

## ACCIONES DE CLASE Y RESARCIMIENTO DE DAÑOS AL CONSUMIDOR EN CASOS DE MENOR CUANTÍA: SU REGULACION EN LATINOAMERICA

Pamela Tolosa<sup>1</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

La literatura del análisis económico del derecho considera a los casos de daños al consumidor de menor cuantía como reclamos de *valor esperado negativo*<sup>2</sup>. Así, se trata de supuestos de daños en los cuales los costos esperados de iniciar un litigio individual superen los beneficios esperados y, consecuentemente, los consumidores no tendrán incentivos para hacerlo.

Las acciones de clase en estos casos suelen ser analizadas, desde la teoría económica, como un problema de “acción colectiva”<sup>3</sup>. Rubenstein (2006) propone un enfoque diferente pero complementario al anterior, en el

---

<sup>1</sup> Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina.

<sup>2</sup> Sin embargo, la noción de “*classes with negative-expected-value litigants*” es más amplia, pues también incluye los casos de reclamos insignificantes, sin valor, “frívolos”, que el sistema debería desalentar. Al respecto, ULEN, Thomas (2011), “An Introduction to the Law & Economics of Class Action Litigation”, *European Journal of Law & Economics*, 32:185-203; BONE, Robert G. (2003), *The economics of civil procedure*, New York: Foundation Press, citado por ULEN, Thomas (2011), cit.; RUBENSTEIN, William B. (2006), “Why Enable Litigation? A Positive Externalities Theory of the Small Claims Class Action”, *UCLA School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. 06-10, Vol. 20, Num. 10*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=890303>; ALEXANDER, Janet (2000). “An introduction to Class Action Procedure in the United States”, disponible en: [www.law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf](http://www.law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf)

<sup>3</sup> En el sentido de Mancur OLSON (1967), en *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press. Al respecto, puede verse: MACEY, Jonathan R. & MILLER, Geoffrey C. (1991), “The Plaintiffs’ Attorney’s Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform”, *Yale Law School, Faculty Scholarship Series, Paper 1717*. [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1717](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1717); LAHAV, Alexandra (2003), “Fundamental Principles for Class Action Governance”, *37 Indiana Law Review* Vol. 37:65, disponible en: <https://mckinneylaw.iu.edu/ilr/pdf/vol37p65.pdf>; GRUNDFEST, Joseph A. & PERINO, Michael A., (1996) “The Pentium Papers: A Case Study of Collective Institutional Investor Activism in Litigation”, *Arizona Law Review*, Vol. 38:559, disponible en: [http://scholarship.law.stjohns.edu/faculty\\_publications/74](http://scholarship.law.stjohns.edu/faculty_publications/74); RANDALL, Thomas & HANSEN, Robert G. (1993), “Auctioning Class Action and Derivative Lawsuits: A Critical Analysis”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 87, No. 2. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1727632>

sentido que explica a las acciones de clase en casos de menor cuantía como una externalidad positiva<sup>4</sup>. Sugiere que el segundo enfoque pone énfasis en la acción de clase como un *bien público* y en los *finés* que como tal puede cumplir; mientras que el primero focaliza el problema en la falta de incentivos para accionar de los damnificados y en la acción de clase como el *medio* para lograr determinados fines. Destaca que considerar a la acción de clase para casos de valor esperado negativo como una externalidad positiva implica poner el foco en los efectos disuasivos que este instituto puede cumplir, aunque este enfoque teórico no se limita exclusivamente a dicho análisis.

En la doctrina jurídica, tradicionalmente se pone énfasis en la necesidad de garantizar el *acceso a la justicia* para el consumidor en reclamos de menor cuantía, y se focaliza en los aspectos relacionados con la legitimación extraordinaria y los requisitos de admisibilidad de la acción, vinculados a la primera fase del proceso. En el ámbito del derecho latinoamericano, esto resulta particularmente notorio. No obstante, cuando se analiza la etapa de liquidación de daños y ejecución de sentencia, aparecen problemas análogos que generalmente son soslayados. Aquí también incidirá la falta de incentivos para acceder a los mecanismos jurisdiccionales: si el consumidor percibe que puede sumarse a un proceso colectivo fácilmente, pero que resultará demasiado costoso -en relación a su beneficio individual-, llegar a cobrar algo, sus incentivos no serán suficientes para que decida acudir a la Justicia.

Así, uno de los problemas que se ha planteado en la literatura jurídica y en la praxis judicial, es la necesidad de garantizar la efectividad de la sentencia colectiva, principalmente, en dos situaciones: a) cuando no es posible identificar a los consumidores damnificados<sup>5</sup>; b) cuando los afectados no tendrán incentivos para reclamar la liquidación de los daños

---

<sup>4</sup> RUBENSTEIN, William B. (2006), cit.

<sup>5</sup> Por ejemplo, como ocurrió en el caso "ADECUA c/ Telefónica", en 1999, en Argentina, en el cual una asociación de defensa del consumidor inició una acción colectiva destinada a que se restituya a los usuarios de teléfonos públicos el "vuelto" que dichos dispositivos retenían.

individualmente sufridos, porque aún con una sentencia colectiva favorable, el costo esperado de hacerlo supere los beneficios esperados.

Esta clase de problemas adquiere diversa dimensión según se analice la acción de clase desde doctrina jurídica tradicional, desde la teoría de la *acción colectiva* exclusivamente, o se complemente con el punto de vista teórico de la *externalidad positiva*. Para el primer enfoque y el segundo, la falta de incentivos del consumidor para reclamar su compensación individual una vez dictada la sentencia colectiva favorable será un problema, y para el último sólo lo será en el caso en que no exista un mecanismo que garantice que el demandado internalice los costos de los daños. Las soluciones a tal problema pondrán el foco en el beneficio de la clase afectada o en el efecto disuasivo de la acción de clase, según el enfoque desde el que se aborden.

En el derecho latinoamericano se suele invocar la necesidad de que el dañador pague por la condena, no retenga en su poder las sumas de dinero correspondientes a las indemnizaciones, para que la conducta ilícita no se perpetúe en el tiempo o para eliminar los incentivos del dañador de continuar con dicha conducta<sup>6</sup>. Sin embargo, los diseños institucionales adoptados o usualmente propuestos no resultan necesariamente consistentes con estos argumentos.

El objetivo de este trabajo es analizar los problemas señalados en el contexto del derecho latinoamericano y desde el enfoque propuesto por Rubenstein (2006). Para evaluar las ventajas y desventajas de la regulación, en relación a los costos sociales, se distinguirán tres universos de casos dentro de los reclamos de menor cuantía o valor esperado negativo: 1) un universo de víctimas que comprenda algunas con incentivos suficientes para accionar y otras no, pero que las segundas

---

<sup>6</sup> VERBIC, Francisco (2012), "Liquidación Colectiva de Pretensiones de Consumo Individualmente No Recuperables", RIDB, Año 1 (2012), N° 6; GIDI, Antonio (2007), "A 'class action' como instrumento de tutela colectiva dos direitos", Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

puedan ser identificadas en número y monto de afectación individual; 2) un universo de víctimas sin incentivos suficientes para accionar pero que puedan ser identificadas en número y monto de afectación individual; 3) un universo de víctimas en el que no se cumpla ninguna de las condiciones anteriores. Concretamente, se analizará el caso del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículos 95, 97 y 100), de la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina (artículo 54) y de la regulación propuesta en el Código Modelo para Procesos Colectivos de Iberoamérica (artículo 27)<sup>7</sup>. Dado que se trata de países de tradición jurídica de derecho continental, sin trayectoria en acciones de clase por resarcimiento de daños, el diseño institucional que adopte la normativa vigente será de gran relevancia a los efectos de evaluar las consecuencias sociales de las alternativas en competencia.

## **II. Acciones de clase para reclamos de menor cuantía desde el enfoque de la acción colectiva y desde el enfoque de la externalidad positiva**

### **II.1. Acciones de clase y la teoría de la acción colectiva**

Desde la teoría económica, las acciones de clase de menor cuantía generalmente se analizan como problemas de “acción colectiva”. La noción de “acción colectiva”, a partir de Mancur Olson (1965)<sup>8</sup> hace

---

<sup>7</sup> El Código Modelo para Procesos Colectivos fue elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (Caracas, Venezuela, 2004), integrado por académicos de diferentes países iberoamericanos. Pretende ser un modelo que contribuya al desarrollo de los procesos colectivos en Iberoamérica. Así, puede leerse en su exposición de motivos: “...el Código ahora presentado, sin despreciar las experiencias de la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses transindividuales de diversos países, crea un modelo original, adherente a las reglas preexistentes en los ordenamientos iberoamericanos, que perfecciona y complementa. De ese modo, acaba perdiendo cualquier característica nacional y se constituye en un verdadero sistema iberoamericano de procesos colectivos, armonioso y completo, que podrá ser tomado como modelo por los países de nuestra comunidad, empeñados en la transformación de un proceso individualista en un proceso social.”

<sup>8</sup> OLSON, Mancur (1965), *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press.

referencia a todo problema que genera beneficios y/o costos para más de un individuo de modo tal que se requiere cierta coordinación de esfuerzos<sup>9</sup>. Asimismo, se refiere a cómo funcionan los grupos, cómo se generan incentivos para el accionar de un grupo y bajo qué condiciones se organizan los individuos colectivamente.

Olson demostró que en la mayoría de los grupos de interés, la participación del interés individual es considerablemente pequeña y los costos de informarse y actuar, generalmente, superan los beneficios de hacerlo. Asimismo, dado que los beneficios de la acción serían necesariamente compartidos por todos los miembros del grupo si cualquiera de ellos los obtiene, en el sentido de que presentarían las características de *bienes públicos* en sentido económico<sup>10</sup>, cada individuo que integre el grupo tiene incentivos para comportarse como *free rider*. Olson reflexionaba sobre cómo se lograba que existan muchos grupos en la realidad, funcionando en interés de todos sus miembros, cuando teóricamente el problema de *free rider* y de la falta de incentivos impediría que esto ocurra. La respuesta que encontró fue que ni los grupos ni la acción colectiva existen porque los individuos se han unido para lograr los pequeños beneficios que recibirán de la actividad colectiva; por el contrario, que la acción colectiva existe por otras razones<sup>11</sup>.

Según Olson, algunas organizaciones, como los gobiernos, existen a través de la coerción. Otras, son voluntarias, en las cuales hay “incentivos selectivos”, **beneficios colaterales o penalidades que alientan**

---

<sup>9</sup> MACEY, Jonathan R. and MILLER, Geoffrey P. (1991), cit.; RUBENSTEIN, William B. (2006), cit.

<sup>10</sup> No rivalidad, en el sentido de que el disfrute que haga un individuo respecto del bien no afecta al disfrute que puedan hacer otros; y no exclusión, que implicaría que no es posible excluir a ningún individuo del goce del bien.

<sup>11</sup> MACEY, Jonathan R. and MILLER, Geoffrey P. (1991), cit.; RUBENSTEIN, William B. (2006), cit.

a sus miembros más que los incentivos de la ganancia colectiva<sup>12</sup>. Asimismo, sugiere que la acción colectiva puede ocurrir en situaciones en las cuales existen sólo pocos individuos o firmas que se beneficiarían de la acción colectiva. Por último, Olson plantea que la acción colectiva podría tener lugar en grupos en los cuales sus miembros tengan intereses de diferentes magnitudes. Dichos grupos podrían ser privilegiados, en los cuales un integrante del grupo obtendría beneficios de perseguir los intereses del grupo que sobrepasen sus costos y podría, por lo tanto, ser esperable que actúe en representación del grupo (sería un miembro del grupo con un gran interés). Para resumir, Olson concluye que los grupos que tienen acceso a incentivos selectivos serán más proclives a actuar colectivamente para obtener bienes colectivos que aquellos que no lo tengan, y que los grupos más pequeños tendrán una probabilidad más alta de participar en acciones colectivas que los más numerosos. Precisamente, sostiene que la escasa participación de individuos en grupos que representan a numerosos afectados, como sería el caso de organizaciones de consumidores o ambientalistas, constituye una prueba empírica de su perspectiva teórica.

Los casos de reclamos de menor cuantía encuadran en la explicación de Olson sobre los problemas de la acción colectiva. En la medida en que un gran número de personas han sido afectadas por la conducta de otro y el daño para muchos de esos individuos (o todos) es pequeño, se puede predecir la falta de incentivos y la tendencia a comportarse como *free riders* de los afectados para la acción colectiva, en términos de Olson. Luego, la acción de clase es vista como un instrumento para superar los problemas que afectan la posibilidad de organizarse a un gran número de individuos en un proyecto común que persiga el interés de todos<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Menciona el ejemplo de los trabajadores que pueden haberse unido tradicionalmente en los sindicatos para evitar las molestias de los líderes sindicales, un incentivo selectivo negativo. Ver al respecto, OLSON, Mancur (1965), cit., pp. 67-68.

<sup>13</sup> BONE, Robert G. (2011), cit.

Frecuentemente se plantea que la forma de lograr la acción colectiva en la acción de clase es a través de la coerción: es decir, de un diseño institucional que determine que una vez certificada la clase, todos los afectados queden comprendidos en ella sin posibilidad de excluirse<sup>14</sup>. Así, se asume que, en estos casos, ningún afectado tendrá incentivos para accionar y por eso la acción colectiva sólo podrá lograrse desde la coerción. Sin embargo, empíricamente pueden darse situaciones en las cuales el universo de víctimas comprenda a un grupo con reclamos de valor esperado negativo y otro con pretensiones de valor esperado positivo. Sería un universo de víctimas en el cual sus miembros tengan intereses de diferentes magnitudes. Luego, algunos podrían tener incentivos para accionar en representación de toda la clase<sup>15</sup>.

## II.2. Acciones de clase y la teoría de la externalidad positiva

Rubenstein (2006) sostiene que el enfoque de la teoría de la acción colectiva explica *cómo* la acción de clase resuelve el problema de la falta de incentivos para litigar y de *free rider* en casos de reclamos de menor cuantía. Y que la teoría de la externalidad positiva complementa este enfoque porque pone el énfasis en *por qué* es necesario posibilitar el litigio. El llamado enfoque de la externalidad positiva analiza a la acción de clase como un medio para lograr el litigio pero considera que su función va mucho más allá de la compensación del o los actores. En este sentido, Rubenstein (2006) sostiene que mientras la teoría de la acción colectiva explica cómo conseguir la luz del faro, el enfoque de la externalidad positiva admira, además, la calidad de la luz del faro<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> MACEY, Jonathan R. and MILLER, Geoffrey P. (1991), cit.; RUBENSTEIN, William B. (2006), cit.

<sup>15</sup> En este sentido, argumenta ULEN: "*I have, following Professor Bone's and Professor Miller's superb lead, divided the world of class action litigation into groups of positive-expected-value and negative-expected value claimants. A moment's reflection will have shown, however, that the categorization is not exact. There are, of course, actual examples of both types of class. But there are also numerous examples of classes that consist of a mixture of positive- and negative-expected-value claimants*"; ULEN, Thomas (2011), cit.

<sup>16</sup> RUBENSTEIN, William B. (2006), cit.

Este enfoque parte de asumir que el litigio puede ser conceptualizado como un bien público<sup>17</sup>. Y sostiene que en los casos de reclamos de menor cuantía la falta de incentivos de los damnificados para iniciar el litigio individual da como resultado un nivel subóptimo de ese bien público.

Desde este enfoque, la acción de clase es vista como una intervención estatal en el mercado de litigios individuales, que permite a un damnificado o a un representante de los damnificados, accionar en representación de todos quienes padecen una afectación de valor esperado negativo. El objetivo que se perseguiría sería producir casos de reclamos de menor cuantía de manera tal de generar externalidades positivas en relación a tales procesos. En cuanto a cuáles son las externalidades positivas que fluyen del litigio, Rubenstein (2006) menciona que el resultado del litigio determina reglas que influyen en conductas futuras no sólo de los individuos que participan del proceso sino también de terceros y que tales reglas presentan los caracteres de un bien público<sup>18</sup>: no disminuyen con el uso que se haga de ellas y nadie puede ser excluido de su uso. Y agrupa los efectos de tales reglas en cuatro: a) efectos decreto; b) efectos acuerdo; c) efectos amenaza o disuasivos; d) efectos institucionales.

Rubenstein (2006) afirma que la resolución del caso implica el desarrollo y aplicación de un principio jurídico que influirá en el futuro en la conducta e implicará mayor certidumbre. A esa idea se refiere con “efectos decreto”. Por otra parte, argumenta que una transacción puede producir efectos similares a los que derivan de una sentencia, y a eso se refiere con “efectos acuerdo”. Si un litigante cuestiona con éxito una política que afecta a muchas personas, el demandado puede acordar

---

<sup>17</sup> En este sentido, afirma Rubenstein: “...litigation can be conceptualized as a public good, its pursuit produces positive externalities, and litigants in group-like situations therefore have incentives to free ride”; en RUBENSTEIN, William B. (2006), cit.

<sup>18</sup> Ver al respecto: POSNER, Richard A. (2003), *Economic Analysis of Law*, 6th edition, Aspen.



cambiar su conducta en relación a la clase entera a través de una transacción. Asimismo, una transacción con el demandado, puede estimular a que otros sujetos demandados o potenciales demandados o competidores, a cambiar su conducta en el mismo sentido que el demandado.

Con “efectos amenaza”, alude a los beneficios sociales que derivan de la sola amenaza del proceso judicial. El riesgo de enfrentar un litigio es un costo que las partes toman en cuenta en los procesos de toma de decisiones. Así, la posibilidad de ser demandado y eventualmente ser condenado puede implicar un incentivo significativo para invertir en prevención de manera tal de evitar las consecuencias de enfrentar un proceso judicial. La amenaza de ser condenado a pagar por los daños causados puede generar los incentivos adecuados para invertir en prevención y evitar incurrir en responsabilidad civil<sup>19</sup>. Los casos de reclamos de menor cuantía presentan un ejemplo claro de situaciones en las cuales esto no funciona. Un proveedor, por ejemplo, puede afectar a un gran número de consumidores con un daño de magnitud pequeña, y especular con que no será demandado por ninguna de las víctimas pues el costo de hacer un reclamo individual supera los beneficios esperados. Podría obtener así una ganancia significativa de su conducta en perjuicio de los consumidores afectados, sin tener ninguna consecuencia de ello. Existen numerosos ejemplos de esta clase de casos<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> CALABRESI, G., *The Costs of Accidents. A Legal and Economics Analysis*, Yale University Press, 1970; ACCIARRI, Hugo A. (2015), *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños (edición argentina)*, LA LEY, Thomson Reuters, Buenos Aires; ACCIARRI, Hugo A. (2012), “Análisis Económico del Derecho de Daños”, cap. IV, en COOTER, Robert y ACCIARRI, Hugo A. (Directores), *Introducción al Análisis Económico del Derecho de Daños*, Thomson Reuters-Civitas, Santiago de Chile; COOTER, Robert and ULEN, Thomas (1997), *Law & Economics*, cap. VIII, Addison-Wesley.

<sup>20</sup> A título ilustrativo puede mencionarse el famoso caso “Liebeck v. McDonald's Restaurants”, en el cual el demandado fue condenado a pagar daños punitivos por vender el café a una temperatura alta con la finalidad de obtener una ventaja comparativa en ventas y especulando con la baja probabilidad de ser demandado por las potenciales víctimas de daños de menor cuantía derivados de quemaduras que eventualmente pudieran sufrir.

Luego, la acción de clase permite internalizar los costos de los daños de menor cuantía. Precisamente, la literatura del análisis económico del derecho de daños pone énfasis en este argumento para justificar la acción de clase para reclamos de valor esperado negativo<sup>21</sup>. En la medida en que implica un medio para lograr que los reclamos de menor cuantía se planteen en un proceso judicial, puede generar un efecto disuasivo. En otros términos, la acción de clase incrementa significativamente la probabilidad de que el proveedor sea demandado y condenado; en consecuencia, puede generar los incentivos adecuados para internalizar los costos de los daños de menor cuantía.

Por último, Rubenstein (2006) señala una ventaja adicional de la acción de clase que denomina “efecto institucional”: el desarrollo de *enforcement* privado. La acción de clase permite instrumentar el *enforcement* a través de consumidores, abogados y asociaciones provenientes del ámbito privado. Y diversificar el *enforcement* entre agentes públicos y privados implicaría una ventaja en términos de eficiencia, en relación a la alternativa del monopolio del *enforcement* por parte del Estado. No puede dejar de mencionarse que las acciones de clase han sido fuertemente cuestionadas por los costos derivados de problemas de selección adversa en relación a conflictos de intereses que se suelen suscitar entre los incentivos de los representantes de la clase y los afectados, entre otros. Más allá de eso, parece razonable suponer que fomentar el *enforcement* privado – en tanto la dispersión entre quienes lo ejercen incrementa la

---

<sup>21</sup> Así, sostiene ULEN: “*The legal system can assist these claimants by making it possible for them to form a class. Why should it do so? There are two related reasons. First, the costs to the members of the small-claim class of organizing themselves so as to recover from the defendant or defendants are prohibitively high. Second, without the assistance of the law to organize a class, thereby allowing the plaintiffs to proceed against the defendant or defendants, the wrong that the defendant or defendants have inflicted on the members of the group may not be deterred. Allowing for a relatively low-cost method of certifying a small-claim class can, therefore, realize a significant social benefit.*”, ULEN, Thomas (2011), cit.

probabilidad de que sea efectivo -puede ser más eficiente que concentrar el *enforcement* en el monopolio del Estado<sup>22</sup>.

### **II.3. Ventajas del enfoque de la externalidad positiva para analizar la acción de clase en casos de resarcimiento de daños al consumidor**

La conceptualización de la acciones de clase en términos de externalidad positiva presenta ventajas relevantes para comprender el potencial de la acción de clase en cuanto a las funciones que puede cumplir y como instrumento para lidiar con los casos de reclamos de menor cuantía de los consumidores. Si bien se trata de una conceptualización complementaria al enfoque de la acción colectiva, Rubenstein (2006) argumenta que este enfoque permite superar algunos problemas que éste presenta para explicar adecuadamente el funcionamiento de la acción de clase.

En primer lugar, explicar la acción de clase como un problema de acción colectiva suele resultar confuso pues se presta para que los juristas frecuentemente asuman que la acción de clase implica un grupo de personas que arriban en masa a los tribunales, y muchos soslayan el hecho de que en realidad el litigio a través de un representante en un proceso colectivo es precisamente lo opuesto. Dado que la acción de clase es vista como un medio para superar un problema de acción colectiva, se suele erróneamente pensar que implica que la acción colectiva efectivamente ocurre<sup>23</sup>.

En segundo lugar, conceptualizar la acción de clase como un problema de acción colectiva parece sugerir que el valor primario de la acción de clase es el beneficio de aquellos individuos en el colectivo representado.

---

<sup>22</sup> Ver al respecto: GLOVER, J. Maria (2012), *The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law*, 53 Wm. & Mary L. Rev. 1137, <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol53/iss4/3>

<sup>23</sup> RUBENSTEIN, William B. (2006), cit.

En contraste, el enfoque de la externalidad positiva sugiere que lo que se pierde con la ausencia de litigio en los casos de reclamos de menor cuantía, son beneficios sociales que exceden a las partes en sí mismas. En este sentido, Rubenstein (2006) afirma que la distinción entre el enfoque de la acción colectiva y el enfoque de la externalidad positiva, podría ser visto como análogo a la distinción entre compensación y prevención. La acción de clase desde el enfoque de la acción colectiva en casos de reclamos de menor cuantía, pone el foco en cómo asegurar beneficios para los damnificados que integran la clase. El enfoque de la externalidad positiva, en cambio, pone el foco en cómo asegurar los efectos disuasivos que el litigio puede generar<sup>24</sup>.

En la medida en que aporta argumentos que explicitan el potencial de la acción de clase para generar beneficios sociales más allá de los beneficios de las partes en sí mismas, permite evidenciar las ventajas de la acción de clase aun en casos en los cuales las víctimas no participarán del proceso<sup>25</sup>. Luego, este enfoque explica mejor las ventajas de lograr la ejecución de la sentencia colectiva dictada a través de una acción de clase cuando no resulta posible compensar a las víctimas del daño individualmente.

En consecuencia, esta teoría explica por qué institutos como el *fluid recovery* presentan ventajas en términos de eficiencia aun cuando el destino de las sumas pagadas por el demandado no sea compensar a las víctimas<sup>26</sup>. La doctrina jurídica suele insistir en la necesidad de ejecutar la sentencia dictada en el marco de una acción de clase con contenido patrimonial, aun cuando los afectados no se presenten a liquidar sus

---

<sup>24</sup> RUBENSTEIN, William B. (2006), cit.

<sup>25</sup> HILLEBRAND, Gail and TORRENCE, Daniel (1988), *Claims Procedures in Large Consumer Class Actions and Equitable Distribution of Benefits*, 28 Santa Clara L. Rev. 747. Disponible en: <http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol28/iss4/2>

<sup>26</sup> CASSONE, Alberto and RAMELLO, Giovanni Battista (2011), *The Simple Economics of Class Action: Private Provision of Club and Public Goods*. Forthcoming, *European Journal of Law and Economics*, 32:205–224. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1857393> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1857393>

daños, pero las razones que justifican esta decisión suelen no ser muy claras. Al mismo tiempo, muchos problemas para lograr que la sentencia sea efectiva se suelen soslayar en la doctrina jurídica y otros aparecen cuando el objetivo de resarcir a las víctimas se prioriza para todos los casos. En definitiva, esto conspira con la posibilidad de lograr regular adecuadamente la acción de clase para el resarcimiento de daños.

Resulta interesante, entonces, analizar cómo estos aportes teóricos pueden contribuir a lograr un diseño institucional adecuado de estos institutos. Especialmente, en el ámbito del derecho latinoamericano en el cual la regulación de las acciones de clase todavía es incipiente o inexistente en la mayoría de los países.

### **III. El problema de la ejecución de la sentencia en la acción de clase: universos de casos y diseño institucional**

#### **III.1. Universos de casos: algunas distinciones**

Generalmente, cuando se hace referencia a los reclamos de menor cuantía, se asume que todo el universo de casos estará comprendido por damnificados que no tendrán incentivos para iniciar un proceso judicial; que se trata de casos con valor esperado negativo para los litigantes<sup>27</sup>. Tanto desde el enfoque de la acción colectiva como desde el enfoque de la teoría de la externalidad positiva, la acción de clase se estudia como un instrumento para lidiar con estos casos y se asume que comprende a un grupo uniforme de reclamos con valor esperado negativo.

Sin embargo, empíricamente pueden presentarse situaciones en las cuales la clase de consumidores afectados esté integrada por reclamos de valor esperado negativo y reclamos de valor esperado positivo<sup>28</sup>. Esta

---

<sup>27</sup> ULEN, Thomas (2011), cit.

<sup>28</sup> ULEN, Thomas (2011), cit.

circunstancia será relevante a los efectos del diseño institucional del procedimiento de la acción de clase cuando se refiere a pretensiones con contenido patrimonial.

Por otra parte, a los mismos efectos, algunas otras distinciones resultan de interés. Por ejemplo, aun cuando todos los casos comprendidos en la clase de consumidores damnificados sean reclamos de valor esperado negativo, el grupo puede resultar no uniforme en cuanto a la posibilidad de identificar a los damnificados o no, o de determinar el monto de sus daños o no. Luego, si el diseño institucional de las acciones de clase pretende adecuarse a un criterio de eficiencia, debería contemplar estas distinciones. Diversos aspectos del procedimiento de la acción de clase deberían analizarse y diseñarse poniendo el foco en tales cuestiones: la idoneidad del legitimado extraordinario para representar a la clase, los mecanismos de notificación a los miembros del grupo, los efectos y alcances de la sentencia colectiva<sup>29</sup>, entre otros. Aquí sólo me detendré en uno de esos aspectos en particular: los mecanismos para lograr que la sentencia sea efectiva.

A estos fines, al menos tres grupos de casos pueden identificarse:

**III.1.a.)** Un universo de víctimas que comprenda algunas con incentivos suficientes para accionar y otras no, pero que las segundas puedan ser identificadas en número y monto de afectación individual (aunque no puedan ser notificadas y participar de modo racional en el proceso).

En este supuesto, un mismo hecho del proveedor provocará daños a un grupo de víctimas con reclamos de valor esperado positivo y a otro grupo con valor esperado negativo. Supóngase el caso de una empresa de

---

<sup>29</sup> Para un análisis profundo sobre los efectos económicos de diversos modelos de cosa juzgada en el marco de acciones de clase, ver: ACIARRI, Hugo A and AZAR-BAUD, María José (2016), *Alternative Models of Res Judicata in Class Actions a Comparative Law & Economics Approach* (June 22, 2016). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2962684> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2962684>

servicio de telefonía que, unilateralmente y sin información previa a los usuarios incrementa las tarifas del servicio a todos sus clientes. Aquellos usuarios con un nivel de consumo muy alto, podrán tener una afectación de magnitud relevante que justifique iniciar un reclamo individual. Otros, probablemente la mayoría, sufrirán una afectación de escasa significación. Sin embargo, el número de afectados podrán ser identificados fácilmente – a través del registro de usuarios de la compañía- y probablemente también el monto de afectación será fácilmente determinable, sin necesidad de que cada usuario se presente a los estrados judiciales a liquidar sus daños individuales.

**III.1.b.)**Un universo de víctimas íntegramente comprendido por individuos sin incentivos suficientes para accionar pero que puedan ser identificadas en número y monto de afectación individual, aunque no puedan ser notificadas para que participen en el proceso – por resultar excesivamente costoso o imposible fácticamente hacerlo-.

Por ejemplo, podría ser el caso de un cobro indebido efectuado por un banco a todos sus clientes de sumas de escaso valor. Todos los clientes del banco serán las víctimas, y podrán identificarse fácilmente a través de los registros del demandado, tanto en número como en cuanto a su afectación individual. Podría darse la situación de que algunos afectados ya no sean clientes al momento de plantear la acción de clase o al momento de la sentencia. Y que por tal motivo no puedan ser localizados o notificados; sin embargo, el número total de damnificados y los montos de las afectaciones podría determinarse – en principio- a través de los registros del demandado.

**III.1.c.)**Un universo de víctimas en el que no se den las condiciones plasmadas en 1) y 2).

En estos casos no existirán incentivos para accionar pero tampoco será posible fácilmente identificar el número de víctimas y monto de las afectaciones. Por ejemplo, supongamos el caso de un fabricante de un edulcorante que promociona su producto diciendo que no contiene azúcar pero, en realidad, contiene un porcentaje de azúcar agregado. Se trataría de un caso de publicidad engañosa. Todos los consumidores que hayan adquirido el producto fueron engañados: la publicidad decía sin azúcar, pero contenía un porcentaje de azúcar. Algunos habrán sido individualmente más afectados que otros: por ejemplo, personas diabéticas o que por otras cuestiones de salud no puedan consumir azúcar. Pero ¿cómo identificar el número de afectados y el monto de las afectaciones?

### **III.2. Ejecución efectiva de la sentencia y *fluid recovery***

En los supuestos a), b) y c), desde la teoría de la acción colectiva, podría argumentarse que la acción de clase permite superar el problema de la falta de incentivos para accionar. En el caso a), además, existirá un grupo con incentivos para accionar que podría representar a todo el grupo afectado. Sin embargo, este enfoque puede hacer pasar desapercibido el problema de cómo lograr la compensación a los afectados: dado que cada consumidor damnificado sufre un daño de menor cuantía, planteada la acción de clase ante los tribunales, ¿cómo lograr la compensación individual? Si la acción de clase es un mecanismo de acción colectiva para beneficiar a los miembros del grupo de interés, ¿cómo lograr ese beneficio individual?

Aquí aparecen los mecanismos de *fluid recovery* como alternativas institucionales propuestas para intentar superar este problema<sup>30</sup> y,

---

<sup>30</sup> DURAND, Anna L. (1981), "An Economic Analysis of Fluid Class Recovery Mechanisms", *Stanford Law Review*, Vol. 34, 1981. LAVIE, Shay (2010), "Reverse Sampling. A Simple Proposal to Allocate the Proceeds of Low-Value Class Actions", *Preliminary Draft*, May 30, 2010, disponible en: [http://portal.idc.ac.il/He/ILEA/Home/Documents/Reverse\\_Sampling%20ILEA%202010.pdf](http://portal.idc.ac.il/He/ILEA/Home/Documents/Reverse_Sampling%20ILEA%202010.pdf);



desde el enfoque de la acción colectiva, resulta consistente exigir en estos casos que se garantice el beneficio de la clase afectada cuando la compensación individual no resulta posible. Respecto de los casos identificados como III.1.a), por ejemplo, podría proponerse una instancia para la liquidación individual para que aquellos que tengan incentivos para accionar se presenten; y una alternativa de *fluid recovery* para los restantes. Frecuentemente se prefieren alternativas como la restitución de sumas de dinero por los mismos medios que fueron percibidas, si pueden ser localizadas las víctimas. Otras alternativas para los casos en los que resulta muy costoso o imposible localizarlas suelen ser la reducción de precios o tarifas para toda la clase afectada o determinar el destino de la condena a un fondo o entidad benéfica que permita beneficiar a la clase afectada<sup>31</sup>.

Cuando se analiza la acción de clase desde el enfoque de la externalidad positiva, como se explicó, se pone el énfasis en el efecto disuasivo que puede lograr este instrumento en la medida que permite que el proveedor internalice el costo externo de los daños. Si el proveedor que causó daños fue condenado y paga, se favorece el efecto preventivo. Luego, lo más relevante es que el condenado efectivamente pague, más allá de que se logre la compensación efectiva o no de las víctimas. Así, desde este enfoque, si se persigue la eficiencia, debería optarse por la alternativa de *fluid recovery* que implique menores costos sociales de implementación,

---

RUIZ GARCÍA, Juan Antonio y CODERCH, Pablo Salvador (2002), "El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil. II. Presupuestos económicos, epidemiológicos, culturales y legales", InDret, Working Paper N° 103, Barcelona, 2002, disponible en: <http://www.famri.org/intro/>; HENSLER, Deborah R. (2000), "Class Actions Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain", 1ª edición, Santa Monica, RAND Institute for Civil Justice, p. 128; REDISH, Martin H., JULIAN, Peter y ZYONTZ, Samantha, (2009), "Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis", October 7, 2009. Florida Law Review. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1485047>; YURWIT, Lisa (2007), "Comments: Restitution in Consumer Protection Actions: Stop the Reliance on Reliance", University of Baltimore Law Review, Vol. 36, Iss. 3 Spring 2007, Article 7. Disponible en: <http://scholarworks.law.ubalt.edu/ubl/vol36/iss3/7>

<sup>31</sup> DURAND, Anna L. (1981), cit.

siendo irrelevante el destino de la condena, beneficia o no a la clase afectada<sup>32</sup>.

Generalmente se asume que los mecanismos de *fluid recovery* permiten cumplir este objetivo cuando no es posible lograr la compensación individual. Sin embargo, suele soslayarse que lograr ese efecto disuasivo implica necesariamente que pueda determinarse el número y monto de las afectaciones, para hacer efectiva la condena. En la clase de casos III.1.a) y III.1.b) resultaría posible, pues – aun cuando las víctimas no tengan incentivos para reclamar- identificar el número de víctimas y el monto de las afectaciones será factible. Pero en la clase de casos III.1.c), estas condiciones no se dan y, por lo tanto, no resultaría sencillo determinar los daños.

Luego, para los casos incluidos en c), las alternativas institucionales de ejecución colectiva de la sentencia y *fluid recovery* no resultan suficientes para lograr el efecto preventivo. Si los afectados no tienen incentivos para reclamar la liquidación individual, pero tampoco resulta posible identificar el número de afectados ni el monto de las afectaciones, ¿cómo determinar el monto de la condena?

En todos los casos de cuantificación en el marco de la ejecución colectiva de la sentencia existirán costos de error, pues necesariamente se soslayarán aspectos particulares de las afectaciones que sólo podrían plantearse en una instancia de liquidación individual. Y ello implicará que el efecto disuasivo que se predica de la ejecución de la sentencia será subóptimo. Sin embargo, en los casos planteados en III.1.c) directamente

---

<sup>32</sup> GILLES, Myriam (2010), *Class Dismissed: Contemporary Judicial Hostility to Small-Claims Consumer Class Actions*, 59 DEPAUL L. REV. 305, 322; ROSENBERG, David (2002), *Decoupling Deterrence and Compensation Functions in Mass Tort Class Actions for Future Loss*, 88 VA. L. REV. 1871, 1916-19; COFFEE, John C.Jr. (1983), *Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter Is Not Working*, 42 MD. L. REV. 215, 218; TIDMARSH, Jay (2014), *Cy Pres and the Optimal Class Action*, THE GEORGE WASHINGTON LAW REVIEW, Vol. 82:767.

podría plantearse que la estimación de los daños resulte imposible. La acción de clase, probablemente, no será la mejor estrategia para lidiar con esta clase de casos<sup>33</sup>. Otros instrumentos como, por ejemplo, los daños punitivos, probablemente tengan ventajas comparativas en términos de costos sociales. Luego, sería preferible que esta clase de casos no habiliten la instancia de certificación de la clase – o etapa procesal equivalente- para evitar un litigio colectivo en el cual no pueda resultar impracticable la condena.

En este sentido, Tidmarsh (2014) sugiere que, al certificar la clase el juez **debería aplicar un principio de “superioridad”**: sólo debería certificar la clase si y sólo si la acción de clase es superior, en términos de beneficios sociales, a otros instrumentos para resolver la disputa. La “superioridad” estaría determinada por los beneficios sociales netos esperados de admitir la acción de clase (es decir, descontados los costos sociales de la acción)<sup>34</sup>. De acuerdo a este criterio, asume que los casos de reclamos de valor esperado negativo podrían generalmente ser admisibles bajo este **criterio de “superioridad”**, si comprenden a numerosas víctimas con afectaciones pequeñas que impliquen que no tendrán incentivos para accionar<sup>35</sup>.

Luego, plantea que las acciones de clase de valor esperado negativo pueden ser de diversos tamaños. Ilustra la idea con un ejemplo hipotético

---

<sup>33</sup> En este sentido: TIDMARSH, Jay (2014), cit.

<sup>34</sup> Afirma, en este sentido: *“If the goal of a class action system is to achieve the greatest feasible level of deterrence consistent with victim compensation, then a court considering whether to certify a class action must start from a simple principle: courts should certify class actions if and only if they are superior to other forms for resolving a dispute. “Superiority” in this sense is determined by expected net social benefit (expected gross benefit less expected costs). Thus, a class action may be certified when it can be expected to yield more net social benefit—or, put differently, more feasible deterrence—than any other method for resolving the dispute. It must not be certified when some other form, or combination of forms, can be expected to yield a greater net social benefit.(...) Because class actions can entail significant costs, especially the loss of individual litigant autonomy and the attendant agency costs that separating the ownership and control of legal claims can cause, employing a class action only when its expected net benefits exceed the expected net benefits of other dispute- resolution forms makes sense”*; TIDMARSH, Jay (2014), cit.

<sup>35</sup> TIDMARSH, Jay (2014), cit.

de una tarjeta de crédito que efectúa un cobro indebido a sus clientes, y sostiene que se podrían construir diversas clases de afectados: por ejemplo, una clase que comprenda a todas las víctimas del país, una clase que solo alcance a las víctimas de Minnesota, o una clase que comprenda sólo a las víctimas que sufrieron una pérdida de al menos \$8. Para elegir la estructura de la clase a certificar, Tidmarsh (2014) sugiere que el juez **debería utilizar un principio de “optimalidad”**. Este principio exigiría elegir la clase que permita maximizar el beneficio social. En definitiva, sería la misma idea que la implicada en el principio de “superioridad”, pero el primero aplicaría para determinar si la clase debería ser certificada o no, y el segundo sólo para guiar la decisión del juez cuando existe la posibilidad de elegir entre más de una clase aparente<sup>36</sup>.

**La aplicación del principio de “optimalidad” que propone Tidmarsh (2014)** exigiría, en los casos de reclamos de valor esperado negativo, analizar la posibilidad fáctica de determinar el número y monto de las afectaciones al momento de determinar el alcance y estructura de la clase. Si se trata de casos en los cuales no resulta posible determinar el número de afectados y el monto de las afectaciones, la certificación de la clase no será la mejor estrategia. Admitir la clase en estos casos implicará asumir los costos sociales del litigio colectivo sin poder internalizar los costos de los daños, lo que implicará no alcanzar el efecto disuasivo buscado ni tampoco la compensación a las víctimas.

---

<sup>36</sup> En este sentido, afirma Tidmarsh: “Applying the social-welfarist insight to the problem of the optimal class and claim structure yields a simple answer: choose the class action that yields the greatest expected net social welfare. Although related to superiority, this “optimality principle” is nonetheless distinct. Superiority determines whether a class action should be certified in the first instance. Optimality is a choosing principle that guides a judge’s decision when more than one putative class action is pending before her. If a judge does not have multiple class actions from which to choose, a judge is not justified in using the optimality principle to deny class certification merely because a better class action could in theory be constructed. The better is not the enemy of the best; as long as the only putative class action pending before a judge is superior to nonclass alternatives, it should be certified.”; en TIDMARSH, Jay (2014), cit.

Así, si no resulta posible determinar de un modo razonable el quantum de la condena, el efecto disuasivo buscado con la sentencia no se logrará o será subóptimo. Se han planteado algunas estrategias para superar este problema. Aplicar la reducción de precios o tarifas durante un período de tiempo en beneficio de toda la clase afectada suele plantearse como un mecanismo de *fluid recovery* como una opción a tal fin, por ejemplo. Sin embargo, esta alternativa institucional presenta ciertas desventajas en términos de eficiencia que determina que sólo en casos muy acotados pueda generar beneficios sociales netos<sup>37</sup>.

Otra opción que suele plantearse, cuando resulta imposible determinar el número y monto de las afectaciones pero es factible determinar las ganancias que obtuvo el demandado, es que la condena sea equivalente al monto de las ganancias obtenidas con la conducta indebida. Adicionalmente, algunos autores distinguen, entre los objetivos de “prevención” y de “descarga” de las ganancias indebidas en la acción de clase.

No obstante, dos cuestiones relevantes deberían evaluarse en esta clase de soluciones: 1) si los costos de error en la cuantificación son compensados con los beneficios sociales que derivarían de la estrategia; 2) si no existen otros instrumentos disponibles que resulten más adecuados a esos fines – por ejemplo, la posibilidad de aplicar daños punitivos-. Esta evaluación debería realizarse, insisto, al momento de resolver la certificación de la clase (o en la etapa procesal equivalente), de modo de definir su alcance con la previsión de cómo proceder al momento de la determinación del quantum de la condena y evitar litigios colectivos que resulten con una condena de responsabilidad sin ejecutar, o cuya ejecución implique más costos que beneficios sociales.

---

<sup>37</sup> Ver al respecto: DURAND, Anna L. (1981), cit.

#### **IV. La regulación en Latinoamérica: algunos ejemplos**

A continuación presentaré dos casos de regulación de la ejecución de la sentencia en el derecho latinoamericano: el Código de Defensa del Consumidor de Brasil (en adelante, CDCB) y la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina (LDCA). Asimismo, la propuesta de Código Modelo Iberoamericano para Procesos Colectivos (en adelante, CMPC) en este punto. El objetivo es analizar sucintamente si el diseño institucional es adecuado para los universos de casos de valor esperado negativo, de acuerdo a un criterio de eficiencia.

##### **IV.1. El caso del Código de Defensa del Consumidor de Brasil**

El CDCB, Lei N° 8078/1990, regula los casos de ejecución de la sentencia en los artículos 95, 97 y 100. El artículo 95 dispone que, en caso de que se haga lugar a la demanda, la condena será genérica y se limitará a fijar la responsabilidad de la parte demandada por los daños causados<sup>38</sup>. Es decir, la sentencia deberá determinar la responsabilidad de la demandada pero sin cuantificar el daño. La deuda a pagar con motivo de esa responsabilidad, será determinada en una etapa procesal posterior, mediante la presentación de cada uno de los miembros del grupo<sup>39</sup>, quienes deberán acreditar la relación de causalidad individual y liquidar el monto del daño sufrido individualmente<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> “Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.”

<sup>39</sup> VERBIC, Francisco (2012), cit.

<sup>40</sup> En este punto se asemeja a la regulación de la *issue class action* prevista en la Regla 23(c)(4) de Estados Unidos. Al respecto: GIDI, Antonio (2004), “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países del derecho civil”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 28, 62-64.

Así, el proceso se divide en dos etapas: una primera etapa en la que se determina la responsabilidad del demandado; y una etapa posterior en la cual se procede a la liquidación de la sentencia. Según lo dispuesto por el art. 97 del CDCB<sup>41</sup>, la liquidación de la condena genérica puede ser promovida por las víctimas y sus sucesores, así como también por los legitimados colectivos previstos en el art. 82 del CDCB<sup>42</sup>. En caso de procederse a la liquidación y ejecución individual, cada consumidor deberá acreditar que integra la clase de afectados y el valor que individualmente le corresponde de acuerdo con las circunstancias de su situación particular.

Por otra parte, el CDCB también prevé la posibilidad de la liquidación y ejecución colectiva de la sentencia, en el artículo 100, para los casos en los cuales hubiera transcurrido un año sin que se hubieran presentado suficientes consumidores a liquidar individualmente sus daños<sup>43</sup>. El juez determinará la suficiencia del número con relación a la gravedad del daño ocasionado por la demandada. En este caso, el quantum de la condena

---

<sup>41</sup> Art. 97. *A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.*

<sup>42</sup> Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: [\(Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995\)](#) [\(Vide Lei nº 13.105, de 2015\)](#) [\(Vigência\)](#)

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

<sup>43</sup> Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. [\(Vide Decreto nº 407, de 1991\)](#) Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela [Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985](#). [\(Vide Decreto nº 407, de 1991\)](#)

deberá determinarse globalmente y, luego, se ejecutará. Los fondos pagados por aplicación de este mecanismo se destinan a un fondo creado por la Ley de Acción Pública<sup>44</sup>.

El diseño institucional adoptado da prioridad a la liquidación y ejecución individual, para todos los casos. No se distingue según se trate de casos de valor esperado positivo y valor esperado negativo, ni tampoco según si resulta posible identificar el número y monto de afectados. Esta alternativa presenta desventajas relevantes en términos de costos sociales. Si se piensa en la distinción realizada en el apartado III.1, sólo si se trata de un caso que comprenda un universo de víctimas señalado en III.1.a) (*un universo de víctimas que comprenda algunas con incentivos suficientes para accionar y otras no, pero que las segundas puedan ser identificadas en número y monto de afectación individual*) el diseño institucional resultará adecuado. Así, en estos casos, algunos consumidores se presentarán a liquidar y ejecutar sus daños individuales, y respecto de los que no lo hagan, resultará posible determinar el quantum de la condena y ejecutar colectivamente la sentencia.

Si se trata de una clase de afectados que encuadre en el supuesto III.1.b), ningún afectado del universo de víctimas tendrá incentivos para accionar, por lo tanto, es probable que tampoco los tenga para sumarse a un proceso judicial para reclamar la ejecución y liquidación individual. Si es así, la opción de dar prioridad a una instancia de liquidación y ejecución individual, no implicará ningún beneficio y generará costos administrativos asociados al proceso (entre ellos, la demora en proceder a la ejecución colectiva).

---

<sup>44</sup> VERBIC, Francisco (2012), cit.



La sentencia que dispuso la condena genérica puede implicar un incremento de los incentivos para accionar. Podría ocurrir que se trate de un reclamo de valor esperado negativo para los consumidores al momento de decidir iniciar un litigio individual, pero una vez dictada una sentencia que determine la responsabilidad civil del demandado, el reclamo individual de liquidación y ejecución de la sentencia sea de valor esperado positivo. Que algunos consumidores no tengan incentivos para iniciar el proceso, pero sí tengan incentivos para reclamar la liquidación y ejecución individual una vez dictada la sentencia de condena genérica. Si esto ocurriera, al momento del inicio del proceso el universo de víctimas cumpliría las condiciones de III.1.b) y después de la sentencia, reuniría las condiciones de III.1.a). Si y solo si ese fuera el caso, garantizar la instancia de liquidación y ejecución individual sería preferible.

Algo similar ocurre si se piensa en un universo de víctimas en el que no se reúnen las condiciones ni de III.1.a) ni de III.1.b): reclamos de valor esperado negativo, en los cuales no es posible determinar ni el número ni el monto de las afectaciones. Si y sólo si la sentencia de condena genérica incrementa los incentivos para reclamar de manera tal que el reclamo de liquidación y ejecución individual del daño pueda considerarse de valor esperado positivo, se justificaría dar prioridad a una instancia como la prevista en el artículo 97 del CDCB. Luego, en la mayoría de los casos de valor esperado negativo, dejar transcurrir un año sin ejecutar colectivamente, no resulta razonable en términos beneficios y costos sociales.

#### **IV.2. El caso de la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina**

La LDCA, prevé en el artículo 54, último párrafo:

*“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.”*

Así, esta disposición regula diversos supuestos, de un modo muy rudimentario, y le otorga amplias facultades de decisión al juez con la exigencia de dar prioridad al resarcimiento de los consumidores y usuarios damnificados, y contempla en dos oportunidades el mecanismo de *fluid recovery*.

La norma no distingue según se trate de reclamos de menor cuantía o no, las soluciones que prevé se refieren a todos los universos de casos posibles. Este es un primer punto débil: si se apuntara a la eficiencia del diseño institucional, deberían distinguirse, al menos, las soluciones previstas para los casos de valor esperado negativo de los casos de valor esperado positivo, por las razones expuestas en el apartado III.

Las soluciones reguladas ponen énfasis en el objetivo de lograr el resarcimiento de los consumidores y usuarios damnificados y en cumplir con el principio de la reparación integral. Cuando se trate de reclamos de valor esperado negativo, como se explicó, en la mayoría de los casos será impracticable.

Asimismo, se dispone que deberá ordenarse la restitución de sumas de dinero por el mismo medio que fueron percibidas siempre que sea posible.

Precisamente, la restitución de sumas de dinero, a cargo del demandado, por los medios que fueron percibidas, es uno de los mecanismos de *fluid recovery* frecuentemente utilizado en del derecho comparado<sup>45</sup>. Se trata de una de las alternativas que suelen presentar objeciones en cuanto a los costos sociales altos que puede generar. Por ejemplo, para garantizar la efectividad de la sentencia, se debería prever una instancia de control judicial que puede implicar costos de monitoreo muy significativos. Sin embargo, nada de esto está previsto en las normas de la LDCA.

Asimismo, puede existir un universo importante de consumidores afectados – incluidos en la misma clase- que no puedan ser localizados y deberían preverse mecanismos adicionales para hacer efectiva la sentencia en relación a esa proporción de víctimas a las cuales no se les podrá hacer efectivo el reintegro. La LDCA prevé la posibilidad de que los damnificados no puedan ser individualizados y, para ese caso, dispone que el resarcimiento debe beneficiar al grupo afectado. Aquí también se alude a mecanismos de *fluid recovery*<sup>46</sup>, implícitamente, pero sin optar por ningún diseño institucional concreto. Se dejan amplias facultades al juez para disponer la solución que crea conveniente en el caso, para garantizar que el monto de la condena no sea retenido por el demandado.

La alternativa de dejar librado al criterio judicial la solución más conveniente en el caso particular para garantizar la efectividad de la sentencia presenta la ventaja de no fijar restricciones institucionales *ex ante*, que limiten la posibilidad de elegir la alternativa más eficiente para el caso concreto. El juez podrá evaluar con libertad los costos y beneficios implicados y elegir la opción que minimice los costos sociales. Sin embargo, un nivel tan amplio de discrecionalidad también implica costos

---

<sup>45</sup> DURAND, Anna L. (1981), cit.; GIANINI, Leandro (2014), *La liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos*, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. U.N.L.P., pp. 214-236.

<sup>46</sup> DURAND, Anna L. (1981), cit.

elevados. En primer lugar, costos elevados de información: el juez deberá informarse, antes de decidir, sobre las alternativas y sus costos implicados<sup>47</sup>. En segundo lugar, de acuerdo a la LDCA, al optar por un mecanismo de *fluid recovery*, deberá decidir absolutamente todo: el monto de la condena, el destino que se dará a los fondos que se paguen, cómo monitorear que sea efectiva y que el demandado no retenga las sumas de la condena, si el destino es un fondo especial o patrimonio de afectación, deberá crearlo, entre otros detalles relevantes. No se regulan ni siquiera pautas que sirvan de guía al juez en esta instancia.

Esto implica costos administrativos adicionales para el proceso, mayor inversión de tiempo y esfuerzo por parte del juez, y también genera incertidumbre para las partes y para todos los potenciales afectados que no podrán estimar los posibles alcances de la ejecución de la sentencia hasta que no quede firme y se haga efectiva. En un sistema de tradición jurídica de derecho continental, estas circunstancias probablemente tengan mayor impacto en términos de costos sociales<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> DURAND, Anna L. (1981), cit.

<sup>48</sup> Existen pocos antecedentes jurisprudenciales de aplicación de esta norma, que está vigente desde el año 2008. Uno de ellos fue en un caso promovido por dos asociaciones de defensa del consumidor, quienes se presentaron ante la justicia en forma sucesiva reclamando que una empresa dejara de percibir de manos de sus clientes el cargo por *gestión de cobranzas*, y solicitaron la restitución de las sumas de dinero percibidas por ese concepto (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. s/ ORDINARIO”* (expediente n° 31742.07; Com. 8, Sec. 15). La sentencia de primera instancia hizo lugar a la pretensión y condenó a la demandada a pagar una indemnización que ascendía a más de tres millones de pesos. Adicionalmente, dispuso que los afectados debían ser citados por edictos para presentarse a cobrar la suma que les correspondiera, y que los montos no reclamados debían destinarse a organizaciones de fomento y de defensa del consumidor. Al momento de la sentencia, la empresa demandada ya no operaba en el país, razón por la cual los afectados eran todos *ex clientes*. La sentencia fue apelada y, en segunda instancia, se confirmó la condena pero se modificó el destino de los fondos no reclamados: se dispuso que fueran distribuidos por entre las autoridades de aplicación de la LDCA, para que éstas los aplicaran en programas de prevención, educación y formación de los consumidores. Para confirmar la decisión de primera instancia la Cámara señaló expresamente que compartía los argumentos del juez de primera instancia y subrayó la falta de regulación legal y de pautas adecuadas para resolver en qué debe consistir la condena en este tipo de casos y el modo en que dichas decisiones deben implementarse. Ver al respecto el comentario de VERBIC, Francisco (2012), cit.

Por otra parte, la regulación vigente en la LDCA prevé únicamente la instancia de liquidación y ejecución individual de la sentencia para los casos de daños diferenciados de los consumidores, por vía incidental. Aquí tampoco se distingue si se trata de reclamos de valor esperado negativo o positivo, sino que es la única alternativa para todos los casos. La principal objeción, en términos de eficiencia, es que en los casos de pretensiones de valor esperado negativo, la probabilidad de los que los afectados tengan incentivos para integrarse a un proceso judicial para reclamar sus daños, aun cuando exista una sentencia favorable, será muy baja. Adicionalmente, cuando esto ocurra, el demandado no indemnizará los daños aun cuando la sentencia haya sido condenatoria, pues no se prevé ninguna alternativa institucional para proceder a la ejecución colectiva si los damnificados no se presentan a reclamar sus daños individuales, o si se presentan muy pocos. Luego, en estos casos, el diseño institucional fomenta costos sociales del litigio colectivo que superan los beneficios esperados: se puede llevar a cabo un proceso colectivo, dictarse una sentencia condenatoria, pero no indemnizar a las víctimas (o sólo a unas pocas) y el demandado no pagar por el costo de los daños.

#### **IV.3. El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica**

El CMPC se refiere a la liquidación y ejecución colectiva de la sentencia, en el primer párrafo de su art. 27, que se prevé como subsidiaria, para los casos en los cuales los afectados no se hayan presentado a reclamar la ejecución individualmente:

*“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”.*

El CMPC prevé que la sentencia condenatoria determine, de ser posible, el monto individual a abonar o una fórmula matemática para calcularlo; y en caso de no ser posible, la condena será genérica (art. 22). En cualquiera de los casos, opera lo dispuesto por el art. 27: 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 mismo CMPC. Se prevé que las sumas depositadas en dicho fondo se destinen 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>49</sup>.

Al igual que en el caso del CDCB, no se distingue según los reclamos sean de valor esperado negativo o positivo. Adicionalmente, el art. 20 se refiere a la pretensión colectiva de responsabilidad civil en general, sin limitarla a casos de menor cuantía ni excluir a éstos<sup>50</sup>. Lo mismo ocurre en el art. 22 y 27, al referirse a la ejecución individual y colectiva. En síntesis, se prevé la ejecución individual como primera opción para todos los universos posibles de casos y, recién transcurrido un año sin que se realice, se habilita la ejecución colectiva.

---

<sup>49</sup> VERBIC, Francisco (2012), cit.

<sup>50</sup> Art. 20 - Pretensión colectiva de responsabilidad civil.- Los legitimados podrán proponer, en nombre propio y en el interés de las víctimas o de sus sucesores, entre otras (art. 4º), la pretensión civil colectiva de responsabilidad por los daños individualmente sufridos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos siguientes.

*Parágrafo único.- La determinación de los interesados podrá producirse en el momento de la liquidación o ejecución de lo juzgado, por lo que no será necesario que la petición inicial esté acompañada de la relación de miembros del grupo, clase o categoría. Según el caso, el juez podrá exigir, al demandado o al tercero, la presentación de la relación y datos de las personas que integran el grupo, categoría o clase.*

## V. Reflexiones finales

El enfoque que estudia la acción de clase en casos de valor esperado negativo como una externalidad positiva resulta de gran utilidad para complementar la teoría de la acción colectiva. Los aportes de este enfoque teórico explican mejor *por qué* la acción de clase en casos de reclamos de menor cuantía presenta ventajas aun cuando no resulte posible beneficiar directamente a los consumidores. Para la teoría de la externalidad positiva, producir el litigio colectivo y condenar efectivamente al demandado genera beneficios sociales que exceden a las partes que intervienen en el proceso. Entre ellos, puede generar efectos disuasivos respecto de todos los potenciales dañadores, que permitirán minimizar los costos sociales de los daños.

Luego, estos aportes evidencian las ventajas de los mecanismos institucionales que permiten garantizar la ejecución efectiva de la sentencia colectiva en el marco de la acción de clase. Así, una regulación adecuada de institutos como el *fluid recovery*, por ejemplo, resulta relevante para lograr el objetivo de ejecutar efectivamente la sentencia dictada en el litigio colectivo y, de esta forma, garantizar los efectos disuasivos buscados.

Para alcanzar dicho objetivo resulta de utilidad distinguir universos de casos relevantes entre las víctimas de reclamos de valor esperado negativo. La alternativa de la liquidación y ejecución individual de la sentencia solo será preferible en los casos en los cuales exista un universo de víctimas con incentivos para accionar y otro no, pero que puedan identificarse en número y monto de afectaciones (es decir, en un número muy acotado de casos). Los mecanismos de *fluid recovery* serán preferibles siempre que resulte factible determinar el monto y número de las afectaciones, aun cuando ninguno de los afectados tenga incentivos

para accionar. Es decir, cuando sea factible determinar el quantum global de la sentencia y ejecutarla. Para los universos de casos en los cuales ninguna de estas condiciones se cumpla (las víctimas no tengan incentivos para accionar, y no puedan ser identificadas en número ni monto de las afectaciones), resultará impracticable la implementación del *fluid recovery* de manera adecuada. En estos casos, probablemente otras estrategias institucionales resulten preferibles a la acción de clase si se apunta a la eficiencia.

Tanto el CDCB como la LDCA prevén la posibilidad de ejecución de la sentencia colectiva y *fluid recovery*, para todos los casos de afectación a los consumidores, sin distinguir ni siquiera entre reclamos de valor esperado negativo y positivo, lo que conspira en contra de lograr un funcionamiento eficiente de estas instituciones.

En el CDCB, la liquidación y ejecución individual se prevé como primera opción y, subsidiariamente, se habilita la ejecución colectiva y la posibilidad de hacer pagar al demandado y destinar las sumas a un fondo especial creado por ley. Una solución similar prevé el CMPC. Así, se prioriza garantizar la posibilidad de los afectados de participar individualmente en la etapa de ejecución, en lugar de apuntar a la minimización de los costos sociales del litigio.

En el caso de la LDCA, además, la ausencia de pautas concretas y claras para la implementar el *fluid recovery* constituye una objeción no solo en términos de costos sociales, sino también en relación a la eficacia del instituto.