sólo habrá de concretarse -como dijimos- en el supuesto que el demandado no escape a la condena aprovechando el escaso incentivo de los miembros del grupo afectado para presentarse a liquidar individualmente su pretensión<sup>13</sup> (sea en el marco de una sentencia o bien de un

---

un fondo especial por estimar que cumple con mayor precisión los objetivos de la doctrina de *cy pres*); JOIS, Goutam U. “*The Cy Pres Problem and the Role of Damages in Tort Law*”, 16 Va. J. Soc. Pol’y & L. 258 (2008) (sosteniendo que en todos los casos el dinero debe ser destinado al Estado para que éste proceda a su aplicación en la forma que considere más adecuada); KARAS, Stan “*The Role of Fluid Recovery in Consumer Protection Litigation: Kraus v. Trinity Management Services*”, 90 Calif. L. Rev. 959 (2002) (criticando duramente una decisión de la Suprema Corte de California que desestimó el uso de *fluid recovery* en el contexto de la *Unfair Competition Law*); MILLER, Jeffrey P. – SINGER, Lori S. “*Nonpecuniary Class Actions Settlements*”, 60 Law & Contemp. Prov. 97 (1997) (analizando diversos aspectos del *fluid recovery* en el contexto de acuerdos transaccionales que resuelven pretensiones carentes de contenido patrimonial); REDISH, Martin H. – JULIAN, Peter – ZYONTZ, Samantha Zyontz “*Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis*” 62 Fla. L. Rev. 617 (2010) (argumentando, entre otras críticas, que los mecanismos de *cy pres distribution* conforman una “alquimia inconstitucional” por transformar las indemnizaciones en verdaderas multas civiles); SCHUYLER, Nina “*Cy Pres Awards: A Windfall for Nonprofits*” 33 San Francisco Att’y 26 (2007) (presentando las derivaciones de un caso particular donde pueden observarse las ventajas que apareja el mecanismo una vez que los fondos son destinados a sus beneficiarios finales).

<sup>13</sup> BARNETT, Kerry “*Equitable Trusts: An Effective Remedy in Consumer Class*



acuerdo transaccional).<sup>14</sup>

En principio, siempre que resulte posible los beneficios obtenidos por medio de la condena colectiva deben ser adjudicados directamente a los miembros de la clase que fueron afectados por la conducta de la demandada. Sin embargo, tal compensación directa muchas veces no es una alternativa, o bien resulta demasiado onerosa. Las razones por las cuales esto puede ocurrir son de diversa índole. Si bien volveré sobre el tema más adelante al analizar la postura del *American Law Institute* en torno al uso del *fluid recovery*, cabe precisar aquí algunas de las situaciones que pueden dar lugar a su aplicación.

Puede suceder, por ejemplo, que la prueba individual del daño resulte dificultosa de administrar o bien de producir por parte de los damnificados. Desde otra perspectiva, puede ser difícil o imposible localizar a los miembros de la clase. Finalmente, también puede ocurrir que los costos que insumiría localizar a los miembros de la clase, comunicarse con ellos, evaluar la prueba que aporten y/o distribuir los fondos resultantes sean demasiado altos y por tal motivo la

---

*Actions*”, 96 Yale L.J. 1591 (1987), 1593. Hay numerosos ejemplos de cómo la jurisprudencia estadounidense ha tomado en cuenta este problema. Entre muchos otros, cabe señalar dos que son bien conocidos. En primer lugar, “*Daar v. Yellow Cab Co.*”, 433 P.2d 732 (Cal. 1967). Allí el tribunal afirmó que la imposibilidad de determinar los pasajeros que habían sido efectivamente afectados por la tarifa de taxi no podía erigirse en un obstáculo para la ejecución colectiva de la condena ya que eso autorizaría que las ganancias derivadas del fraude quedaran en manos de la demandada. En segundo lugar, “*State v. Levi Strauss & Co.*”, 715 P.2d 564 (Cal. 1986). En esa oportunidad el tribunal sostuvo que el mecanismo de *fluid recovery* “*puede ser esencial para asegurar que la finalidad de desaliento de conductas [deterrence] sea cumplida. Sin fluid recovery, se le permitiría a los demandados retener ganancias obtenidas en forma ilegítima simplemente porque su conducta dañó a un gran número de personas en pequeños montos en lugar de haberlo hecho sobre un pequeño número de personas y por grandes cantidades*”.

<sup>14</sup> Sobre este punto el *Manual of Complex Litigation 4<sup>th</sup>* considera que la aplicación del mecanismo de *fluid recovery* no es aconsejable en el contexto de una sentencia de mérito, pero sí –en cambio– cuando se trata de un acuerdo transaccional (ver apartado 21.662, nota a pie de página N° 1001).

compensación final se convierta en algo prácticamente simbólico.<sup>15</sup> Este último escenario se presenta casi indefectiblemente cuando las pretensiones son individualmente no recuperables.

En cualquiera de los supuestos mencionados, y particularmente en el último, la finalidad de compensación directa se diluye y las circunstancias tienden a conspirar contra la efectiva punición del demandado. Es por ello que en estas situaciones los jueces deben acudir a algún mecanismo que permita, aunque más no sea, proceder a la distribución de los fondos obtenidos de manera indirecta sin exigir la determinación individual de la afectación sufrida por cada uno de los miembros del grupo.<sup>16</sup> Mecanismos de este tipo tienen la ventaja de lograr algún beneficio de relevancia para la clase afectada y (sobre todo) de evitar que la demandada escape a la condena y pueda obtener provecho de su conducta ilícita.<sup>17</sup>

Pues bien, cuando hablamos de *fluid recovery* nos referimos a este tipo de mecanismos de distribución indirecta de fondos obtenidos en el marco de acciones colectivas (sea en el contexto de un acuerdo transaccional, o bien con motivo de una sentencia de condena). Antes de avanzar cabe advertir que la doctrina y la jurisprudencia estadounidense utilizan también otra denominación para referirse al mecanismo: *cy pres*, o *cy pres distribution* (derivación del vocablo normando *cy pres comme possible*, el cual significa “tan cerca como sea

---

<sup>15</sup> BARNETT, Kerry “*Equitable Trusts: An Effective Remedy in Consumer Class Actions*”, 96 Yale L.J. 1591 (1987), 1594.

<sup>16</sup> Ver MULLENIX, Linda S. “*Should Mississippi Adopt a Class-Action Rule - Balancing the Equities: Ten Considerations That Mississippi Rulemakers Ought to Take Into Account in Evaluating Whether to Adopt a State Class-Action Rule*”, 24 Miss. C. L. Rev. 217, 238 (destacando la innecesariedad de probar los daños sufridos individualmente por cada uno de los miembros del grupo a la hora de aplicar la doctrina del fluid recovery).

<sup>17</sup> BARNETT, Kerry “*Equitable Trusts: An Effective Remedy in Consumer Class Actions*”, 96 Yale L.J. 1591 (1987), 1597-1598.

posible”).<sup>18</sup>

#### IV. LA APLICACIÓN DEL *FLUID RECOVERY* SEGÚN LOS CRITERIOS APORTADOS POR EL *AMERICAN LAW INSTITUTE*

Los Principios sobre Litigio Agregado que desarrolló el *American Law Institute*, publicados recientemente en su versión definitiva luego de un interesante proceso de crítica y discusión, abordan la herramienta del *fluid recovery* bajo la denominación *cy pres distribution* en el capítulo dedicado a los acuerdos transaccionales (§ 3.07). Allí, la obra presenta una serie de criterios a ser considerados por los tribunales a la hora de determinar en concreto si corresponde aplicar el remedio en cuestión y, en su caso, cómo proceder para hacerlo efectivo.<sup>19</sup>

La ubicación metodológica resulta por demás razonable si tomamos en consideración que la mayor parte de las acciones de clase promovidas en los Estados Unidos de América terminan en un acuerdo de este tipo.<sup>20</sup> Sin perjuicio de ello, entiendo que estos criterios también resultan útiles para supuestos en los cuales la herramienta de *fluid recovery* es aplicada por medio de una decisión de mérito o bien en el contexto del procedimiento de ejecución de la sentencia (al menos bajo ciertas condiciones).

Veamos entonces cuáles son estos criterios.

---

<sup>18</sup> FORDE, Kevin M. “*What Can a Court Do with Leftover Class Action funds? Almost Anything*”, publicado en *The Judge’s Journal*, vol 35 nro 3 (summer 1996).

<sup>19</sup> “*Principles Of The Law Of Aggregate Litigation*”, American Law Institute Publications, 2010. Estos principios configuran una iniciativa en la cual participaron prácticamente todos los expertos estadounidenses en materia de litigio colectivo, la cual fue liderada por el Profesor Samuel Issacharoff en su carácter de reportero general.

<sup>20</sup> Ver el profundo estudio realizado sobre acciones de clase a nivel federal por FITZPATRICK, Brian T. “*An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards*”, 7 *J. Empirical L. Stud.* 811 (2010).

El primero de ellos puede enunciarse como el principio general en la materia y se encuentran en consonancia con la postura de Barnett a la cual hicimos referencia: los fondos resultantes del acuerdo o sentencia deben ser prioritariamente distribuidos en forma directa entre los miembros del grupo afectado.

Si los miembros del grupo pueden ser identificados individualmente a través de un esfuerzo razonable y las sumas de dinero a distribuir son suficientemente altas como para tornar el reparto individual económicamente viable, los resultados del acuerdo (insisto: aquí puede leerse también “sentencia de mérito”) deben ser entregados directamente a los miembros de la clase.

El segundo criterio se refiere a aquellos fondos que no fueran reclamados por los miembros del grupo. También aquí se establece la prioridad de la distribución directa. En este orden, se sostiene que el acuerdo (o la sentencia) debe prever el modo en que habrá de disponerse de los fondos que no fueran distribuidos individualmente entre los miembros del grupo a pesar de haberse ordenado actuar en tal sentido.

Esta situación de “fondos remanentes” puede producirse cuando no es posible identificar a los miembros del grupo, o bien cuando –estando identificados- ellos eligen no participar en la distribución (elección muchas veces forzada, como vimos, por la falta de incentivo suficiente). En tales supuestos también debe buscarse una forma para que el dinero llegue a los bolsillos de los miembros del grupo, salvo que las sumas fueran tan pequeñas que la distribución se tornara económicamente inviable o bien existieran otras razones específicas por las cuales, en el caso concreto, tal distribución fuera “imposible” o “injusta”.

El tercer criterio establece el mecanismo de *fluid recovery* o *cy pres distribution* como una verdadera alternativa excepcional y subsidiaria. Así, se señala que el tribunal sólo

puede acudir al mecanismo de *fluid recovery* en el supuesto que la distribución individual no resulte posible o fuera abiertamente inconveniente. De darse esta situación, se prevé también cómo determinar el destinatario de tales fondos. Primero, el tribunal debe requerir a las partes que identifiquen un destinatario cuyos intereses se aproximen razonablemente a aquéllos de la clase. Además el tribunal debe analizar e investigar el asunto (no puede quedarse sólo con lo expuesto por las partes frente a su requerimiento). Segundo, y sólo en caso de no existir un destinatario con las características indicadas, podrá autorizarse que las sumas vayan a parar a los bolsillos de cualquier otro tercero.

De acuerdo con los comentarios que acompañan los criterios explicados hasta aquí, estos Principios de Litigio Agregado parten de la premisa que la distribución de los fondos en forma directa a los miembros del grupo cumple mejor con la finalidad de la ley sustantiva que cualquier otra solución por la cual tales fondos sean asignados a terceras personas que no han sido directamente afectadas por la conducta de la parte demandada. De allí que se insista con la distribución directa y se considere al *fluid recovery* como un mecanismo subsidiario y excepcional.

Para terminar con este apartado vale la pena señalar que un reciente estudio destaca la necesidad de establecer mejores prácticas para la distribución de fondos resultantes de acciones de clase cuando no es posible asignar individualmente el resultado de la condena obtenida. Según dicho estudio, la falta de estándares que regulen los alcances del *fluid recovery* ha provocado en los Estados Unidos de América al menos cuatro tipo de problemas. Problemas que debemos tener en cuenta para evitar, a saber: (i) el resultado del proceso es desviado y no llega a los miembros de la clase; (ii) dos de los principios fundantes de las acciones de clase (reparación y desaliento de conductas ilícitas colectivas) son ignorados; (iii) el dinero que

podría utilizarse para cumplir el propósito del propio litigio que lo genera se aplica a otras necesidades; y (iv) las distribuciones cuestionables permiten que se argumente sobre la necesidad eliminar o limitar fuertemente las acciones de clase.<sup>21</sup>

## V. RECEPCIÓN DEL *FLUID RECOVERY* EN EL CÓDIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR BRASILEÑO

El CDC brasileño contempla la posibilidad de juzgar colectivamente conflictos que involucran derechos individuales homogéneos. Con relación a ello, en su art. 95 dispone que, en caso de acogimiento de la pretensión, la condena será genérica y se limitará a fijar la responsabilidad de la parte demandada por los daños causados.

¿Qué implica una condena genérica? Implica que la sentencia determinará la responsabilidad de la demandada (*an debeatur*) pero no el monto que debe abonar con motivo de esa responsabilidad (*quantum debeatur*). Ese monto será determinado en una etapa procesal subsiguiente mediante la presentación de cada uno de los miembros del grupo, quienes deberán acreditar su pertenencia a tal grupo (relación de causalidad individual) y liquidar el monto del daño sufrido individualmente.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> SNYDER, Harry y ECHOLS, Tanecia “*Protecting Class Action Settlements*”, p. 1 (disponible en <http://www.cypresfunds.net/docs/Protecting%20Class%20Action%20Settlements.pdf>).

<sup>22</sup> Se trata de un instituto de origen italiano que ha sido receptado en el proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente N° 25.675. Sobre los alcances de este proyecto que cuenta todavía con estado parlamentario por haber sido reingresado recientemente en la Cámara de Diputados de la Nación, me remito a VERBIC, Francisco “*El proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente n° 25.675. En búsqueda de un sistema procesal colectivo para la reparación del daño ambiental en la República Argentina*”, RePro N° 157 (marzo 2008), Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, Brasil. Allí también pueden verse algunas precisiones respecto del instituto de la condena genérica.

Como afirma Rodrigues Wambier, frente al claro texto del art. 95 CDC no cabe admitir otro tipo de condena. Por otro tipo de condena me refiero a una que determine no sólo la responsabilidad del demandado sino también el monto que éste debe abonar.<sup>23</sup> Esta particularidad del régimen brasileño torna a la acción colectiva en tutela de derechos individuales homogéneos en algo muy similar a la *issue class action* prevista en la Regla 23(c)(4).<sup>24</sup>

Más allá de eso, en lo que más nos interesa para este trabajo, cabe advertir que esta particularidad del régimen torna indispensable proceder a la liquidación de la sentencia en una etapa posterior del proceso. Según lo dispuesto por el art. 97 del CDC, la liquidación de esta condena genérica puede ser promovida por las víctimas y sus sucesores, así como también por los legitimados colectivos previstos en el art. 82 del CDC.<sup>25</sup>

En caso de procederse a la liquidación y ejecución individual, como señalamos hace un momento, cada miembro del grupo deberá acreditar dos extremos: (i) el derecho del acreedor individual a beneficiarse de la condena (lo cual surgirá de la acreditación de su condición de miembro del grupo afectado); y (ii) el valor que individualmente le

---

<sup>23</sup> RODRIGUES WAMBIER, Luiz “*Liquidacao da Sentenca Civil Individual y Coletiva*”, 4º edicao, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2009, p. 308.

<sup>24</sup> GIDI, Antonio “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países del derecho civil*”, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pp. 28, 62-64. Sobre el uso de esta posibilidad de certificar una clase para la discusión de una cuestión determinada del conflicto, ver FARLEIGH, Jenna G. “*Splitting the Baby: Standardizing Issue Class Certification*”, 64 Vand. L. Rev. 1585, 1591 (2011) (señalando que la mayoría de los tribunales interpreta la Regla 23(c)(4) como una habilitación para certificar cuestiones determinadas aun cuando se estime inapropiado certificar todas las cuestiones que se presentan en un caso determinado).

<sup>25</sup> Con alguna discrepancia en este sentido ver RODRIGUES WAMBIER, Luiz “*Liquidacao da Sentenca Civil Individual y Coletiva*”, 4º edicao, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2009, pp. 311, 280-292 (argumentando que el Ministerio Público carece de competencia para promover acciones en defensa de derechos individuales homogéneos y, por tanto, también carece de competencia para instar su liquidación y ejecución salvo en el supuesto del art. 100 del CDC).

corresponde de acuerdo con las circunstancias de su situación particular.<sup>26</sup>

En lo que hace a la liquidación y ejecución colectiva de la decisión, encontramos que la misma se encuentra habilitada cuando hubiera transcurrido un año sin que se hubieran presentado suficientes sujetos para liquidar individualmente sus acreencias (art. 100 del CDC). Según lo establece este artículo, la suficiencia del número debe ser determinada por el juez con relación a la gravedad del daño ocasionado por la demandada. Como apunta Rodríguez Wambier, la previsión establecida en el art. 100 del CDC tiene por finalidad “*definir el quantum de la lesión globalmente causada y ya no los daños individualmente sufridos por cada uno de los lesionados individualmente considerados*”.<sup>27</sup>

El dinero obtenido mediante la aplicación de este mecanismo de liquidación es destinado al Fondo creado por la Ley de Acción Civil Pública (en adelante “LACP”).<sup>28</sup> Se trata de una muestra más sobre cómo ambas leyes (CDC y LACP) operan en conjunto y coordinadamente. Y se trata claramente de un mecanismo de *fluid recovery*,<sup>29</sup> lo cual se desprende de la finalidad que persigue ese Fondo: reconstruir los bienes lesionados.<sup>30</sup>

## VI. RECEPCIÓN DEL *FLUID RECOVERY* EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR ARGENTINA

El mecanismo de distribución fluida de fondos fue

---

<sup>26</sup> RODRIGUES WAMBIER, Luiz “*Liquidacao da Sentença Civil Individual y Coletiva*”, 4º edicao, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2009, p. 311.

<sup>27</sup> RODRIGUES WAMBIER, Luiz “*Liquidacao da Sentença Civil Individual y Coletiva*”, 4º edicao, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2009, p. 312.

<sup>28</sup> Lei 7347/1985.

<sup>29</sup> GIDI, Antonio “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países del derecho civil*”, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 64.

<sup>30</sup> Art. 13 de la Lei 7.347/1985.



receptado por el nuevo art. 54 de la LDC, gracias a la reforma operada sobre ésta por la Ley N° 26.361. Dicha previsión establece que -en el supuesto que no sea posible individualizar a los usuarios o consumidores afectados por la conducta ilícita de la demandada- el juez podrá ordenar que la condena sea instrumentada “*en la forma que más beneficie al grupo*”.

En líneas generales, y ante la ausencia de una regulación detallada sobre la materia, es lícito afirmar que las formas que puede asumir este tipo de mecanismos de “recuperación fluida” en Argentina no tienen más límite que la discrecionalidad del juez (y, lógicamente, la justificación racional que éste debe brindar para sostener la opción escogida). La única “condición” que impone la LDC para proceder a su utilización es que la solución sea la que más beneficie al grupo afectado.<sup>31</sup> De alguna manera esto recoge los principios de la jurisprudencia estadounidense en la materia en cuanto a la “cercanía” que debe tener la solución con respecto al grupo afectado.

Teniendo en cuenta que se trata de una previsión relativamente novedosa, vale la pena detenerse por un momento en una reciente decisión de la Sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial donde se abordó específicamente el problema generado por la falta de incentivos de los miembros del grupo para presentarse a liquidar individualmente sus acreencias. El caso fue promovido por dos asociaciones de defensa del consumidor, quienes se presentaron ante la justicia en forma sucesiva reclamando que la empresa C&A Argentina S.A. dejara de percibir de manos de sus clientes el cargo por “*gestión de cobranzas*”. Igualmente, solicitaron la restitución

---

<sup>31</sup> Una variable conocida en la República Argentina desde hace un buen tiempo, aunque en otro campo del derecho, es la creación de un fondo especial –similar al creado por la LACP brasileña- para ser aplicado en alguna obra o actividad que beneficie al grupo afectado (art. 34 de la Ley General del Ambiente N° 25.675). Esta norma dispone la creación de un *Fondo de Compensación Ambiental* con finalidades de diversa índole.

de las sumas de dinero percibidas por ese concepto.<sup>32</sup>

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la pretensión incoada por ambas asociaciones y condenó a la empresa demandada a pagar al grupo representado por aquéllas una indemnización que ascendía a más de tres millones de pesos. Igualmente, dispuso que los miembros del grupo debían ser citados por edictos para presentarse a cobrar la suma que individualmente les correspondiera, y que –aquí lo que más nos interesa– aquellos montos no reclamados debían destinarse a organizaciones de fomento y de defensa del consumidor.

Apelada la decisión por todas las partes intervinientes, la Cámara confirmó la condena y modificó el destino de los fondos no reclamados. En este sentido, dispuso que fueran distribuidos por partes iguales entre las autoridades de aplicación de la LDC a nivel local y nacional,<sup>33</sup> para que éstas los aplicaran en programas de prevención, educación y formación de los consumidores, o bien los distribuyeran entre las organizaciones de defensa del consumidor debidamente registradas.

Para confirmar la decisión de primera instancia la Cámara señaló expresamente que compartía la premisa que sirvió de base al juez para resolver el asunto del modo en que lo hizo. Esta premisa no es otra que la falta de regulación legal y de pautas jurisprudenciales adecuadas para resolver en qué debe consistir la condena en este tipo de casos y el modo en que dichas decisiones deben implementarse. Ante este vacío

---

<sup>32</sup> CNCom, Sala C, sentencia única del 24/11/2011 en las causas acumuladas “*ASOCIACIÓN DE DEFENSA DE DERECHOS DE USUARIOS Y CONSUMIDORES Y OTROS contra C&A ARGENTINA S.C.A. sobre ORDINARIO*” (expediente n° 36041.07; Com. 8, Sec. 15) y “*ASOCIACIÓN POR LA DEFENSA DE USUARIOS Y CONSUMIDORES contra C&A ARGENTINA S.A. sobre ORDINARIO*” (expediente n° 31742.07; Com. 8, Sec. 15).

<sup>33</sup> *Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor*, dependiente de la Subsecretaría de Atención Ciudadana del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; *Subsecretaría de Defensa del Consumidor*, dependiente de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación.

legal y jurisprudencial, la Cámara estuvo de acuerdo con el juez de primera instancia en que ambas cuestiones deben quedar libradas a la discreción del magistrado.

Tratándose de uno de los primeros casos donde se aplica el mecanismo de *fluid recovery* en la República Argentina, es interesante destacar dos cosas. Primero, el modo en que la Cámara reconoció la amplia discreción que tienen los jueces en la materia. Y segundo, cómo -al justificar la decisión- dejó bien en claro que los fondos obtenidos como consecuencia de una condena colectiva de este tipo no pueden (nunca, bajo ningún concepto) quedar en manos de la parte demandada ya que ello implicaría garantizar un lucro derivado de su accionar ilícito.<sup>34</sup>

Es de lamentar que los proyectos de ley sobre acciones de clase que actualmente se encuentran en trámite en el Congreso de la Nación (por lo menos ocho) carecen de regulación alguna sobre el tema a pesar de la importancia que reviste este tipo de mecanismos de liquidación para garantizar que el proceso colectivo cumpla con sus finalidades.

## VII. EL CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA

Tal como se explica en la exposición de motivos que acompaña la iniciativa, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (en adelante “CM”) fue gestado en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal durante la presidencia del Dr. Roberto O. Berizonce.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Para un análisis más detallado del caso y sus implicancias, me remito a VERBIC, Francisco “*Condena de restitución colectiva: el destino de los fondos no reclamados y el mecanismo de fluid recovery (o de cómo garantizar que la demandada no lucre con su actividad ilícita)*”, de próxima publicación en la Revista de Derecho Comercial, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.

<sup>35</sup> La versión final del Código Modelo se encuentra disponible en [http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdireitoprocessual.org.br%2FfileManager%2FCodigo\\_Modelo\\_de\\_Procesos\\_Colectivos\\_Para\\_Iberoamerica.docx&ei=YgpnT5-](http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdireitoprocessual.org.br%2FfileManager%2FCodigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_Para_Iberoamerica.docx&ei=YgpnT5-)

Liderado por tres juristas brasileños (Ada Pellerini Grinover, Antonio Gidi y Kazuo Watanabe) y contando con la activa participación de muchos de los más importantes especialistas de la región, el proyecto recogió especialmente las experiencias brasileña y estadounidense en materia de tutela colectiva de derechos y logró como producto final un cuerpo normativo con aportes originales que configura en la actualidad un interesante marco de referencia para futuras reformas procesales en la región.<sup>36</sup>

En lo que hace a la liquidación colectiva de la sentencia de mérito, el CM establece lo siguiente en el primer párrafo de su art. 27: “Liquidación y ejecución por los daños globalmente causados: *Transcurrido el plazo de un año sin la comparecencia de los interesados en número representativo y compatible con la gravedad del daño, podrán los legitimados del artículo 3 promover la liquidación y ejecución colectiva de la indemnización debida por los daños causados*”. Según la exposición de motivos que acompaña al CM, con esta previsión “*el Código adopta la solución de la fluid recovery del sistema norteamericano*”. Ello así por cuanto los fondos que sean así liquidados y ejecutados deben ser “*vertidos con destino al Fondo*”.<sup>37</sup>

Para comprender a cabalidad el alcance de esta norma es necesario formular un par de aclaraciones respecto del contexto procesal en el cual opera. En ese orden, debemos tener presente que el CM establece como principio que la sentencia

---

zOci\_tgeHuuJ9DQ&usg=AFQjCNEdmIZARIGjws7XTRfFyc\_4UCIUJg.

<sup>36</sup> Conf. Exposición de Motivos, punto 5. “*El modelo aprobado se inspira, en primer lugar, en aquel que ya existe en los países de la comunidad iberoamericana, completando, perfeccionando y armonizando las reglas existentes, de modo de llegar a una propuesta que pueda ser útil para todos. Evidentemente, se analizaron la sistemática norteamericana de las class actions y la brasileña de las acciones colectivas, pero la propuesta ahora presentada se aparta en diversos puntos de los dos modelos, para crear un sistema original, adecuado a la realidad existente en los diversos países iberoamericanos*”.

<sup>37</sup> Exposición de motivos, punto 6.

de condena colectiva debe determinar las sumas individuales que corresponden a cada miembro del grupo, siempre que ellos fuera posible. Al mismo tiempo, siguiendo las aguas del CDC brasileño, contempla la posibilidad que esa condena resulte “genérica”.<sup>38</sup>

En cualquiera de ambos supuestos (condena que determina el monto individual a abonar / condena genérica de responsabilidad), opera lo dispuesto por el art. 27. Esto es, transcurrido un año sin la comparecencia de interesados en número razonable con relación a la gravedad del daño ocasionado por la parte demandada, podrá liquidarse la sentencia en forma colectiva y disponer que los fondos resultantes sean asignados al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos establecido por el art. 8 del CM. Tal como dispone dicho art. 8, el dinero será destinado a “*la reconstitución de los bienes lesionados o, si esto no fuere posible, a la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita, entre otras que beneficien el bien jurídico perjudicado*”.<sup>39</sup> Se trata claramente

---

<sup>38</sup> “Arts. 22. Sentencia de condena. *En caso de procedencia del pedido, la condena podrá ser genérica y fijará la responsabilidad del demandado por los daños causados así como el deber de indemnizar.*

*Par. 1º. Siempre que fuere posible, el juez determinará en la propia sentencia colectiva el monto de la indemnización individual debida a cada miembro del grupo.*

*Par. 2º - 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, la sentencia colectiva indicará el valor o la fórmula de cálculo de la indemnización individual.*

*Par. 3º - El miembro del grupo que no esté de acuerdo con el monto de la indemnización individual o la fórmula para su cálculo establecidos en la sentencia colectiva, podrá deducir una pretensión individual de liquidación.”*

<sup>39</sup> “Art. 8º. Acción indemnizatoria. *En la sentencia que condene a la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado, el juez dispondrá que la indemnización sea vertida al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos, administrado por un Consejo Gestor Gubernamental, del que participarán necesariamente miembros del Ministerio Público, jueces y representantes de la comunidad, sus recursos serán destinados a la reconstitución de los bienes lesionados o, si esto no fuere posible, a la realización de actividades*

de una distribución fluida de los montos obtenidos como resultado de la condena colectiva.

## VIII. CIERRE

Con el presente trabajo buscamos presentar algunas de las razones por las cuales puede resultar útil acudir a la doctrina del *fluid recovery*, así como también cuáles son –a grandes rasgos y en términos de principio- las pautas generales que gobiernan su aplicación.

Igualmente, buscamos demostrar que el mecanismo ya encuentra recepción positiva en nuestra región en materia de protección de consumidores y usuarios. Este punto no es menor puesto que la recepción normativa facilita su aplicación, especialmente si consideramos que los países de la región son tributarios (casi sin excepción) de la tradición jurídica de

---

*tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita, entre otras que benefician el bien jurídico perjudicado.*

*Par. 1 - El Fondo será notificado sobre la deducción de toda acción colectiva y sobre las decisiones más importantes en tales procesos y podrá intervenir en los procesos colectivos en cualquier tiempo y grado de la jurisdicción para demostrar la inadecuación del representante o para auxiliarlo en la tutela de los derechos del grupo, categoría o clase.*

*Par. 2º - El Fondo llevará registros que discriminen el origen y destino de los recursos, e indicará la variedad de bienes jurídicos a ser tutelados y su ámbito regional.*

*Par. 3º - En atención a la especificidad del bien jurídico dañado, a la extensión territorial afectada y a otras circunstancias consideradas relevantes, el juez podrá determinar, en decisión fundamentada, el destino de la indemnización; dictará las providencias que deban ser tomadas para la reconstitución de los bienes afectados; podrá ordenar la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita, entre otras, que benefician el bien jurídico tutelado.*

*Par. 4º - La decisión que especifique el destino de la indemnización indicará, de modo claro y preciso, las medidas que deberán ser tomadas por el Consejo Gestor del Fondo, así como el plazo razonable para que tales medidas sean practicadas.*

*Par. 5º - Terminado el plazo fijado por el juez, el Consejo Gestor del Fondo presentará un informe de las actividades realizadas, siéndole posible, según sea el caso, requerir la prórroga del plazo para complementar las medidas fijadas en la decisión judicial”.*

derecho continental europeo y por tanto sus jueces tienden a exigir una autorización legal expresa para poder proceder en tal sentido.

Quedará para otra oportunidad formular un análisis detallado de las modalidades que este mecanismo puede asumir, más allá de la bien conocida conformación de un fondo especial para ser destinado a finalidades específicas relacionadas con la situación del grupo afectado.

