

April, 2011

EL PROCEDIMIENTO DE RECUPERACIÓN FLUIDA (FLUID RECOVERY) EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS COLECTIVAS DE CONSUMIDORES.

Gabriel Martinez Medrano

Comisión y tema: Derecho procesal constitucional. III: Los procesos colectivos. 9. el principio de non bis in idem y los efectos de la cosa juzgada en los procesos colectivos. Su conexión con la representación adecuada. Autor: Gabriel Martinez Medrano. Dirección postal: Uruguay 560, 10 of 101, Capital Federal, Telefono 011 4371 1555, email gabrielmartinezmedrano@gmail.com

Síntesis: la ponencia analiza el mecanismo de ejecución de una sentencia recaída en acciones colectivas vinculadas a derechos individuales homogéneos, llamado sistema de recuperación fluida o “Fluid recovery”.

EL PROCEDIMIENTO DE RECUPERACIÓN FLUIDA (*FLUID RECOVERY*) EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS COLECTIVAS DE CONSUMIDORES.

Gabriel Martinez Medrano

En una sociedad grande e impersonal, las acciones colectivas son la última barricada de protección del consumidor contra los fraudes que causan pequeños daños a grandes grupos de personas. (Corte de Apelaciones de California 3r Circuito).

1. Delimitación del tema.

En la presente ponencia nos proponemos desarrollar el mecanismo llamado “recuperación fluida” (en inglés *fluid recovery*) tendiente a hacer efectivo el cumplimiento de una sentencia colectiva que ordena pagar una suma de dinero a un grupo indeterminado de consumidores.

Nos referimos a sentencias recaídas en procesos colectivos¹ que tienen por objeto la defensa de derechos individuales homogéneos de consumidores, es decir que el objeto de la condena es divisible y el demandado ha sido condenado a pagar una suma de dinero a cada consumidor.

El procedimiento de “recuperación fluida” es utilizado cuando es imposible o muy dificultosa la individualización de cada consumidor o si es posible lo primero resulta imposible estimar la suma que corresponde restituir a cada consumidor en forma individual.

Esta situación se puede presentar en los procesos llevados adelante por los legitimados colectivos del art. 52 de la Ley 24.240 (en adelante citada como LDC) cuando el objeto de la misma es la restitución de sumas de dinero indebidamente cobradas por el proveedor a los consumidores.

¹ Utilizamos en forma indistinta los términos “acciones colectivas”, “procesos colectivos” o “acciones de clase”.

Asumimos entonces que estamos en presencia de acciones colectivas o acciones de clase, en las cuales se admitió la legitimación activa del reclamante y donde se determinó la existencia de una conducta ilícita del demandado, a consecuencia de la cual debe restituir a sus clientes en dinero y no en especie.

2. Contenido de la sentencia de condena colectiva a pagar sumas de dinero.

La sentencia condenatoria recaída en un proceso colectivo vinculado a derechos individuales homogéneos puede adoptar varios matices. Uno de ellos es establecer una declaración general de responsabilidad del demandado dejando para un juicio posterior la fijación de la cuantía y el mecanismo para el cumplimiento de la sentencia. Otra opción es dictar una sentencia que establezca claramente las pautas para la liquidación, liquidación y asignación de los fondos obtenidos de la ejecución.

El tenor de la sentencia estará supeditada a los hechos que fueron materia de controversia y la realidad fáctica tiene tantos matices que resulta dificultosa una sistematización.

No obstante, la doctrina norteamericana², agrupa las acciones colectivas en dos tipos: “*upstream*” y “*downstream*”.

En los casos *upstream* el daño deriva de una conducta única del demandado y es uniforme para todas las víctimas afectadas por dicha conducta ilícita. Siendo que el daño es uniforme, su liquidación es relativamente sencilla, ya sea porque aparece en los libros del demandado (ej. Cargos ilícitamente cobrados) o porque se efectúa una distribución a pro rata entre los damnificados. Según Issacharoff, la mayoría de los casos que involucran a consumidores son de este tipo y por ello existe un gran desarrollo de acciones de clase en materia de fraudes a consumidores.³

El segundo tipo de acciones que identifica el experto son las que llama “*downstream cases*”, siendo el prototipo de estos casos las acciones de clase por daños personales, en las cuales existe un tramo común que establece la responsabilidad del demandado (culpa, relación de causalidad y

² Issacharoff, Samuel “Group Litigation of Consumer Claims: Lesson from de U.S. experience”, Texas International Law Journal, n° 135, 1999, p 146/7.

³ Op y pg cit en nota anterior.

determinación de daños), pero la liquidación de los daños sufridos por cada consumidor deben ser liquidados en forma individual.⁴

El mecanismo de fluid recovery puede ser de utilización en los primeros de los casos, es decir cuando el monto a restituir es una suma poco significativa *per cápita* con lo cual no habrá incentivos para liquidar y reclamar los daños en forma individual.

A los fines de evitar dilaciones en el cumplimiento de la sentencia, cuando la cuantía de los montos a restituir, considerados globalmente son de sencilla estimación (centavos per cápita que surgen de la contabilidad del accionado) abogamos por que la sentencia sea lo más autosuficiente posible, estableciendo los parámetros para exigir su cumplimiento de modo colectivo si necesidad de instar nuevos procesos.

Debe tenerse en cuenta que las acciones colectivas se rigen supletoriamente por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y por ello la sentencia deberá dar cumplimiento con el art. 163 y en lo que aquí nos importa deberá contener *“La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte”* y *“El plazo que se otorgase para su cumplimiento, si fuere susceptible de ejecución.”*

En el sistema argentino, y de acuerdo con las normas citadas, el juez deberá en la sentencia, en la medida de lo posible, establecer la obligación clara y concreta en cabeza del demandado y establecer un plazo para su cumplimiento, no limitándose a dictar una sentencia declarativa de condena genérica.

El art. 54 LDC instruye al juez que, en la misma sentencia, fije los parámetros para su cumplimiento.

Por ello estimamos que, en la medida que existan elementos que así lo permitan, no debería dictarse sentencias meramente declarativas de

⁴ Issacharoff, cit, p 147. En Brasil, la doctrina enseña que, en la liquidación de sentencia de condena genérica, cada liquidante deberá probar, en contradictorio, la existencia de su daño personal y su nexo causal con el daño globalmente causado, además de estipular su cuantía. El proceso de liquidación de esta sentencia difiere del procedo de liquidación tradicional, principalmente en cuanto a su objeto. Además de la cuantificación del daño se exige la prueba del nexo causal entre el daño individualmente reclamado y la responsabilidad que, en forma general, se estableció en el proceso colectivo. Conf. Thais Helena Pinna da Silva, “Liquidacao de sentenca nas acoes coletivas”, Jus Navigandi, Teresina, año 9nº 531 del 20/12/2004.

responsabilidad del demandado que dejen abierto el mecanismo para su cumplimiento y ejecución posterior, sino que en la propia sentencia habrá de ordenarse la conducta clara y concreta que deberá llevar adelante el condenado.

En lo que hace a sentencias recaídas en procesos colectivos de consumidores resulta de aplicación el art. 54 LDC que estipula en su parte pertinente: *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.*

3. Liquidación de la sentencia colectiva que ordena pagar sumas de dinero.

Si la sentencia es autosuficiente, en el sentido que basta un cálculo aritmético para su liquidación, el mismo podrá ser efectuado por las partes o por el perito contable que se hubiera designado.

En las acciones colectivas divisibles la complejidad puede venir de la mano de la gran cantidad de legitimados activos (consumidores) a quienes habrá de identificarse y estimar la suma que cada uno deberá recibir, pero es posible que la cuantía global sea de fácil estimación por surgir de libros del accionado.

En el caso de que la condena sea a pagar una suma de dinero en concepto de daños, el art. 54 LDC establece que el juez deberá estimar la suma respetando el principio de reparación integral.

Esta solución está receptada en el art. 165 in fine: *“La sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su*

existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto.”

En el caso de liquidación y distribución de los montos asignados a cada consumidor, si la liquidación es a prorrata o surge de los libros del demandado la cuantía que debe restituirse a cada consumidor, estimamos que el Juez podrá ordenar dicha restitución y encomendar al perito contable la liquidación final. Entendemos plenamente justificada esta solución por la complejidad que implica la liquidación para gran cantidad de damnificados, siendo entonces el experto contable quien debe aplicar sus conocimientos y herramientas que hoy en día provee la tecnología para liquidar los daños en forma individual.

La solución planteada en el párrafo precedente tiene sustento en el art. 516 del CPCC que indica que: “ *Siempre que las liquidaciones o cuentas fueren muy complicadas y de lenta y difícil justificación o requirieren conocimientos especiales, serán sometidas a la decisión de peritos árbitros o, si hubiere conformidad de partes, a la de amigables componedores.*”

Si se trata de la restitución de sumas de dinero ilícitamente cobradas, la primera opción que indica el art. 54 LDC es la de utilizar los mismos mecanismos por los cuales se cobró el dinero, es decir la restitución en cuenta con la liquidación siguiente a la fecha en que quede firme la liquidación. Del ese modo si se trata de cobros bancarios, de tarjetas de crédito, empresas de TV por cable y similares se deberán acreditar los fondos en las facturas siguientes compensando las deudas hasta la de menor valor.

El problema en la ejecución de la sentencia surge cuando no se puede localizar a los clientes del demandado – vg porque dejaron de serlo – o cuando no se puede determinar el monto a restituir a cada uno de ellos y solo se puede obtener una estimación global del ilícito perpetrado.

En estos casos, estimamos que la única regla fija será: La dificultad para implementar la restitución de las sumas ilícitamente cobradas no puede ser una valla para la promoción, trámite y ejecución de la acción colectiva. **En el último lugar que el dinero debe quedar es en el bolsillo del demandado condenado por cobrar conceptos ilícitos de sus clientes.**

Para ello, de ser necesario, el Juzgado deberá implementar un mecanismo que resguarde su derecho al cobro, pudiendo acudir – ante la falta de identificación de los ex clientes – al mecanismo del fluid recovery que se estudia en el punto siguiente.

4. El *Fluid Recovery*.

Las acciones colectivas de consumidores tienen tres objetivos: hacer efectivos los derechos de los consumidores, obtener la restitución de las ganancias ilícitamente percibidas y disuadir al demandado de la comisión de futuras infracciones.⁵ Uno de los propósitos de las acciones de clase consiste en proveer un remedio efectivo a las personas para las cuales no es económicamente factible obtener la satisfacción a su derecho dentro del marco tradicional de una multiplicidad de pequeños reclamos individuales por daños causados.⁶

Hacer efectivos los derechos de los consumidores implica que la decisión judicial tenga consecuencias prácticas que benefician al grupo de consumidores afectados por la conducta ilícita del demandado.

Es decir que la sentencia judicial debe proveer un mecanismo para que la misma sea ejecutada y para que los consumidores que integran el grupo o clase afectada por la conducta enjuiciada sean directa o indirectamente beneficiados por la decisión judicial.

El caso prototipo en materia de acción colectiva de consumidores nos presenta una clase amplia, miles, incluso millones de personas, las cuales cada una de ellas tienen un reclamo individual de escaso monto. De hecho, el monto pequeño de cada reclamo es una de las justificantes de su planteo en forma colectiva.⁷

⁵ Note, *Equitable Trust: An Effective Remedy in Consumer Class Actions*, 96 YALE L.J. 1591/4 (1987) cit por Hillebrand Gail y Torrence Daniel, "Claims Procedures in Large Consumer Class Actions and Equitable distribution of Benefits", *Santa Clara Law Review*, 1988, p. 747.

⁶ *Newberg On Class Actions*, pto 1.05 a 7 (1977) cit por Hillebrand, op y pg cit.

⁷ Así se ha dicho: El objetivo de la ley de acción de clase en California es la protección del consumidor mediante la disuasión. En consecuencia, no es de extrañar que los tribunales tiendan a favorecer acciones de clase cuando las prácticas de un demandado afecten a un gran número de consumidores, pero los daños considerados en forma individual son demasiado pequeños para justificar una demanda. Sin la acción de clase, el autor del acto ilícito podría mantener los beneficios de su conducta ya que no habría un demandante potencial en condiciones de presentar una demanda. De hecho, la Corte Suprema de California recientemente ha declarado que la baja probabilidad de que cada miembro de la clase esté interesado en presentar su reclamo por separado es un importante elemento a tener en cuenta en la decisión de un tribunal sobre la conveniencia de certificar una clase." Karas, Stan. "The role of fluid recovery in consumer protection litigation: *Kraus v. Trinity Management Services*". Publicada en N° 90 *California Law Review*, 2002 pg 959.

Por ello, la decisión que se limite a declarar el derecho de los consumidores y a establecer un mecanismo de reclamo individual, podrá ser teóricamente impecable, pero en la práctica implica desguarnecer el derecho de cada uno de los consumidores, ya que el desaliento para el reclamo individual implicará la falta de cumplimiento del decisorio.

En los casos en que es imposible o impracticable establecer las indemnizaciones en forma individual y resulta manifiestamente impracticable la división y restitución de fondos, las legislaciones en materia de acciones colectivas han establecido mecanismos por los cuales los consumidores afectados por la conducta ilícita sean compensados aunque sea indirectamente.

Para casos en los cuales resulta altamente dificultoso o imposible hacer llegar el producido de la indemnización a cada consumidor, la doctrina primero y luego la jurisprudencia han diseñado un procedimiento de ejecución colectiva de sentencias en acciones de clase, denominado recuperación fluida o *fluid recovery*.

En la literatura especializada en “class actions” existe alguna imprecisión sobre el término *fluid recovery*. Algunos autores equiparan dicho término con el latinazgo “*cy pres*”⁸, otros los consideran institutos distintos⁹ y un tercero grupo considera que el “*cy pres*” es una especie de “*fluid recovery*”.^{10 11}

Básicamente se entiende que la recuperación es fluida cuando se obtiene por algunos de los siguientes métodos¹²;

- a. reducción de precios futuros.¹³ Se entiende que si un comerciante ha cargado ilícitamente un sobreprecio, obligarlo a reducir su precio futuro para que restituya el sobrecargo beneficiará a los compradores regulares de dicho producto.

⁸ Karas, Stan, op cit.

⁹ Naca Class Action Guidelines – Revised. Guideline 7, Cy pres Awards, punto B. Discussion.

¹⁰ Sentencia del Juez Jack B. Weinstein en el caso Schwab et al v. Philip Morris et al, US District Court for the Eastern District of New York. En adelante citada como Weinstein, Sentencia.

¹¹ Newberg indica que la frase “fluid recovery” ha sido usada para referirse a diferentes métodos de distribución indirecta de los fondos no reclamados individualmente que fueron recuperados en una acción de clase. Asimismo el autor ha referido que se trata del procedimiento de calculo global de daños y distribución de la suma de daños colectiva que no fuera reclamada individualmente por los miembros del grupo dañado a través de la doctrina de cy pres o de otra doctrina, Newberg on Class Actions, 10:17 n. 7 (4th Edic 2002).

¹² Mencionados por la Sentencia de Weinstein, punto 1.a) con citas jurisprudenciales para cada uno de ellos.

¹³ Este método se llama “price rollbacks” y requiere que la empresa demandada baje sus precios por un periodo de tiempo hasta que las ganancias ilícitas sean restituidas a sus compradores. Ventajas y desventajas del método son analizadas por Hillebrand – Torrence, pg 764.

- b. Distribución de los fondos no reclamados individualmente por los consumidores a entidades no gubernamentales que los empleen en beneficio indirecto de los consumidores que fueron parte del reclamo (*cy pres*)
- c. Distribución de la totalidad de los fondos a pro rata entre los consumidores que pudieron ser identificados o que se presentaron a reclamar en el procedimiento individual.
- d. Entrega de los fondos no reclamados al Estado, particularmente a los organismos encargados de defensa del consumidor.¹⁴

La sentencia del Judge Weinstein en el caso *Schwab et al v. Philip Morris* señala que todos estos métodos tienen en común su intento de lidiar con algunos de las realidades y desafíos que presentan los litigios en masa que plantea la sociedad moderna. El decisorio cita a Monograph quien describe la complejidad del moderno litigio de masas y los intentos de los Tribunales de hacer un delicado equilibrio entre el pragmatismo que requiere la distribución de los fondos al por mayor con la justicia para los litigantes individuales.¹⁵

Los juicios masivos presentan problemas complejos para los tribunales en orden al cálculo y distribución de los daños. Si se requiriera la comparecencia personal de cada uno de los miembros de la clase afectada, el Tribunal deberá organizar un “*desfile de actores*”, como gráficamente señaló la sentencia Antibiotic Antitrust Action (333, F. Supp at 289).

A ello se le suman los problemas de prueba que plantean los casos colectivos donde el daño per cápita es menor. Así en el caso “California v. Levi Strauss & Co, 41, Cal 3d 460, 472, 1.986 (sobre precio en compra de jeans) se dijo: “*cuando los reclamos individuales son pequeños, los tradicionales métodos de prueba no tienen relevancia ya que muchos consumidores no guardarán tickets o facturas de pequeñas compras por un largo tiempo.*”

¹⁴ Este mecanismo se llama “escheat” y proviene de una asimilación con el instituto de la herencia vacante que pasa al Estado. Debido a que el dinero que ingresa a “Rentas generales” rara vez retorna en beneficios directos al grupo de consumidores, el Escheat es el último remedio según la Corte Suprema de California. Ver Hillebrand – Torrence, pg 765.

¹⁵ Monograph, Individual Justice in Mass Tort Litigation (1995) cit por Weinstein, Sentencia, pg 491.

Por otra parte, aún en los casos en los que la responsabilidad global del demandado puede ser calculada fácilmente, a través de un daño fijo por cliente o la estimación de una suma global, la distribución a todos los afectados puede resultar imposible. (Mexico Money Transfer Litig 267 F 3d 743; Six Mexican Workers v. Arizona Citrus Growers, 904 F 2d1301, 9th Circ. 1990).

El mecanismo de recuperación fluida (*fuid recovery*) a menudo podrá significar una forma razonable y justa para litigar estos casos complejos y distribuir daños y perjuicios sin una carga insoportable para los tribunales y los litigantes.¹⁶

Uno de los métodos más utilizados de recuperación fluída es el llamado “*cy pres*”.

Cy pres deriva del vocablo normando “cy pres comme posible” que significa “tan cerca como sea posible”¹⁷. El propósito de la distribución cy pres es poner los fondos no distribuidos individualmente en el uso que sea más cercano al mejor uso posible para compensar a los consumidores que formaron parte de la clase agredida por la conducta ilícita del demandado. Dicho de otro modo, los fondos no reclamados individualmente se distribuirán para un fin tan cercano como sea posible de los objetivos legítimos que subyacen en la demanda colectiva.¹⁸

La doctrina de cy pres se origina en el derecho de los fideicomisos de beneficencia en los EEUU. En ese contexto, ella establece que cuando los términos literales de un fideicomiso son imposibles seguir, los fondos deben ponerse en el siguiente mejor uso, de acuerdo con los fines del fideicomiso.

19

En materia de acciones colectivas, la doctrina de cy pres se aplica en los casos en que resulta imposible o dificultosa la distribución de los fondos obtenidos por la sentencia a cada uno de los consumidores. Así, en el caso *Boyle v. Giral* se aplicó dicho método porque la distribución directa de los

¹⁶ Charles Alan Wright & Arthur R. Miller, Federal Practices and Procedures, 1784 (1972), Developments in the Law – Class Actions, 89 Harvard Law Review, 1454, 1564 (1976).

¹⁷ 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).

¹⁸ Yospe, Sam. “Cy Pres Distributions in Class Action Settlements”, Columbia Business Law Review, vol 2009, n° 3, p 1018.

¹⁹ G. Bogert, The Law of Trusts And Trustees (2nd Ed, 1977), cit por Hillebrand G y Torrence D, “Claims.....” op cit, p. 762.

fondos obtenidos en la acción colectiva era impracticable, teniendo en cuenta la existencia de importantes ventajas para el consumidor propuestos en la acción colectiva tales como la restitución de ganancias mal habidas, la disuasión de futuros sobreprecios y de manipulación del mercados.²⁰

En un caso muy citado por la doctrina americana, la Corte Suprema de California dijo que la doctrina *cy pres* se aplicaba si era imposible plantear la acción por la dificultad para la distribución de los fondos. El Tribunal señaló que la recuperación fluida es necesaria cuando la distribución es impracticable, y cuando sin la recuperación fluida o el *cy pres* la acción nunca podría compensar a los consumidores o disuadir al demandado. Añadiendo que de no existir este procedimiento, el demandado, basándose únicamente en una baja tasa de reclamos de los consumidores, podría beneficiarse tanto de la natural lentitud de los procedimientos judiciales, como de la falta de sofisticación y la indolencia de los consumidores, viendo recompensada su previsión de sustraer fondos a una multitud, de a pequeñas cantidades.²¹

En definitiva, lo que se pretende impedir es que el demandado se vea beneficiado por la imposibilidad de identificar a sus víctimas o de distribuir el dinero mal habido entre ellas. De este modo la acción colectiva cumplirá con su función disuasoria y los fondos recaudados servirán en forma indirecta al grupo de consumidores afectados.

A los fines de esto último debe haber un nexo entre el daño causado a la clase y el beneficio que se piensa obtener de la utilización de los fondos obtenidos a través del decisorio judicial.²² Los fondos deben ser destinados al fin más próximo al requerido en la demanda. Si se trata de sobreprecios en la venta de garrafas de gas, los fondos deberán revertir, por ejemplo, en el tendido de una red de gas natural en un barrio afectado. Si se trata de daños por productos elaborados, los fondos podrían destinarse a la prevención en el consumo de alimentos o medicamentos, como podría ser una campaña de información por medios masivos de comunicación.

²⁰ Citado por Gilles Myriam, "Class Dismissed: Contemporary Judicial Hostility to Small Claims Consumer Class Actions", Cardozo School of Law, Working Paper n° 278, Noviembre 2009, p 20

²¹ Suprema Corte de California, Bruno v. Superior Court de 1981, citado por Hillebrand & Torrence, op cit, p 762.

²² Yospe, op cit p 1019.

La aplicación de la doctrina cy pres implica, por lo general, tres pasos. En primer término debe declararse la responsabilidad general del demandado en una sola acción colectiva en la cual se estime la totalidad de los daños causados y se ordene el pago de los mismos a un fondo común. El segundo paso implica otorgar a los consumidores, en forma individual, un plazo para que reclamen su porción individual del daño, usualmente a través de un proceso simplificado y sumarísimo. Una vez que se vence el plazo establecido para los reclamos individuales, los fondos remanentes deben ser depositados a la orden del Tribunal para ser aplicados en beneficio de la clase de consumidores en general a través de la doctrina cy pres.²³

Encontramos varios ejemplos de la aplicación de la doctrina en distintos repertorios de jurisprudencia.

En *Diamond Chemical Co. V. Akzo Nobel Chems B.V* (2007) se reclamó por violación al derecho de la competencia por la fijación ilícita de precios de un producto químico y se llegó a un acuerdo por el cual el demandado pagaría una suma determinada a un fondo común ya que era imposible determinar el daño individual causado a cada consumidor. El Tribunal destinó el uso de los fondos para el desarrollo del Centro para el Derecho de la Competencia, un instituto de estudios en la Universidad George Washington. Se tuvo en cuenta que el daño había sido causado por una conducta monopólica y que el mencionado centro estudiaría el derecho antimonopolios.²⁴

En el caso *Motorsport Merchandise Antitrust Litigation* (2001) se reclamó la restitución de sobreprecios en la venta de productos de merchandising de la categoría NASCAR de carreras de autos en los cuales el demandado ostentaba el carácter de único oferente. Siendo imposible determinar las personas que habían comprado el merchandising con sobreprecio se decidió aplicar la doctrina cy pres y destinar el dinero a organizaciones de caridad.²⁵

En el caso *Bruno v. Superior Court* (1981) la Corte de Apelaciones de California aprobó la utilización de la doctrina de fluid recovery. La demanda alegaba que el demandado había fijado precios ilícitos en la venta de leche en supermercados. El Tribunal ordenó una baja de precios para la leche

²³ Los tres pasos son referidos en Weinstein, Sentencia, pg 493.

²⁴ El caso es citado y criticado por Yospe, op cit pg 1019.

²⁵ Yospe, op cit pg 1030/1.

hacia el futuro que compensara a los futuros compradores y de esta manera restituir las ganancias ilegales (método *price rollback*).

En *Levi Strauss & Co* (1986) se demandó a la compañía de jeans por sobrepuestos en esos productos. Se llegó a un acuerdo por el cual la demandada abonaría una suma global de 12.5 millones de dólares. Se estimó que a cada consumidor defraudado le corresponderían 40 centavos de dólar, con lo cual el costo de la distribución era mayor que el dinero a repartir. Por ello la Corte de California aprobó la utilización de los fondos mediante la doctrina de *cy pres*.²⁶

En otros casos se dispuso destinar el dinero para uso de interés público como ser la educación respecto de la industria en la cual la responsabilidad fue establecida o el destino de fondos a los Fiscales para litigar exclusivamente nuevos casos vinculados con la industria hallada culpable.²⁷

En los reportes encontramos varios casos en los cuales se distribuyó el dinero en escuelas y centros educativos (*Coordinating Comité of Mechanical v Duncan, caso de Chicago de 1985; Lindy Bros Builders v. American Radiador & Standard Sanitary Corp, de California 1978*), a grupos que defienden derechos humanos (*Illinois v. J.W. Petersen coal & Oil Co., 1976; Liebman v. J.W. Petersen Coal & Oil Co, 1974; boothe v. recrion, 1974; Benaron vs Sears Roebuck & Co, 1975*) y a fundaciones para el estudio de la salud (*West Virginia v. Chas. Pfizer Y Co, 1970; Sanchez v. Lowell Leberman Inc, Texas 1979*) entre otros.

Tal como señalamos anteriormente, es importante que exista un nexo entre el caso y el destino de los fondos asignados por *fluid recovery*.²⁸

5. Posibilidad de aplicar la doctrina de la recuperación fluida en el derecho del consumidor argentino..

El art. 54 de la Ley 24.240 ofrece una interesante gama de posibilidades al juez, con una elasticidad que permite la aplicación de los institutos de la liquidación individual y colectiva de sentencia.

²⁶ Karas, Stan, pg 7.

²⁷ New York v Dairylea Coop (1985), citado por Foer, Albert A "Enhancing Competition Through The Cy Pres Remedy: Suggested Best Practices", *Antitrust*, vol 24, n° 2 Spring 2010, pg 87. Cabe poner de resalto que los casos en los cuales se destinó el dinero para las oficinas de fiscales habían sido promovido por dichas oficinas.

²⁸ Foer, Albert, "Enhancing Competition...." P. 86.

Luego de repasar una serie de alternativas, el artículo 54 indica que *“si no pudieran ser individualizados – se refiere a los consumidores beneficiarios de la sentencia - , el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado.”*

Esta forma en que *“más beneficie al grupo afectado”* equivale al mecanismo *“fluid recovery”* que hemos desarrollado en el presente trabajo, pudiendo el juez en consecuencia destinar la suma global que resulte del daño producido a un fin que indirectamente beneficie al grupo de consumidores que fueron representados en el juicio colectivo.

Entendemos que una futura reglamentación de las acciones de clase debería profundizar en el mecanismo de la recuperación fluida que se presenta como un método de evitar la impunidad de quien, aprovechando la ley de los grandes números, perjudica a muchos por poco en el convencimiento que la dispersión de las víctimas, el desconocimiento de sus derechos y la falta de incentivos será una valla para que presenten su reclamo ante un Juez. No está de más recordar que las acciones colectivas son la forma en que los reclamos de minimis ingresen al sistema judicial, se trata de un mecanismo de acceso a la justicia para hacer valer los derechos que de otro modo solo valdrían el peso de la hoja de papel en que están consagrados.

6. Conclusiones:

Las acciones colectivas tienen una triple finalidad, hacer que los derechos de los consumidores, consagrados en la Constitución en el art. 42 se tornen operativos en la práctica; reparar de la manera más eficiente posible los daños causados a los consumidores y poner freno a las conductas ilícitas que causan pequeños daños a grandes grupos o colectivos sociales.

En Argentina no está suficientemente reglamentada la ejecución de sentencias colectivas de restitución de sumas de dinero, con lo cual se impone una reglamentación.

De ningún modo la reglamentación deberá poner vallas a la obligación de restituir por parte del demandado condenado.

Hasta tanto exista una reglamentación sobre la posibilidad de ejecución colectiva de sentencias, los jueces, al amparo del art. 54 LDC, están habilitados para utilizar las herramientas prácticas existentes en el Derecho y la experiencia de países que llevan años de implementación de acciones colectivas y que se presentan como soluciones a los problemas vernáculos.

En toda ejecución de sentencias colectivas deberá considerarse especialmente el principio de la reparación integral, con lo cual la falta de identificación de las víctimas o la imposibilidad de distribución entre ellas, no puede ser óbice para que el demandado pague el daño global causado el que deberá ser destinado a finalidades que guarden estrecha vinculación con los derechos que fueron reconocidos en la sentencia colectiva.

© 2011 Gabriel Martinez Medrano.