

Título: La liquidación y ejecución de sentencias

Autor: Giannini, Leandro J.

Publicado en: UNLP 2014-44, 02/12/2014, 214

Cita Online: AR/DOC/3902/2014

Sumario: I. Resumen.— II. Introducción.— III. Importancia de una administración inteligente del litigio colectivo. El case management y la anticipación de estrategias para la ejecución de la sentencia colectiva.— IV. Liquidación y ejecución de sentencias colectivas (con especial referencia a las hipótesis de tutela de derechos individuales homogéneos): 1) Liquidación en general: distintos supuestos; 2) Liquidación individual de la sentencia colectiva y liquidación colectiva de sentencias. Concepto y diferencias; 3) Liquidación individual de la sentencia colectiva: 3.1) Introducción; 3.2) Objeto de la liquidación individual de la sentencia colectiva; 3.3) ¿Cuándo es necesario acudir a la liquidación individual de la sentencia colectiva?; 3.4) Algunos problemas que suscita la liquidación individual de la sentencia colectiva: a) ¿Es necesaria la prueba de la existencia del daño en la fase condenatoria genérica?; b) Competencia; c) Medios alternativos para la liquidación individual de la sentencia colectiva; 4) Liquidación y ejecución colectiva de la sentencia. El llamado "fluid recovery": 4.1) Introducción; 4.2) El "Fluid recovery": a) Introducción; b) Supuestos en los que procede; c) Importancia de la prueba estadística. Quid del debido proceso; d) ¿Fondos de reparación genéricos o fondos ad-hoc? ¿Quién debe administrar el fondo y a qué fines deben aplicarse?; e) La liquidación colectiva frente al incumplimiento de condenas a "hacer" o "no hacer".— V. Importancia de las pautas de liquidación y ejecución en los acuerdos transaccionales colectivos.— VI. Conclusiones.— VII. Bibliografía.— VIII. Legislación consultada.— IX. Jurisprudencia consultada

(*)

I. Resumen

En el presente trabajo se aborda la problemática de la liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos y acciones de clase con particular referencia al derecho argentino. Se trata de uno de los temas menos abordados dentro de la temática de los procesos colectivos en nuestro país, pero que tiene un impacto fundamental para la eficiencia y eficacia de esta clase de litigios, como lo demuestra la experiencia del derecho comparado. El autor aborda las distintas alternativas disponibles para determinar el quantum debeatur en situaciones atípicas, en las que —por la extensión del grupo afectado y las características del debate colectivo— la determinación de la cuantía de lo adeudado a cada afectado resulta muy difícil o prácticamente imposible.

Palabras clave: procesos colectivos, acciones de clase, liquidación y ejecución de sentencias, derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos.

II. Introducción

El cometido de este trabajo es el análisis de los principales problemas que presenta la liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos de defensa de derechos individuales homogéneos (1), con particular referencia a las hipótesis de tutela de derechos individuales homogéneos.

El objeto de análisis demanda fusionar el análisis de dos instituciones procesales que, por diversas razones, se muestran en nuestro país en un momento crítico, como son la eficacia de los mandatos jurisdiccionales y los procesos colectivos o acciones de clase.

Por un lado, la temática de la ejecución de sentencias y la eficacia de las decisiones judiciales, exhibe en la Argentina costados verdaderamente alarmantes, por ausencia de dispositivos adecuados para remediar la notable dilación que se produce en el sistema de justicia hasta lograr que el reconocimiento de los derechos, obtenido luego de un trabajoso arribo a la sentencia definitiva, se traduzca en un cambio concreto de la realidad.

Como ejemplo de una problemática por demás conocida para quien ha debido transitar los estrados judiciales para remediar la lesión a un derecho, cabe recordar la no muy lejana condena a la República Argentina por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Furlan". (2) Si bien no se trataba de un caso colectivo, en la misma se hizo visible más allá de nuestras fronteras un fenómeno conocido en nuestro país por los destinatarios del servicio de justicia. En efecto, se tuvo por demostrada en el caso la irrazonable duración de un proceso de reparación civil, rematada con la aplicación —al momento de la liquidación y ejecución de la

sentencia— de una de las cíclicas leyes de consolidación con las que el Estado dilata el cumplimiento efectivo de las condenas en su contra. (3) En lo que aquí interesa, la Corte IDH se vio en la necesidad de destacar con carácter general que la fase de ejecución de sentencia tiene directa relación con la garantía de la tutela judicial efectiva (art. 25, Convención Americana) y con la garantía del plazo razonable (art. 8.1º, CADH). Es decir, que para verificar si en un estado se cumplen las garantías del plazo razonable y de la tutela judicial efectiva, no basta con estudiar la dilación que tienen los procesos desde que se inician hasta que se arriba a una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Es imprescindible además verificar que el mandato judicial que cierra el debate de mérito sea acompañado de instrumentos de ejecución adecuados que garanticen la capacidad de la sentencia para cambiar la realidad sin dilaciones indebidas. Así lo expresó la Corte IDH con toda claridad:

"...la falta de ejecución de las sentencias tiene 'vinculación directa con la tutela judicial efectiva para la ejecución de los fallos internos' [...] La Corte considera que el análisis de la etapa de ejecución de las sentencias también puede abordarse para contabilizar el término de duración de un proceso, con el fin de determinar su incidencia en la prolongación del plazo razonable de un proceso..."

"...la Corte considera que el objetivo primordial para el cual la presunta víctima interpuso la demanda en el fuero civil, era obtener la indemnización por daños y perjuicios y, por lo tanto, para efectos de un análisis del plazo razonable, no puede considerarse culminado dicho proceso hasta tanto dicho fin no se materializara. En ese orden de ideas, esta Corte considera que el lapso correspondiente a la etapa de ejecución de la sentencia judicial con el fin de realizar efectivamente el cobro de la indemnización [...] hace parte del proceso y debe tomarse en cuenta para analizar el plazo razonable" (Corte IDH, Caso Furlan, cit., párrs. 149 y 151).

De la transcripción precedente puede advertirse que, entre los múltiples corolarios del fallo aludido, que la Corte IDH está dispuesta a realizar un estudio crítico, agudo y realista al examinar las excusas que el Estado brinda cuando se le pide explicaciones acerca de la irrazonable dilación del proceso civil en nuestro país. En esa línea de indagaciones, el citado tribunal supranacional parte de una premisa teleológica de fundamental importancia en lo que concierne a los mecanismos de ejecución de sentencias. Dicha premisa puede sintetizarse en la afirmación de la tésis del proceso como un mecanismo destinado a cambiar de la realidad. Esta pauta, que para muchos podrá ser advertida como una obviedad, tiene consecuencias fundamentales para el estudio de las garantías jurisdiccionales que nos rigen. Ninguno de los instrumentos procesales puede ser aceptado desde una perspectiva constitucional y convencional, si pese a la perfección de su diseño y calidad del debate que permiten, no sirven para modificar la realidad.

El segundo de los institutos procesales que se acopla al anterior para completar el foco central de este trabajo, es el de los procesos colectivos.

Como es sabido, el estudio de este tipo de litigios ha arribado en la Argentina a un grado de madurez destacable, que difiere del estado de avance parcial que, en paralelo, evidencian las concreciones legislativas en la materia. Desde hace décadas, y especialmente a partir de la introducción de la categoría de los "derechos de incidencia colectiva" con la reforma constitucional de 1994, la doctrina ha desarrollado progresivamente un corpus calificado de contenidos fundamentales para el estudio adecuado de la problemática de estos mecanismos de enjuiciamiento grupal.

Sin embargo, la legislación sigue manteniendo una tendencia fragmentaria en la materia, que se exhibe especialmente: i) al avanzar, sin vocación de sistema, sobre la reglamentación de algunos de sus aspectos controvertidos (típicamente: la enunciación de los sujetos legitimados para accionar colectivamente o la previsión de algunas variantes de regulación de los alcances subjetivos de la cosa juzgada), descuidando otros temas relevantes (v.gr., la representatividad adecuada, la litispendencia, la interacción de las acciones colectivas e individuales, etc.); ii) al continuar sancionando normas relativas al trámite de este tipo de conflictos en cuerpos normativos aislados por materia (v.gr., leyes de defensa del consumidor o del medio ambiente; leyes de amparo, etc.), desconociendo la regla de buena técnica legislativa que impone simplificar, en la medida de las posibilidades, los instrumentos de tutela, cuando no existen razones de peso que justifiquen un trato dispar entre controversias que comparten cualidades análogas, como en gran medida ocurre con los procesos colectivos.

Uno de los campos del litigio colectivo en los que precisamente subsisten previsiones aisladas e insuficientes, es el de la liquidación y ejecución de sentencias.

Queda claro entonces que nos enfrentamos a una problemática que no sólo es compleja por sí misma, sino que además fusiona dos capítulos del derecho procesal que en nuestro país demandan una atención urgente por parte de las autoridades: el de la eficacia de los mandatos judiciales y el de los procesos colectivos en general.

III. Importancia de una administración inteligente del litigio colectivo. El case management y la anticipación de estrategias para la ejecución de la sentencia colectiva

Los procesos colectivos (entre ellos, los de defensa de usuarios y consumidores) son atípicos y, en general, complejos.

La atipicidad se deriva de la referida ausencia de una regulación sistemática que aborde suficientemente sus principales problemas, más allá de ciertas disposiciones aisladas a las que aludiéramos previamente. La complejidad surge fundamentalmente por la multiplicidad de personas que integran el grupo alcanzado por el conflicto (complejidad subjetiva), así como por la dificultad que muchas veces se produce en casos colectivos para definir con claridad el objeto de tutela, delimitar la causa de la pretensión deducida, producir la prueba tendiente a la demostrar los hechos controvertidos y, en lo que aquí interesa, para ejecutar decisiones que comprenden a una pluralidad relevante de personas que muchas veces ni siquiera conocen la promoción de la acción de clase, etc. (complejidad objetiva). [\(4\)](#)

Frente a la ausencia de un régimen legal que enfrente sistemáticamente estos problemas, es prioritario un ejercicio inteligente de las potestades ordenatorias del juez. Las técnicas de case management se muestran en el caso de los procesos colectivos como un resorte indispensable para garantizar la calidad y eficiencia del debate, así como para preordenar el desarrollo del pleito hacia la implementación de instrumentos efectivos de ejecución para la eventualidad de una sentencia que acoja la pretensión colectiva.

Es que, en lo que interesa a este trabajo, ni los abogados ni los magistrados pueden contentarse con organizar inteligentemente en cada caso el método de debate para asegurar que una controversia de estas características pueda ser desarrollada eficientemente desde su inicio hasta la sentencia definitiva (por ejemplo, controlando detenidamente la integración de la litis, la representatividad adecuada de los legitimados colectivos, inspeccionando rigurosamente la pertinencia de la prueba ofrecida, trazando un cronograma de actividades eficiente para la producción de los medios probatorios admitidos, etc.). Además de ello, tanto los litigantes como el juez deben pensar desde el inicio del pleito en la futura liquidación y ejecución de una eventual decisión condenatoria.

Así, quien presenta un caso colectivo no puede agotar sus esfuerzos en la correcta indagación de los antecedentes de la controversia, en la recolección de los elementos probatorios y normativos que utilizará en apoyo de su pretensión, ni en la elaboración de una presentación aguda y clara de sus argumentos. Esta labor es necesaria pero no suficiente para la representación adecuada de los intereses del grupo en clave colectiva. Además de ello, deben plantearse claramente desde el inicio del pleito, en la medida de las posibilidades, cuáles serán los mecanismos de liquidación y ejecución en caso de acogerse una pretensión compleja como, por ejemplo, la condena a la restituir sumas de dinero mal cobradas por empresas respecto de las cuales los consumidores no tienen una "cuenta corriente" en la que se puedan acreditar o debitar fácilmente tales montos.

En este, como en otros tantos ejemplos tutela patrimonial o extrapatrimonial de derechos indivisible o divisiblemente pertenecientes a una pluralidad relevante de personas (tutela de derechos difusos e individuales homogéneos, respectivamente), todos los operadores del sistema deben iniciar la contienda pensando en la eficacia del resultado futuro. Así, frente a la promoción de una demanda de resarcimiento promovida por un afectado, una asociación o el Defensor del Pueblo para que una empresa indemnice a un grupo significativo de consumidores por los padecimientos sufridas por una práctica comercial ilícita, el Juez puede acotar desde un inicio el objeto del debate, disponiendo —por ejemplo— que, dadas las características de la controversia y para una mejor adjudicación de la contienda, se discuta inicialmente el an debeatur (responsabilidad del accionado), dejando para más adelante la determinación individual del quantum debeatur (liquidación de la sentencia colectiva, en caso que sea favorable).

La opción dependerá naturalmente de las cualidades de cada conflicto y de las ventajas e inconvenientes que muestren las distintas estrategias de debate y decisión de la contienda. Pero aún cuando la determinación deba ser hecha caso a caso, no debe omitirse un punto de partida central: la necesidad imperiosa de que, entre las potestades

ordenatorias y de dirección que —como vimos— se agravan en este tipo de pleitos dada su generalizada complejidad, se brinde, desde el inicio mismo del proceso, una especial atención a los métodos de liquidación y ejecución de una eventual sentencia condenatoria.

Para ello, es necesario que quienes intervienen en un proceso de estas características, conozcan adecuadamente las distintas alternativas que se pueden presentar en la liquidación y ejecución de una sentencia colectiva. A esto nos dedicaremos a continuación.

IV. Liquidación y ejecución de sentencias colectivas (con especial referencia a las hipótesis de tutela de derechos individuales homogéneos)

Como es sabido, las sentencias dictadas en los procesos colectivos tienen particularidades distintivas respecto de las que ponen fin un litigio individual o litisconsorcial.

La nota más saliente en esa línea divisoria, es el carácter general que los mandatos jurisdiccionales adquieren, al regir la conducta de una pluralidad relevante de personas que no han comparecido personalmente al proceso, sino que han sido "representados" atípicamente por una persona que se auto-nominó para gestionar los intereses del grupo. Por regla, los integrantes del grupo (v.gr., los usuarios y consumidores afectados por una práctica comercial ilícita) quedarán alcanzados por la sentencia definitiva (en el ejemplo citado: serán beneficiados por la condena al productor), por más que no hayan siquiera sabido de la existencia de una pretensión destinada a defender sus derechos. (5)

En tales términos, la norma jurídica que hace lugar a la pretensión grupal tiene alcances generales, a diferencia de la clásica individualidad que caracteriza a las decisiones jurisdiccionales. De dicha nota se derivan importantes consecuencias en lo que concierne a la implementación del mandato que pone fin a esta clase de litigios.

La primera de ellas es la relevancia que adquiere la liquidación de sentencias, instrumento de vital importancia en los procesos colectivos deducidos en defensa de derechos individuales homogéneos. Como el grupo de afectados por la conducta antijurídica sólo comparte (por lo general) el origen común de su agravio pero no la calidad o la dimensión de la lesión sufrida por cada uno de sus integrantes, muchas veces el proceso colectivo debe culminar con una decisión condenatoria genérica, en la que sólo se determina la ilicitud del obrar cuestionado y la responsabilidad de los demandados, pero no la cuantía del resarcimiento debido a cada integrante de la clase. Otras veces, el quantum del perjuicio sólo podrá ser determinado globalmente, frente al anonimato de los afectados por la conducta reprochada o su desinterés en percibir el crédito a título individual.

En todos estos casos, cobra fundamental importancia el régimen de liquidación de la sentencia colectiva, como paso previo necesario a la ejecución propiamente dicha. Examinaremos a continuación los principales problemas que suscita esta fase vital de las acciones de clase, especialmente cuando se refieren a la defensa de derechos individuales homogéneos.

1) Liquidación en general: distintos supuestos

La liquidación de sentencias es el procedimiento tendiente determinar cuantitativamente el monto de una sentencia condenatoria. Cuando dicho pronunciamiento no posee una suma líquida o fácilmente liquidable, es necesario acudir a un proceso de determinación cuya complejidad variará de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

En los procesos individuales o litisconsorciales tradicionales, no es necesario —en general— pasar por esta fase cognoscitiva, ya que las sentencias que condenan a pagar una suma de dinero (por ej., que ordenen restituir una suma dada en mutuo, repetir el pago de lo indebido, abonar las mejoras introducidas en una cosa, afrontar los daños y perjuicios ocasionados por un obrar ilícito contractual o extracontractual, etc.), deben contener —por regla— el monto correspondiente (art. 165, CPCN). Normalmente, en estos casos, sólo tiene lugar una variante precaria de liquidación, que se limita a desarrollar ciertos cálculos necesarios para establecer numéricamente la cuantía final a abonar, siguiendo los parámetros definidos en la sentencia (típicamente, el ejercicio aritmético exigido para determinar el monto de los intereses adecuados, cuando el fallo se limita a determinar el capital de condena, añadiéndole la condena al pago de los intereses correspondientes a la "tasa pasiva desde el momento del hecho" o a la "tasa activa desde el vencimiento de cada cuota impaga", etc.). (6)

En otros supuestos, la liquidación adquiere una fisonomía más compleja, ya que no se trata sólo de desarrollar cálculos matemáticos, sino de determinar la cuantía de los daños producidos a consecuencia del obrar ilícito,

cuando las sumas respectivas no hubieran sido determinadas en la sentencia condenatoria. Así, por ejemplo, cuando el fallo condena al pago de las mejoras necesarias introducidas por el tenedor luego de ordenar la restitución de la cosa, cuando se condena en costas a una las partes, etc., debe determinarse por los interesados la cuantía de dichas obligaciones, mediante un procedimiento cognoscitivo especial. En los procesos colectivos — como fuera anticipado y será desarrollado más adelante— esta variante de liquidación tiene especial importancia, dada la frecuente indeterminación de los miembros del grupo afectado o la imposibilidad o inconveniencia de determinar en el juicio la cuantía de los perjuicios sufridos por cada uno de sus integrantes.

Una última hipótesis de liquidación se presenta cuando la condena originariamente no fuera dineraria, pero se transforma en tal a consecuencia del incumplimiento del mandato jurisdiccional de hacer o no hacer (arts. 513 y 514, CPCN; 511 y 512, CPCBA). En tales hipótesis el actor podrá escoger entre exigir entre diversas opciones (v.gr., ordenar —siempre que fuere posible— que se cumpla la obligación de hacer por un tercero a costa del deudor, disponer que se repongan las cosas al estado anterior al incumplimiento de la orden de abstención del obrar, etc.). Una de ellas (la única, en algunos casos), es la determinación de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del incumplimiento de la condena a hacer o no hacer. También aquí se presenta la necesidad de abrir nuevamente la discusión para determinar estos perjuicios, mediante un proceso especial posterior a la sentencia de mérito.

2) Liquidación individual de la sentencia colectiva y liquidación colectiva de sentencias. Concepto y diferencias

Previo a ingresar en los distintos problemas que presenta la liquidación en los procesos colectivos, resulta interesante trazar una distinción entre dos fenómenos comunes en este ámbito, como son la liquidación individual de la sentencia colectiva y la liquidación colectiva propiamente dicha.

En el primer caso, los afectados acuden a determinar el impacto perjudicial que el obrar calificado de ilícito en una sentencia condenatoria genérica, tuvo en su esfera individual de interés. En el segundo, es el legitimado colectivo quien, a falta de impulso por parte de los afectados individuales, promueve la liquidación grupal, a efectos de determinar el monto global de los perjuicios que el condenado le ocasionara al grupo.

Se trata de dos variantes de liquidación que funcionan de modo muy distinto, aunque pueden ser aplicados conjuntamente en un caso colectivo para obtener una efectiva implementación del mandato judicial. Veamos.

3) Liquidación individual de la sentencia colectiva

3.1) Introducción

Una de las líneas directrices que rigen el diseño de los procesos colectivos tanto en nuestro país como en el derecho comparado, es la de impedir la obstaculización de este tipo de litigios con planteos que hacen a la situación individual de los miembros de la clase. Por la facilidad con que estas intromisiones particulares se pueden presentar en materia de derechos individuales homogéneos, suelen establecerse distintos mecanismos paliativos en la legislación y jurisprudencia que privilegian la eficiencia del debate colectivo. Así, por ejemplo, al fijarse condiciones de admisibilidad tendientes a segregar de este ámbito a las pretensiones en las que la discusión sobre los aspectos individuales de cada afectado predomina frente al esclarecimiento de los puntos comunes a todos los miembros del grupo.

Otro de los instrumentos destinados a organizar adecuadamente el tratamiento de estos casos, la escisión del pronunciamiento condenatorio en fases: la primera de ellas destinada al análisis de la responsabilidad del demandado (condena genérica) y la segunda orientada a la determinación de los perjuicios que dicho obrar ilícito le produjo a cada miembro del grupo (liquidación individual). Esta separación tiene por objeto el avance progresivo del juicio sobre etapas sólidamente asentadas, precluyendo a partir del primer decisorio la posibilidad de volver sobre la cuestión de la responsabilidad del condenado frente a la masa afectada, para después poder ingresar en los matices de cada situación particular, en caso de ser necesario. Como fuera advertido, se trata de un resorte que no es exclusivo de los procesos colectivos, aunque tiene en ellos un campo fértil de aplicación.

La solución está prevista expresamente en el art. 54 de la Ley 24.240, luego de la reforma de la ley 26.361 (2008):

"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 [...]. 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" (énfasis propio).

En la Provincia de Buenos Aires, el Código de Implementación de los Derechos de Consumidores y Usuarios también contempla este dispositivo (art. 28, ley 13.133):

"Cuando se trate de acciones judiciales para la prevención o solución de conflictos, las sentencias tendrán los siguientes efectos: a) Si admiten la demanda, beneficiarán a todos los consumidores y usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el litigio, quienes podrán por vía incidental en el mismo proceso acreditar la legitimación, su perjuicio, ejecutar la sentencia, y en su caso liquidar los daños [...]" (la cursiva nos pertenece).

Con mayor sofisticación, también el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica contempla este instituto del siguiente modo:

Art. 22: Sentencia de condena.— En caso de procedencia del pedido, la condena podrá ser genérica y fijará la responsabilidad del demandado por los daños causados así como el deber de indemnizar.

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

Par. 2°. Cuando el valor de los daños individuales sufridos por los miembros del grupo fuere uniforme, prevalentemente uniforme o pudiere ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia colectiva indicará el valor o la fórmula de cálculo de la indemnización individual.

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

En el último de los modelos aludidos se distinguen con acierto tres hipótesis diversas, que tienen directa repercusión sobre nuestro objeto de estudio.

La primera es la regla general: siempre que sea posible la determinación precisa del monto de resarcimiento individual, la sentencia deberá incorporar dichas sumas como objeto de condena. (7) Así, por ejemplo, si a un grupo de usuarios de cualquier servicio público le hubieran cobrado ilegítimamente un diferencial fijo, la sentencia podrá condenar a la devolución de dicho adicional a cada uno de los afectados que hubieran abonado el tributo. Si tales afectados hubieran sido determinados —por ejemplo— mediante una pericia contable sobre los libros de la empresa, la condena podría determinar quienes tienen derecho a la restitución de las sumas, así como la cuantía de los distintos créditos individuales.

La segunda es la hipótesis en la que la condena puede establecer las bases matemáticas para calcular la cuantía económica adeudada a cada uno de los afectados por el obrar ilícito. Así, por ejemplo, si a un grupo de empleados públicos les hubieran disminuido su remuneración y se considerara que una reducción salarial resulta inconstitucional si supera un porcentaje determinado (v.gr., el 33% del sueldo líquido), la sentencia colectiva ordenará la devolución de toda suma retenida que supere el porcentaje de reducción tolerado. Para ello, determinará las bases de cálculo necesarias para que cada uno de los afectados vea satisfecho su interés, por más que no se sepa anticipadamente cuánto cobrará cada uno de ellos. La liquidación de los créditos individuales, en tal caso, no demanda más que la aplicación de los parámetros matemáticos aludidos en el fallo.

La tercera es la variante más típica de liquidación individual de la sentencia colectiva, como es el sistema basado en la promoción de pretensiones específicas por cada uno de los afectados, destinadas a determinar su pertenencia al grupo (o, en otros términos: la relación causal entre el obrar reprochado en el fallo y el daño sufrido en su esfera particular de interés) y la cuantía del perjuicio (*quantum debeat*).

Esta distinción se muestra más precisa y satisfactoria que la incorporada en los pocos ordenamientos de nuestro país que se han dedicado al tema, por lo que, cuando el legislador nacional decida poner fin al estado de mora que exhibe en la materia, debería prestar especial atención a la sistemática seguida en el Código Modelo para la liquidación individual de las sentencias colectivas.

3.2) Objeto de la liquidación individual de la sentencia colectiva

En cuanto al objeto de este mecanismo para determinar la cuantía precisa de la condena, la liquidación individual de sentencias colectivas puede tener un objeto más amplio que el que predomina en los procesos individuales o litisconsorciales. En efecto, en el ámbito del litigio individual, la liquidación suele asumir dos variantes fundamentales: i) la "aritmética" (que —como vimos— para ciertos autores no constituye propiamente de una forma de liquidación); y ii) la determinación de la cuantía del daño (quantum debeatur): fase cognoscitiva posterior a la sentencia de mérito (v.gr., la determinación de la cuantía exacta de la condena en costas). En los procesos colectivos, en atención de sus reseñadas características definitorias, la liquidación de la sentencia puede además incluir otros contenidos como: iii) el análisis de la relación de causalidad entre el daño personalmente sufrido y el ilícito genéricamente reprochado (que permite incorporar al interesado dentro del grupo beneficiado por la condena); iv) la determinación del "cui debeatur" (qué se debe), cuando los distintos integrantes del grupo deben ser atendidos de diverso modo (por ej., cuando las condenas genéricas —en acciones preventivas o condenas a hacer o no hacer divisibles, etc.— no pueden ser cumplidas en especie respecto de algunos miembros del grupo).

3.3) ¿Cuándo es necesario acudir a la liquidación individual de la sentencia colectiva?

Hemos señalado previamente que el supuesto más común en el que se requiere esta fase previa a la ejecución del mandato jurisdiccional, es el de la condena dineraria genérica (por ej., la condena a resarcir los daños y perjuicios ocasionados a los consumidores por las falencias en la prestación de un servicio; o por un producto en mal estado o que carezca de las condiciones de seguridad suficientes).

Sin embargo, existen otras situaciones en las que sería posible acudir al proceso de liquidación individual de los daños, como —por ejemplo— los casos en los que se hubiera condenado al demandado a desplegar una conducta y dicha obligación de hacer fuera incumplida en especie (v.gr., condena a informar a los consumidores acerca de determinadas condiciones de una oferta de bienes o servicios, o de ciertas cualidades de un producto). Lo mismo ocurre frente a una condena a "no hacer" incumplida (v.gr., obligación de abstenerse de comercializar un producto tóxico). En estos casos, el consumidor no necesita iniciar un pleito para demostrar el deber de informar al que ya fue condenado el productor, o para acreditar el carácter tóxico del producto que debía retirarse del mercado. Simplemente debe el interesado promover una liquidación individual en los términos de los arts. 513 y 514 del CPCN, tomando a la sentencia colectiva como antecedente firme relativo a la responsabilidad del accionado y demostrando exclusivamente la relación de causalidad y el daño sufrido.

3.4) Algunos problemas que suscita la liquidación individual de la sentencia colectiva

El régimen de condena genérica seguida de sendos pedidos de liquidación individual enfrenta algunos problemas que deben ser brevemente examinados.

a) ¿Es necesaria la prueba de la existencia del daño en la fase condenatoria genérica?

El primero de ellos es el interrogante acerca de si es necesario demostrar, en la primera fase cognoscitiva (que culminará con la condena genérica), algún grado de afectación hacia los miembros del grupo, para evitar que se desarrolle un litigio colectivo en abstracto. Se trata de saber si en el proceso inicial debe demostrarse la existencia del daño como presupuesto de la responsabilidad, más allá de su cuantificación, que será materia de análisis en las posteriores liquidaciones.

El instituto de la condena genérica tiene vieja raigambre. Ya en los inicios del siglo pasado, Calamandrei estudiaba la naturaleza, fundamentos y dificultades prácticas de la división del juicio de responsabilidad (CALAMANDREI, 1997:147). Allí, describiendo una tendencia jurisprudencial nacida en Italia sin texto legal que la respaldara explícitamente, enseñaba el maestro florentino cómo se había adoptado la praxis consistente en fraccionar la cognición sobre la pretensión de resarcimiento, en dos fases: una destinada a examinar el "an debeatur" y otra para determinar el "quantum debeatur". En el primer segmento, se buscaba "establecer la certeza acerca de si el demandado debe jurídicamente responder por el hipotético daño", mientras que en el segundo se procuraba "establecer en concreto la certeza del importe del daño".

Aunque la reseña parezca tener un significado meramente académico, varios de los interrogantes planteados respecto del instituto en aquellas épocas, son susceptibles de renacer en la actualidad, por lo que será necesario advertir estas dificultades (cuya escala tampoco debe ser sobredimensionada) para no caer nuevamente en largas y bizantinas discusiones sobre aspectos superados. (8)

En particular, volviendo al interrogante planteado inicialmente, corresponde analizar el alcance de la prueba que cabe requerir al actor en la primera etapa (condena genérica), respecto de la existencia de los daños al grupo afectado.

La respuesta a la cuestión resulta trascendente cualquiera sea el sujeto "representativo". Se trata de saber si para obtener la decisión separada sobre el *an debeat*, basta con acreditar solamente la existencia de una hipotética responsabilidad por un daño meramente posible o es necesario, además, demostrar ya en esta primera fase la efectiva existencia del daño, reservando a la etapa de liquidación solamente la declaración cuantitativa de certeza del daño ya demostrado existente.

Ninguna de las fuentes normativas referidas en el apartado anterior, dan respuesta al citado interrogante. El art. 22 del Código Modelo iberoamericano parecería inclinarse por la primera hipótesis, es decir que —de escindirse en dos fases la cognición, como venimos analizando en este acápite—, bastaría en la fase inicial con declarar la certeza de la ilegitimidad objetiva del acto y la responsabilidad del agente, sin necesidad de indagar sobre la existencia del daño.

Siendo ello así, la sentencia condenatoria genérica tendría un mero alcance condicional (se somete su eficacia al hecho futuro e incierto de la prueba de la existencia y alcance del daño por un individuo de la clase). Casi se podría decir que a nada condena, sino que despeja la incertidumbre jurídica acerca de una responsabilidad hipotética por el resarcimiento de un daño de cuyo acaecimiento ninguna prueba se tiene.

La solución contraria, que exigiera alguna prueba del daño en la fase inicial con el argumento de evitar condenas que en vez de genéricas puedan ser abstractas, acarrearía mayores inconvenientes de los que podría provocar la hermenéutica recién ensayada. Así, si en la fase cognoscitiva inicial se exigiese al actor la verificación "genérica" de la existencia del daño (necesariamente acompañada de la acreditación "genérica" de la relación causal de ese daño con los hechos que conforman la causa *petendi*) se estaría desvirtuando la tésis de la escisión de la condena en etapas, dado que en la práctica resultaría dificultosa la distinción entre "prueba genérica" y "prueba específica", entre "existencia del daño" y "cantidad del daño", resultando de ello que se produciría una duplicidad de conocimiento que, naturalmente, atenta contra el principio de economía que domina en esta materia.

Proponemos, en conclusión, una interpretación que propende a la desvinculación total del debate probatorio sobre la existencia (genérica, específica, verosímil, etc.) del daño, en la fase relativa al *an debeat* (BERIZONCE y GIANNINI, 2003: 72; en el mismo sentido: SALGADO, 2011: 294-295). Sin perjuicio de ello, reiteramos que cuando sea más eficiente recabar en el transcurso del proceso de responsabilidad, elementos de juicio suficientes para determinar el daño producido, la sentencia deberá comprender también el *quantum debeat*, que sigue siendo la regla en la materia.

b) Competencia

Otro de los inconvenientes que acarrea el sistema de condena genérica seguida por sucesivas liquidaciones individuales, es el de la competencia para dirimir estos últimos planteos.

La regla que impera en nuestro medio, es el de la tramitación de los reclamos individuales de determinación del daño, mediante incidentes de liquidación ante el mismo juez que dictó la sentencia grupal. Así lo dispone el art. 54 de la LDC, que determina la vía "incidental" para la cuantificación de los perjuicios "diferenciados" sufridos por cada afectado, sin aclaraciones adicionales acerca del juez competente para dirimir dicho reclamo (lo que impone remitir a la regla general del art. 6.1 del CPCN, idéntico al que rige en distintas provincias de nuestro país). La misma línea es seguida en la Provincia de Buenos Aires por el art. 28 de la ley 13.133, según la cual los afectados "podrán por vía incidental en el mismo proceso acreditar la legitimación, su perjuicio, ejecutar la sentencia, y en su caso liquidar los daños".

La solución merece reparos, especialmente en los casos caracterizados por una significativa expansión territorial de los daños producidos por el ilícito (por ejemplo, si se condenara a resarcir los perjuicios ocasionados por una práctica desleal o anticompetitiva de empresas de rango nacional, por la comercialización de un medicamento tóxico en farmacias de todo el país, por incumplimientos del marco regulatorio del servicio de telefonía fija prestado en diversas provincias, etc.). En tales hipótesis, la solución puede limitar irrazonablemente el acceso a la justicia de los reclamos de liquidación individual, frente a los evidentes obstáculos materiales que puede tener un damnificado domiciliado a centenas o miles de kilómetros de distancia del juzgado en el que

tramitó el litigio colectivo.

Por este motivo, nos parece más apropiada la solución contemplada en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, según la cual —en estos casos— el proceso de liquidación de la sentencia "podrá ser promovido ante el juez del domicilio del ejecutante" (art. 23, par. único).

c) Medios alternativos para la liquidación individual de la sentencia colectiva

La promoción de incidentes en sede judicial para demostrar la pertenencia al grupo y el monto de los perjuicios sufridos por cada afectado, puede no ser la forma más eficiente de distribuir las sumas respectivas, especialmente frente a grupos particularmente extensos en los que, por las características del caso, se advierta que las víctimas carecerán de incentivos suficientes para promover un pleito individual de cuantificación (WRIGHT, MILLER y KANE, 1986: § 1784). Antes de remediar este problema mediante mecanismos estrictamente colectivos, en los que el monto global de los perjuicios se deposita en un fondo que aplicará los recursos a finalidades de promoción, etc. (ver infra, ap. 4), cabe indagar en la posibilidad de acudir a mecanismos alternativos para distribuir la indemnización entre los miembros del grupo.

En los EE.UU., país que —como es sabido— cuenta con una dilatada experiencia en materia de litigios por daños masivos (mass tort litigation), se han desarrollado diversas modalidades de adjudicación para este tipo de conflictos. Entre ellos, puede mencionarse la práctica consistente en designar a un funcionario especial (special master) para que se encargue de procesar los reclamos individuales, resolver las cuestiones relativas a la pertenencia al grupo y determinar el monto de los daños, de acuerdo con las guías anticipadas en la sentencia de mérito.

En cualquier caso, como lo señalan WRIGHT, MILLER y KANE (1986: § 1784. 4) en su clásica obra, los jueces deben "ejercer su discreción y en muchos casos su ingenio" para moldear sus decisiones y desarrollar procedimientos eficientes de determinación los perjuicios y de distribución de los fondos respectivos.

En nuestro país, algunas alternativas se han propuesto para evitar, en la medida de lo posible, la judicialización de esta fase de cuantificación de los daños sufridos por cada afectado, luego de la condena genérica dictada por la judicatura.

Salgado, por ejemplo, propone delegar a las partes el trámite referido a los incidentes de cumplimiento individual y recibir en sede jurisdiccional sólo aquellos reclamos en los que se susciten conflictos referidos a la apreciación de las circunstancias heterogéneas de cada lesión. Para ello, afirma el autor citado, es importante que la sentencia colectiva defina los parámetros indemnizatorios respectivos, pudiendo adicionalmente contemplarse un régimen de costas específico, que sancione al que hubiera reclamado u ofrecido el monto más alejado del que finalmente el juez determine. (9)

Consideramos que también sería posible acudir a dispositivos arbitrales o de amigables componedores en estos casos, siguiendo analógicamente la regla establecida en el art. 516 del CPCN para las liquidaciones complejas.

Una futura legislación en la materia debería, de todos modos, incorporar previsiones para dotar al juez de instrumentos idóneos (v.gr., auxiliares técnicos, oficiales integrantes de un cuerpo estable del Poder Judicial que sean designados para intervenir en cada caso al estilo de los special masters del sistema norteamericano, etc.) y de potestades de adecuación (10) para diseñar en cada caso la modalidad más eficiente de distribución de los daños diferenciales sufridos por un grupo extenso y potencialmente heterogéneo de afectados que comparten una lesión de fuente unívoca o común.

4)Liquidación y ejecución colectiva de la sentencia. El llamado "fluid recovery"

4.1) Introducción

Hemos visto hasta aquí dos tipos de solución generales para remediar el reiterado problema de las fases de la condena en los procesos colectivos promovidos en defensa de derechos individuales homogéneos. Por un lado, evaluamos la conveniencia de mantener como regla a la sentencia que ordena restituir los derechos desconocidos definiendo cualitativa y cuantitativamente la prestación debida a cada integrante del grupo y el modo de hacer efectiva la satisfacción de su interés. Posteriormente, analizamos la hipótesis de escisión de la condena en dos fases: i) un pronunciamiento genérico que declare la ilicitud del obrar, afirme la responsabilidad del accionado

por el obrar ilícito y determine los parámetros a tener en cuenta para el cumplimiento del fallo; y ii) sendas liquidaciones individuales en las que cada afectado demuestre su pertenencia al grupo y la magnitud del daño sufrido.

Ahora bien, existen casos de defensa de derechos individuales homogéneos en los que las alternativas precedentes son ineficaces, ya que al ser puestos en práctica en una multiplicidad de casos, su resultado será virtualmente nulo, como ocurre cuando los miembros del grupo se caracterizan por su dispersión y anonimato, o cuando —por distintas razones— se advierte que no existe interés suficiente que justifique la promoción de los incidentes individuales de determinación de los perjuicios padecidos.

En estos casos recobra plena operatividad el ejercicio de la legitimación colectiva, brindándose a quienes están autorizados a defender judicialmente los intereses del grupo (v.gr., los afectados, el Defensor del Pueblo, las asociaciones que propenden a esos fines), la posibilidad de determinar globalmente el monto del resarcimiento respectivo. De lo contrario, se consolidaría, en la fase final del pleito colectivo, una lesión a la garantía del debido proceso (ya que no se preverían mecanismos adecuados para remover obstáculos materiales al acceso a la justicia), con el consecuente incentivo que toda lesión impune produce para el agente productor del daño. Con lo que el proceso colectivo no cumpliría dos de sus principales finalidades (favorecer el acceso a la jurisdicción y la eficacia del derecho material disuadiendo conductas ilícitas —deterrence—) (GIDI, 2007: 29-37; VERBIC, 2012: 3797).

En estos casos, como fuera anticipado, puede hablarse propiamente de un fenómeno de liquidación y ejecución colectiva de la sentencia (no ya de liquidación [individual] de la sentencia colectiva), ya que el cumplimiento del fallo es impulsado por un legitimado grupal en representación de la clase, por más que ninguno de sus integrantes se haya presentado (o se presente en el futuro) a hacer efectiva su acreencia individual.

4.2) El "Fluid recovery"

a) Introducción

El mecanismo más conocido de liquidación colectiva de sentencias es el denominado "fluid recovery" o "cy pres distribution". Se trata de un sistema de cuantificación global de los daños producidos por un acto ilícito de especial interés cuando, por las características del caso, la condena colectiva perdería eficacia en caso de adoptarse un esquema de cumplimiento basado en la liquidación individual del crédito de cada uno de los afectados. En tales casos, luego de determinarse el monto total de los perjuicios sufridos por el grupo, las sumas respectivas son aplicadas al uso que mejor beneficie al grupo afectado ("next best use"). Así, por ejemplo: i) puede determinarse que el condenado disminuya el precio de un producto por un tiempo determinado para beneficiar a los consumidores futuros del mismo (price mechanism) (11); ii) puede también ordenarse identificar a cada uno de los afectados directos y otorgarles un descuento (direct rebate, según la denominación que en la práctica de las acciones de clase norteamericanas se da a esta variante de fluid recovery); iii) puede depositarse el monto de condena en un fondo (preexistente o creado ad-hoc), para que sean aplicados de forma tal que los miembros de la clase se vean indirectamente compensados o beneficiados (v.gr., mediante obras de infraestructura que mejoren el servicio, campañas educativas o de promoción, etc.).

En nuestro medio, no existe una legislación adecuada relativa a esta variante de cumplimiento de la sentencia colectiva. Sin embargo, entendemos que los jueces pueden implementar este tipo de mecanismos a falta de resortes más idóneos para garantizar la eficacia de sus fallos.

En el ámbito de la defensa de usuarios y consumidores, la admisibilidad de este mecanismo de ejecución de sentencias puede considerarse implícito en el art. 54 de la LDC, que establece que si los damnificados "no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado". La reforma del año 2008 a la LDC (ley 23.361), dispuso la creación de un fondo especial destinado a la educación del consumidor (art. 47 in fine, LDC), administrado por la autoridad de aplicación de dicho cuerpo legal (es decir, por la Secretaría de Comercio Interior de la Nación). Sin embargo, la ley no contempla la utilización de ese fondo como instrumento de fluid recovery en las acciones colectivas de consumo, sino en el ámbito de las sanciones administrativas aplicadas por la autoridad de aplicación en ejercicio de su poder de policía. Nada obsta, de todos modos, a que en ausencia de un mejor destino (una "mejor forma de beneficiar al grupo afectado", conf. art. 54, LDC), pueda disponerse como ultima ratio la transferencia de los montos respectivos al fondo especial contemplado en el art. 47 del citado ordenamiento.

b) Supuestos en los que procede

Existen dos hipótesis en las que este sistema de compensación es necesario para dotar de eficacia al mandato judicial: i) la primera tiene lugar frente al anonimato de los damnificados en masa, es decir, cuando es material o prácticamente imposible individualizar a los lesionados por la conducta ilícita —por ejemplo, si una asociación de defensa del consumidor iniciara una acción colectiva destinada a que se restituya a los usuarios de teléfonos públicos el "vuelto" que dichos dispositivos están autorizados a obviar, o para que una empresa concesionaria de obra pública devuelva el monto abonado en exceso a consecuencia de un aumento ilegítimo del peaje (12)—; ii) la segunda se da frente al desinterés por parte de los afectados, de presentarse a reclamar los daños padecidos individualmente (por ejemplo, cuando la relación costo-beneficio de dicha iniciativa es desfavorable para el afectado individual, o cuando la información relativa al dictado de la sentencia colectiva es insuficiente y, como consecuencia, los integrantes del grupo no llegan a conocer los mecanismos de que disponen para liquidar su acreencia, etc.).

En algunos de estos casos, puede preverse anticipadamente que los damnificados no comparecerán a liquidar y ejecutar sus acreencias (por ejemplo, en los supuestos de indeterminación irremediable o "anonimato" de los afectados, o de relación costo-beneficio desfavorable del accionar individual). En tales hipótesis, la misma sentencia condenatoria podrá disponer la creación del fondo (o la utilización de uno ya creado), al que se ordenará depositar el monto de los perjuicios que el grupo padeció, previa determinación global que, si no fue realizada en el pleito principal, será el objeto de la liquidación colectiva que estudiamos.

En otros supuestos, quizás no sea posible adelantar ese juicio y deba esperarse un tiempo prudencial para verificar si existe un interés concreto por parte de los afectados en solicitar el resarcimiento correspondiente. Diversas soluciones pueden pergeñarse para cubrir esta disyuntiva.

La primera sería tomar este fenómeno como parte del funcionamiento del fondo creado de acuerdo con la sistemática aludida en el párrafo anterior. Es decir, que el juez, al condenar al pago de los daños ocasionados y aun sin saber si se presentarán suficientes interesados a liquidar individualmente sus acreencias, disponga la creación del fondo, liquide globalmente los perjuicios ocasionados e indique al administrador del fondo que tendrán prioridad para el cobro de las sumas respectivas quienes demuestren su pertenencia al grupo y la magnitud del daño padecido. Sólo el remanente será aplicado a las finalidades de promoción indirectas propias del sistema de compensación "fluido". Varios de los fondos de compensación creados en el marco de las class actions for damages norteamericanas siguen este diseño.

La segunda alternativa es la pergeñada por el CDC brasileño (art. 100) (13) y por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (art. 27). En dicho esquema, la liquidación colectiva sólo procederá si, luego de transcurrido un plazo prudencial (un año, en los ordenamientos aludidos), no comparecen "interesados suficientes en número representativo y compatible con la gravedad del daño". Como puede advertirse, el esquema es diverso al aludido en el párrafo anterior. En el régimen ahora analizado, la procedencia de la determinación global de los daños causados al grupo está condicionada por el interés evidenciado entre sus integrantes. Si hay un número de reclamos "representativo" y "compatible con la gravedad del daño", el fondo no se creará y el responsable sólo deberá afrontar las indemnizaciones liquidadas durante ese año, por más que el daño grupal hubiera sido mayor. Si, por el contrario, no comparece ese número representativo de afectados, luego del plazo de espera referido (un año), procederá la liquidación colectiva (fluid recovery). El sistema está basado en condiciones deliberadamente indeterminadas, que buscan dotar al juez de amplios poderes de valoración para resolver caso a caso si utiliza o no esta herramienta (fondos) para compensar los daños no liquidados individualmente.

c) Importancia de la prueba estadística. Quid del debido proceso

Siendo que —como vimos— el mecanismo analizado (fluid recovery) sólo procede cuando la liquidación de los daños individuales es prácticamente imposible, la determinación global de los perjuicios ocasionados muchas veces no podrá ser calculada mediante la sumatoria de los padecimientos sufridos por cada uno de los miembros del grupo.

Si se exigiera una prueba directa de esos perjuicios individuales para calcular el daño global, se podría caer en un círculo vicioso, especialmente cuando se acudió a esta vía precisamente por desinterés de los integrantes de

la clase en exteriorizar ese daño diferenciado de fuente común. (14)

En tal caso, cobran especial relevancia para una determinación aceptable de los perjuicios del grupo, medios de convicción alternativos como la prueba estadística, los relevamientos generales de funcionamiento de los mercados, etc.

Mediante estos relevamientos, es posible extraer indicios generales que permitan arribar a un grado de convicción racional sobre el daño sufrido por el grupo afectado, pese a no tener conocimiento alguno sobre el impacto específico que el obrar ilícito hubiera tenido sobre la esfera individual de cada uno de sus integrantes.

El tema no está exento de complejidades, dada la necesidad de acompañar un diseño probatorio eficiente con adecuadas garantías para los demandados de poder controlar el monto de los perjuicios ocasionados al grupo.

Veamos un caso que permite ejemplificar el funcionamiento y dilemas que suscita este tipo de evidencias en litigios como los que venimos estudiando. Para ello recordaremos la acción de clase iniciada en Nueva York en el año 2006, para resarcir a los consumidores de cigarrillos "light" introducidos en el mercado norteamericano desde 1971. (15) Los actores (representantes del Departamento de Justicia de los EE.UU.) sostuvieron como argumento central de su planteo que, entre esos años, decenas de millones de personas adquirieron el producto en el convencimiento de que se trataba de cigarrillos más "sanos" que los regulares, persuasión que —agregaron— respondió a una publicidad engañosa de las compañías tabacaleras. Éstas sabían que los cigarrillos "light" eran tan o más nocivos que los comunes, pero organizaron una fecunda estrategia de marketing para convencer de dichas bondades inexistentes. El caso, vale aclararlo, no estaba destinado a obtener resarcimiento por los daños a la salud ocasionados a los fumadores, sino a que se devuelva a los consumidores la parte del precio que pagaron por comprar un producto "light". Se aportó en tal sentido una pericia de parte (expert witness), que —basada en estudios de mercado y prueba estadística— concluía que alrededor de la mitad del precio pagado respondía a la (inexistente pero publicitada) condición del cigarrillo "light" como un producto más sano que los regulares. Por lo que el daño globalmente ocasionado a los consumidores ascendía a la mitad de las ventas totales de cartones "light" durante 35 años: unos 144.000.000.000 de dólares. (16) Además, agregaron —con apoyo en dicho estudio pericial—, que la difusión de los cigarrillos "light" aumentó la demanda general de los fumadores, lo que incrementó el precio de los cigarrillos en general, produciéndoles un perjuicio ilícito adicional a los consumidores de unos 50.000.000.000.

El caso fue admitido (certificado) como acción de clase por el Juez de Distrito de Nueva York luego de un debate que duró unos nueve meses, habilitándose, para el caso de demostrarse el fraude publicitario, la prueba del perjuicio a través de prueba estadística. Afirmó en tal sentido que la evidencia estadística "confiable" puede ser un elemento significativo para que el jurado determine el monto de la compensación adeudada, por más que algunos temas deban ser tratados individualmente, como la resolución de ciertas cuestiones atinentes a la prescripción de los daños. En cuanto al destino de la indemnización, se echó mano del mecanismo del fluid recovery, al que nos venimos refiriendo, de modo de aplicar tales sumas a finalidades de promoción y beneficio indirecto de los afectados. (17)

Apelada la decisión, la Cámara revocó el pronunciamiento y dejó sin efecto la certificación de la clase en esos términos, considerando que la prueba estadística no era suficiente sino que se requeriría un debate individual para demostrar que los distintos consumidores compraron los cigarrillos guiados por la publicidad engañosa y no por otros motivos. (18) Ello no importa descartar de plano toda posibilidad de acción de la prueba estadística en este tipo de conflictos, sino imponer su utilización únicamente en casos en los que sus conclusiones no priven al accionado de una razonable posibilidad de cuestionar la causalidad genérica a la que se arriba mediante dicha modalidad probatoria.

d) ¿Fondos de reparación genéricos o fondos ad-hoc? ¿Quién debe administrar el fondo y a qué fines deben aplicarse?

Otro de los interrogantes que se alzan respecto de estos mecanismos alternativos de compensación, se refiere a la conveniencia de aplicar los montos de condena a un fondo único, generalmente administrado por el Estado —como ocurre en Brasil con el Fondo para la Defensa de los Derechos Difusos (19) o en la Argentina con el Fondo de Composición Ambiental al que alude el art. 28 de la Ley 25.675 (20) o el ya referido Fondo de Educación para el Consumo previsto en el art. 47 de la LDC (21)— o autorizar la creación de fondos especiales de afectación

en cada caso, los que serán administrados por quien el juez determine según los criterios generales de distribución o aplicación que se establezcan en la sentencia.

Entendemos que este último mecanismo es en general el que mejor garantiza una distribución adecuada y eficiente de los montos de condena en beneficio de los miembros del grupo afectado. Es que cuanto más general es el fondo (por ejemplo, el fondo de "educación al consumo" o de "recomposición ambiental") más probable es que las sumas aportadas por el condenado se alejen de su misión prístina de compensar de la mejor manera posible a los damnificados por el obrar ilícito.

En cuanto al encargado de la administración del fondo debe tenerse presente que ejecución de las partidas de cualquier fondo de afectación demanda una técnica presupuestaria, contable y/o financiera depuradas, para las que el juez en general no está preparado ni cuenta con una estructura adecuada. Sin embargo, la judicatura no podría desentenderse absolutamente de la administración de los fondos respectivos, debiendo mantener un control efectivo sobre los destinos a los que los mismos son aplicados. De lo contrario, se privaría al Poder Judicial de instrumentos idóneos para garantizar la eficacia de sus mandatos. Para equilibrar dichos extremos en tensión, es posible pensar en soluciones intermedias que deban ser moduladas con flexibilidad, prudencia e inteligencia por parte de los jueces. Entre ellas pueden mencionarse alternativas como: a) la imposición al Estado de crear una estructura administrativa para disponer de los fondos según los parámetros generales contenidos en la sentencia y con adecuado control jurisdiccional; b) la creación de una estructura estable del Poder Judicial, destinada a administrar y ejecutar esta clase de fondos como auxiliares de justicia; c) la utilización de profesionales ad-hoc que se encarguen de dicha tarea, extraídos de una lista confeccionada por el Poder Judicial con adecuado control de su idoneidad en general y de su desempeño en cada caso (lo que lleva a recordar la experiencia comparativa de los special masters norteamericanos, a los que ya hemos hecho referencia); c) la transferencia de los fondos a fundaciones u organizaciones no gubernamentales de destacada trayectoria, para que los apliquen a actividades tendientes a promover los derechos lesionados [\(22\)](#), con rendición de cuentas y control permanente.

Entendemos que para los casos de defensa de derechos individuales homogéneos, los resortes aludidos en los incisos b) y c) del párrafo anterior son los que exhiben mejores cualidades como instrumentos para dotar de eficiencia al decisorio colectivo. En los casos de litigios estructurales, en los que el cumplimiento de la sentencia condenatoria depende frecuentemente de una delicada coordinación de competencias entre los tres poderes y además entre diversas jurisdicciones dentro de la estructura federal del estado, la administración podrá desempeñar un papel más significativo en la administración de los fondos creados para la remediación del ilícito colectivo.

e) La liquidación colectiva frente al incumplimiento de condenas a "hacer" o "no hacer"

La liquidación colectiva de sentencias no sólo es útil en los supuestos de sentencias que condenan a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por un ilícito, sino para casos en los que el proceso colectivo finalizó con un mandato de "hacer" o "no hacer".

También en estas hipótesis puede ocurrir que por desconocimiento, desinterés o imposibilidad de determinar a los afectados, el legitimado colectivo proceda a ejecutar el mandato contenido en la sentencia y, a falta de otro medio para hacer cumplir en especie la obligación de hacer exigida en la sentencia respecto del grupo, solicite la liquidación colectiva de los daños ocasionados por su desobediencia, en los términos de los arts. 513 y 514, CPCN.

Se da aquí un particular supuesto de determinación genérica del 'an debeat' (demostración del incumplimiento de la sentencia colectiva), seguida del trámite aludido en los apartados anterior (v.gr., liquidación individual de los daños sufridos por el incumplimiento de la sentencia colectiva) [\(23\)](#) o de los restantes modelos de determinación global de daños (fluid recovery).

V. Importancia de las pautas de liquidación y ejecución en los acuerdos transaccionales colectivos

Hemos desarrollado con anterioridad la problemática de los acuerdos en los procesos colectivos, aclarando es posible en este ámbito arribar a soluciones auto-compuestas como la transacción. La circunstancia de que el legitimado colectivo asuma una representación atípica del grupo (estando así autorizado legalmente a gestionar los derechos y defensas de personas que no le dieron poder alguno para hacerlo), no es óbice para la conclusión de dicho tipo de acuerdos.

Sin embargo esa cualidad especial que reviste la legitimación grupal hace que, a diferencia de lo que ocurre

en los procesos tradicionales, no sólo tenga que analizarse en cada caso la presencia de derechos disponibles o de cuestiones que no afecten el orden público (arts. 308, CPCN; 833, 842 a 849 y ccs., Cód. Civ.), sino que, además, deba revestirse al acto de formalidades y recaudos específicos destinados a verificar que el acuerdo sea justo para el grupo, por haber sido el fruto de una negociación seria, efectiva, proba y enérgica de quien se encuentra habilitado legalmente para estar en juicio en representación del conjunto de los afectados.

Tales recaudos adicionales propios de los acuerdos extintivos celebrados en el marco de procesos de este tipo pueden agruparse en tres variantes fundamentales:

a) la necesidad de analizar rigurosamente la representatividad adecuada del representante del grupo, evaluando los múltiples factores que juegan para apreciar esta idoneidad del legitimado (24);

b) la exigencia de verificar que el acuerdo sea adecuado, justo y equilibrado para el grupo, a efectos de lo cual cabe tener en cuenta parámetros como: i) la expectativa de éxito de la pretensión deducida; ii) la dificultad probatoria y complejidad jurídica del caso; iii) el tiempo y costos que insumiría demostrar la razón en juicio, asumiendo que el reclamo prosperara, aspecto directamente asociado con los incisos anteriores; iv) la adecuada distinción entre subcategorías de afectados, cuando ello fuera relevante; v) la claridad de los parámetros para liquidar créditos individuales, cuando ello fuera necesario, y para ejecutar el convenio en caso de incumplimiento; vi) la garantía de concreción efectiva de las prestaciones comprometidas a favor del grupo, evaluando el riesgo de insolvencia o modificación de las condiciones de cobrabilidad futura (factor que puede incluso ser tenido en cuenta comparativamente, para verificar si dicho peligro se potencia en caso de no arribarse a una transacción).

c) la posibilidad de notificar el contenido básico de la propuesta de acuerdo a los integrantes del grupo y de contemplar un régimen específico de autoexclusión ("opt out") de los miembros del grupo que no desean formar parte de la solución general convenida, cuando ello fuera posible de acuerdo a las circunstancias del caso.

Si prestamos atención a las exigencias aludidas en el apartado b) respecto de las cláusulas del acuerdo, puede apreciarse que entre los distintos condicionantes relacionados con el contenido de aquél, se destaca la necesidad de acordar pautas claras de liquidación y garantías explícitas de cumplimiento. Por lo que, en lo que interesa a este trabajo, el juez puede negarse a homologar un acuerdo que carezca de previsiones concretas que permitan transformar al acuerdo en un dispositivo útil para modificar la realidad.

VI. Conclusiones

Como colofón, corresponde sintetizar las principales conclusiones emanadas de los desarrollos precedentes:

1) La eficiencia del servicio de justicia y la eficacia de los mandatos judiciales transitan en nuestro país por una fase crítica.

2) Los procesos colectivos carecen de una regulación sistemática que afronte sus principales problemas e instituciones, entre ellos, los concernientes a la liquidación y ejecución de las sentencias que les ponen fin.

3) La norma jurídica que hace lugar a la pretensión grupal (sentencia colectiva condenatoria) tiene alcances generales, a diferencia de la clásica individualidad que caracteriza a las decisiones jurisdiccionales, cualidad de la que se derivan importantes consecuencias en que concierne a la implementación de este tipo de mandatos.

4) Entre estas consecuencias, cabe destacar la relevancia que adquiere la fase de liquidación de sentencias, instrumento de vital importancia en los procesos colectivos deducidos en defensa de derechos individuales homogéneos.

5) Dada la atipicidad y complejidad (subjética y objetiva) de los procesos colectivos, es fundamental la aplicación inteligente de técnicas eficientes de administración del litigio (case management) por parte de los operadores (partes, abogados y jueces). Entre dichos instrumentos debe prestarse especial atención, desde el inicio del pleito, al diseño del modo en que será implementada en el futuro una eventual sentencia condenatoria colectiva, incluyendo mecanismos eficientes de liquidación y ejecución.

6) Es dable distinguir la liquidación (individual) de las sentencias colectivas y de la liquidación colectiva de sentencias. En el primer caso, los afectados acuden a determinar el impacto perjudicial que el obrar calificado de ilícito en una sentencia condenatoria genérica, tuvo en su esfera individual de interés. En el segundo, es el legitimado colectivo quien, a falta de impulso por parte de los afectados individuales, promueve la liquidación grupal, a efectos de determinar el monto global de los perjuicios que el condenado le ocasionara al grupo.

7) La liquidación individual de la sentencia colectiva puede asumir diversas modalidades. En cuanto a su objeto, puede tener alcances más amplios que los que en general caracterizan a la liquidación de las sentencias individuales. En cuanto a los supuestos en los que procede, este paso previo a la ejecución del mandato colectivo procede: a) en las hipótesis de condena dineraria genérica (determinación del an debeatur sin identificación precisa del monto que cada integrante del grupo debe percibir en cumplimiento de la sentencia); b) frente a condenas de hacer o no hacer incumplidas, en las que cada miembro de la clase puede promover liquidación individual en los términos de los arts. 513 y 514 del CPCN.

8) Respecto del sistema de sentencias condenatorias genéricas seguidas de liquidaciones individuales (escisión del debate en torno al an debeatur y al quantum debeatur), cabe concluir que: a) se trata de un mecanismo que sólo debe ser utilizado cuando, por las características del caso, no sea posible o conveniente determinar el quantum debeatur en la primera etapa cognoscitiva del proceso colectivo; b) en cuanto a la necesidad de probar la existencia del daño como condición para el dictado de la sentencia condenatoria genérica, debe seguirse una hermenéutica que desvincule el debate probatorio sobre la existencia (genérica, específica, verosímil, etc.) de dichos perjuicios, en la fase relativa al an debeatur; c) respecto de la competencia para deducir los incidentes de liquidación individual, debe revisarse la solución adoptada en diversos regímenes en nuestro país, por el que se determina que ese tipo de reclamos tramite por vía incidental ante el juez que entendió en el pleito principal. Dicha solución puede producir una irrazonable limitación de la garantía del debido proceso (acceso a la justicia), por lo que debería seguirse el criterio sustentado en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, que autoriza al afectado a liquidar su acreencia ante el juez de su domicilio; c) es dable reconocer al juez amplias potestades para definir el modo más eficiente de liquidación individual del mandato colectivo (principio de adecuación de las formas), incluyendo modalidades alternativas como la designación de un funcionario especial que se encargue de procesar los reclamos individuales, la delegación a las partes del trámite respectivo, la aplicación sistemas arbitrales o de amigables componedores (siguiendo analógicamente la regla del art. 516 del CPCN para liquidaciones complejas), etc.

9) La liquidación colectiva de sentencias (stricto sensu) constituye un instrumento necesario para garantizar la eficacia de la tutela jurisdiccional, cuando por el anonimato o indeterminación de los afectados, o por el desinterés (lato sensu) de los mismos en reclamar su acreencia, la conducta ilícita quedaría impune de acudir a los sistemas de liquidación individual de la sentencia. A través de los mecanismos de liquidación y ejecución colectiva, el legitimado colectivo puede solicitar que se determine globalmente el daño producido al grupo, a efectos de ser aplicados a finalidades total o parcialmente distintas del resarcimiento particular de cada uno de los afectados.

10) Una de las variantes más reconocidas de liquidación colectiva de sentencias es el denominado fluid recovery, que tiene lugar en dos hipótesis fundamentales: a) el caso de el anonimato de los afectados, es decir ante la imposibilidad material o práctica de individualizar a los lesionados la conducta ilícita reprochada; b) el supuesto de desinterés de los damnificados en liquidar sus acreencias a título individual.

11) La creación de fondos especiales de reparación para aplicar los montos procedentes de la liquidación global de los perjuicios, es una solución razonable que debe ser admitida en nuestro medio aun en ausencia de una regulación sistemática a su respecto. La aplicación de este tipo de mecanismos de fluid recovery integra los poderes de dirección con que cuentan los jueces para hacer efectivas sus decisiones. Sin perjuicio de ello, cabe bregar por la incorporación explícita de estos mecanismos de cumplimiento de las sentencias colectivas, tanto en la legislación sustancial como procesal de nuestro país.

12) Existen diversas alternativas posibles para regular la administración de estos fondos de compensación. En los casos de defensa de derechos individuales homogéneos, las variantes que muestran mejores cualidades en la materia, son: a) la creación de una estructura estable del Poder Judicial destinada a administrar y ejecutar esta clase de fondos como auxiliares de justicia; y b) la actuación de profesionales independientes que desempeñen dicho papel, extraídos de un listado especial confeccionado por el Poder Judicial con adecuado control de idoneidad en general y de desempeño en cada caso.

13) Los acuerdos transaccionales colectivos sólo pueden ser homologados si se presentan ciertas condiciones subjetivas y objetivas que permitan afirmar que el acuerdo es justo para el grupo, por haber sido el fruto de una

negociación seria, efectiva, proba y enérgica de quien se encuentra habilitado legalmente para estar en juicio en representación del conjunto de los afectados. Entre dichas condiciones, en lo que interesa a este trabajo, importa destacar: i) la claridad de las cláusulas relativas a la liquidación de los daños padecidos por los miembros del grupo; y ii) la incorporación de garantías adecuadas de cumplimiento de lo pactado. En ausencia de estas condiciones, el juez podrá negarse a homologar un acuerdo celebrado entre las partes para extinguir el litigio colectivo.

VII. Bibliografía

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa y RODRIGUES WAMBIER, Liuz (2006). "Natureza da decisão que 'homologa liquidação'", RePro, vol. 62, cit. por WAMBIER, Liuz, Sentença civil. Liquidação e cumprimento, 3ª ed., Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 21.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa y RODRIGUES WAMBIER, Liuz (2007). "Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas". En Ada PELLEGRINI GRINNOVER, Aluisio GONÇALVES DE CASTRO MENDES y Kazuo WATANABE (coords.), "Direito Processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos", Revista Dos Tribunais, Brasil.

BERIZONCE, Roberto y GIANNINI Leandro (2003). "La acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos en el Anteproyecto Iberoamericano de Procesos Colectivos". En Antonio GIDI y Eduardo FERRER MACGREGOR (comps.), La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica, México, Porrúa, pp. 63-80.

BERIZONCE, Roberto (2011). "El principio de legalidad formal bajo el prisma de la constitución 'normatizada'". En Roberto BERIZONCE (coord.), Principios procesales, La Plata, Editorial Platense, pp. 101-124.

CALAMANDREI, Piero (1997). "La condena 'genérica' a los daños". En Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Buenos Aires, El Foro, p. 147-179.

DURAND, Anna L. (1981). "An Economic Analysis of Fluid Class Recovery Mechanisms". En Stanford Law Review, Stanford, vol. 34, nro. 1, pp. 173-201.

GIANNINI, Leandro J. (2005). "Tipología de los derechos de incidencia colectiva", Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados, XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, en La Ley, 2005, pp. 40-63.

GIANNINI, Leandro J. (2006). "La representatividad adecuada en los procesos colectivos". En Eduardo OTEIZA (coord.), Procesos Colectivos, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pp. 179-214.

GIANNINI, Leandro J. (2006). "Legitimación en las acciones de clase", La Ley, Buenos Aires, LL 2006-E-916.

GIANNINI, Leandro J. (2007). La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos, La Plata: Editorial Platense.

GIANNINI, Leandro J. (2009). "Los procesos colectivos en la Ley General Ambiental. Propuestas de reforma". En Roberto BERIZONCE (coord.), Aportes para una justicia más transparente, La Plata, Editorial Platense, pp. 105-169.

GIDI, Antonio (2007). "A 'class action' como instrumento de tutela colectiva dos direitos". En Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

KARMEL, Philip y PADEN, Peter (2006). "Fluid recovery in class action litigation". En New York Law Journal.

MILLER, Jessica y RAMOS, Nina (2007). "Fluid Recovery: Manufacturing Common Proof in Class Actions?". En Class Actions Watch, septiembre de 2007.

MORELLO, Augusto Mario (2004). Dificultades de la prueba en procesos complejos. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

OTEIZA, Eduardo y VERBIC, Francisco (2010). "La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo 'Halabi'?". En Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires.

SALGADO, José María (2011). Tutela individual homogénea. Buenos Aires, Astrea.

VERBIC, Francisco. "El proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente n° 25.675. En búsqueda de un sistema procesal colectivo para la reparación del daño ambiental en la República Argentina". En *Revista de Processo*, nro. 157, Ed. Revista dos Tribunais, Brasil.

VERBIC, Francisco (2007). *Procesos colectivos*, Buenos Aires, Astrea, pp. 81-86.

VERBIC, Francisco (2009) "El proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente n° 25.675. En búsqueda de un sistema procesal colectivo para la reparación del daño ambiental en la República Argentina". En *Revista de Processo*, Brasil, nro. 157.

VERBIC, Francisco (2012). "Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de fluid recovery. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil", en *RIDB*, año 1, nro. 6, p. 3797.

WRIGHT, Charles, MILLER, Arthur y KANE, Mary K (1986). *Federal practice and procedure*. 2ª edición. Minnesota, West Publishing.

VIII. Legislación consultada

Ley 13.133, Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, 9/1/2004.

Ley 24.240, Boletín Oficial de la República Argentina, 15/10/1993.

Ley 26.361, Boletín Oficial de la República Argentina, 7/4/2008.

Ley 25.675, Boletín Oficial de la República Argentina, 28/11/2002.

IX. Jurisprudencia consultada

Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, 31/8/2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas

Juzgado Federal del Distrito de Nueva York, 25/9/2006, Schwab v. Phillip Morris.

U.S. Court of Appeals, 2º Circuit, 3/4/2008, McLaughlin v. Philip Morris USA, Inc., 522 F.3d 215 (2nd Cir. 2008).

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Profesor Ordinario Titular de Derecho Procesal II, Cátedra I. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.

(1) En más de una oportunidad hemos examinado el concepto de derechos individuales homogéneos, enclavándolo como especie dentro del género de los derechos de incidencia colectiva a los que se refiere el art. 43 de la Constitución Nacional (ver GIANNINI, 2007: 29-65; GIANNINI, 2005:40-63). Sintetizando aquellos desarrollos, puede definirse a los derechos individuales homogéneos como aquéllos que pertenecen divisiblemente a una pluralidad relevante de personas, desbordando, por sus especiales cualidades, los tradicionales mecanismos de enjuiciamiento grupal (v.gr., intervención de terceros, litisconsorcio). La divisibilidad es, entonces, la principal nota distintiva de esta sub-especie de derechos de incidencia colectiva.

(2) Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, sent. del 31 de agosto de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

(3) El pleito había durado casi diez años en su fase cognoscitiva, arribándose a una condena ulteriormente sometida a la ley de consolidación 23.928. La necesidad de la víctima de contar con la indemnización para afrontar su tratamiento (había padecido severas secuelas psíquicas con posterioridad a un accidente sufrido en un predio del Ejército Argentino), lo forzó a vender los títulos públicos que, por otro lado, había tardado alrededor de dos años en conseguir siguiendo el procedimiento administrativo contemplado en dicho régimen de consolidación. Ello redujo sustancialmente el monto concretamente percibido ya que los 116.063 bonos que le entregó el Estado, valían en el mercado aproximadamente \$38.300. Para llegar a ese momento, habían pasado alrededor de 12 años.

(4) Respecto de la categoría de procesos complejos y, en particular, los problemas que se suscitan en el ámbito probatorio en este tipo de litigios, ver en general: MORELLO, 2004.

(5) Por las limitaciones de este trabajo, no corresponde desarrollar aquí la temática de la cosa juzgada en los procesos colectivos y, en particular, de las distintas hipótesis en las que una sentencia colectiva resulta inoponible a los miembros del grupo (v.gr., por haber optado por excluirse de las resultas del pleito —opt out—; por haber sido sus intereses inadecuadamente representados en el pleito, etc.). Siendo que estas líneas se enfocan en la

problemática de la ejecución de la sentencia colectiva, se parte de la hipótesis de un pronunciamiento favorable al grupo, cuyos miembros se verán beneficiados —en líneas generales— por la condena a ejecutar.

(6) Se discute en doctrina si esta clase de actualizaciones o cálculos matemáticos son verdaderamente hipótesis de liquidación. Con buenas razones, Luiz Wambier y Teresa Arruda Alvim Wambier niegan dicho encuadre: "Lo que frecuentemente ocurre es la necesidad de que esos títulos [nota: se refiere a los títulos extrajudiciales] tengan sus valores actualizados, y estas actualizaciones no son propiamente homologadas por el Juez sino, simplemente, aprobadas. Estas actualizaciones numéricas 'nada liquidan', limitándose, pues, a corregir 'el quantum constante del juicio ejecutivo'" (WAMBIER, Luiz, 2006: 21, con cita de WAMBIER, Teresa, p. 263).

(7) La versión inicial del Anteproyecto de Procesos Colectivos para Iberoamérica, presentada a la discusión del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, contenía una regla diversa, similar a la del régimen brasileño de acciones colectivas (art. 95 del CDC, ley 8078/1990), según la cual "en caso de procedencia del pedido, la condena podrá ser genérica" (el régimen brasileño es más rígido, ya que dispone que, en caso de procedencia de la acción, la condena "será" genérica). Oportunamente, junto con el profesor Roberto Berizonce, participamos de la discusión del anteproyecto, destacando que la regla aludida debía ser interpretada favoreciendo la posibilidad de que, en caso de haber sido recabados en el transcurso del proceso inicial elementos de juicio suficientes, la resolución comprenda también el quantum debeatur (BERIZONCE y GIANNINI, 2003:72). La versión definitiva del Código Modelo, aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004, colocó directamente esta solución como la regla general en la materia, procurando concentrar, en la medida de las posibilidades, las distintas fases de la condena en los procesos colectivos de defensa de derechos individuales homogéneos.

(8) Con ironía destacaba Calamandrei en el trabajo citado precedentemente, las dificultades y debates que la condena genérica de daños había producido en la praxis italiana. Decía, en un pasaje de este formidable ensayo, que "quien examine, de diez años a esta parte, los repertorios y maximarios de jurisprudencia en relación a la voz Daños, le puede parecer que en este decenio los jueces y abogados no hayan encontrado cosa mejor que hacer que especular sobre el daño 'genérico' y sobre los medios más adecuados de probarlo." Más adelante, sentencia: "si la introducción en nuestro derecho del concepto de condena 'genérica' a los daños ha sido originariamente sugerida por el sano propósito de reprimir la litigiosidad y de favorecer la economía de los juicios, no parece, a juzgar por los repertorios de jurisprudencia, que este fin haya sido alcanzado." (ob. cit., pp. 153-154)

(9) Se trata de un régimen de costas similar al que, por ejemplo, rige en la Provincia de Buenos Aires para el juicio de expropiación (art. 37, ley 5708).

(10) Berizonce ha sostenido con carácter general la aplicación del principio de "adecuación de las formas" como complemento del reconocido postulado de la instrumentalidad de las reglas procesales. A través del primero, el juez cuenta no sólo con la posibilidad de validar los actos que, pese al incumplimiento de las formas estatuidas por el legislador, alcanzan a cumplir su finalidad (art. 169, CPCN, corolario fundamental del referido principio de instrumentalidad), sino además de adecuar los tipos procesales a las características de la controversia como manifestación de sus potestades de dirección (case management): "... por vía de interpretación pretoriana se han abierto paulatinamente nuevos cauces en una línea de avance que, haciendo pie en las garantías fundamentales del debido proceso, primero [...] y de la tutela judicial efectiva, después, permite aseverar que el principio de adecuación de las formas [...] integra el sistema formal argentino" (BERIZONCE, 2011: 101-124, esp. p. 104).

(11) La distinción entre variantes de compensación "fluidas" basadas en la reducción del precio (price mechanisms) y otras alternativas más complejas en su implementación y administración, como los fondos de compensación (non-price mechanisms), han sido estudiadas desde hace tiempo desde una perspectiva económica, a efectos de sentar parámetros útiles que permitan reducir el riesgo de cometer errores en la distribución de la indemnización global (ver en tal sentido, DURAND, 1981: 173-201, argumentando que los primeros —priced mechanisms— son económicamente inferiores en cuanto a su rendimiento que los segundos —non-priced mechanisms—, salvo en algunos casos específicos y limitados).

(12) En ambos casos, sería relativamente sencillo probar el quantum del perjuicio ocasionado (v.gr., a través de los libros de la empresa y demás registros de administración). Sin embargo, la acreditación del monto a devolver a cada usuario resulta prácticamente imposible, por la probable destrucción, pérdida, etc., de los comprobantes respectivos. Similares ejemplos pueden conjeturarse en situaciones como las de vulneración a la

normativa que tutelan la competencia. Sin una empresa, en ejercicio abusivo de su posición dominante, impone precios desproporcionados a sus productos, la declaración de ilegitimidad de tal actuar conllevará la condena a restituir a los consumidores del producto los sobrepagos pagados. Pero en muchas oportunidades sería casi inviable que los compradores hayan conservado prueba adecuada de la adquisición, lo cual se agravaría en caso de bienes consumibles. En síntesis, el anonimato de algunas relaciones de consumo condena a muerte a la pretensión de liquidación individual de ciertos daños.

(13) También en el régimen de la Acción Civil Pública brasileña, destinada a la defensa colectiva de derechos como el medio ambiente, el patrimonio cultural, etc., dispone de un régimen de liquidación colectiva con un plazo de espera más breve, de 60 días (art. 15, ley 7347/1985).

(14) Distinto es el caso de los ilícitos masivos en los que no es posible identificar a los titulares de los créditos individuales, pero se puede saber con precisión la cantidad de afectados y el perjuicio que cada uno de ellos sufriera. Recuérdese el ejemplo del cuestionamiento de un aumento en la tarifa de un peaje o de abuso de posición dominante por parte de una empresa que le permitió fijar precios por encima de los que hubieran correspondido en un mercado competitivo. De los libros de los demandados es posible saber cuántas ventas se realizaron y por qué precio, con lo que el daño global puede ser demostrado con prueba directa, aunque se deba acudir al *fluid recovery* por no poder hallar a los compradores del producto o a la mayoría de los automovilistas que pagaron el peaje durante el período cuestionado.

(15) Caso "Schwab v. Phillip Morris", resuelto el 25 de septiembre de 2006 por el Juez Federal del Distrito de Nueva York, Jack B. Weinstein. Para un comentario del caso: ver KARMEL y PADEN, 2006; ver asimismo MILLER y RAMOS, 2007.

(16) En puridad, la prueba estadística revelaba que el 90,1% de los consumidores de cigarrillos "light" compraron dicho producto guiados por la falsa representación exteriorizada mediante publicidad engañosa. El 9,9% restante, por ende, no integró al monto final de condena.

(17) Las razones por la que el magistrado acudió al mecanismo de determinación global (no individual) de los daños, se destacan por su pragmatismo y búsqueda de eficiencia en el servicio de justicia: la dimensión de la clase (todos los consumidores del país de cigarrillos light desde 1971 a la fecha) haría imposible que el jurado pueda recibir el testimonio de decenas de millones de actores respecto de los motivos por los que adquirían cigarrillos "light" y no cigarrillos comunes. Vale destacar un interesante argumento defensivo de las empresas tabacaleras, finalmente descartado por el Juez Weinstein pero acogido por la alzada al dejar sin efecto la decisión de primer grado. Las demandadas afirmaron que la prueba estadística y la determinación grupal del daño le impediría controlar el testimonio de cada uno de los actores y repreguntarles acerca de las razones por las que compraban productos "light". El magistrado rechazó esa denuncia de violación del debido proceso, afirmando que las demandas no tendrían obstáculos para controlar el resultado de la prueba estadística, pero que la organización del debate y conducencia de la prueba entraba dentro de las potestades de dirección del juez (*case management*) ingresando, por ende, dentro de sus "poderes discrecionales".

(18) U.S. Court of Appeals, 2° Circuit, "McLaughlin v. Philip Morris USA, Inc. (Philip Morris v. Schwab)", 522 F.3d 215 (2nd Cir. 2008), sent. del 3 de abril de 2008.

(19) El Fondo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos brasileño fue pergeñado en Brasil por la Ley de Acción Civil Pública en 1985 (art. 13). Por Ley n° 13.555 de 2009, fue transferido de la órbita del Ministerio Público al Poder Ejecutivo nacional (Secretaría de Justicia y Defensa de la Ciudadanía).

(20) En el ámbito de la tutela ambiental, existen propuestas para dotar de mayores alternativas sentencias al juez, cuando advierta que la determinación de mecanismos atípicos o "fluidos" de liquidación de los daños colectivos es la mejor forma de dotar de eficacia a la sentencia de mérito. Así, por ejemplo, en el proyecto de reformas a la Ley General Ambiental elaborado por el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, aprobado y hecho propio por la Asociación Argentina de Derecho Procesal, en reunión del día 19 de septiembre de 2006, se incorpora expresamente la facultad de crear fondos de compensación ad-hoc, distintos al Fondo de Reparación contemplado en el art. 28 de la ley 25.675. El proyecto se encuentra publicado en La Ley (26/12/2006) y comentado por Francisco VERBIC (2009: 105-169).

(21) Ya fue aclarado que este fondo no fue diseñado como un instrumento de compensación para las acciones

colectivas de defensa del consumidor, sino para aplicar parte de los montos recaudados en concepto de multa por la administración (Secretaría de Comercio Interior) cuando actúa en ejercicio de su poder de policía del consumo. Sin perjuicio de ello, el ejemplo es útil como modelo de actuación de un fondo genérico, concentrado y administrado por el Estado.

(22) En Los EE.UU., esta solución ha sido utilizada jurisprudencialmente y, en algunos Estados, obtuvo expreso reconocimiento legislativo. Así, por ejemplo, en California, la sección 384(b) del Código Procesal Civil estadual fue modificada en 2001, permite aplicar los fondos no reclamados por los miembros del grupo a ONG's o fundaciones que desarrollen proyectos que beneficien a la clase o a personas situadas en posición similar, programas de promoción de derechos del niño u organizaciones que provean servicios legales a indigentes.

(23) Esta sistematización importa apartarse de la doctrina que en general considera a los "fondos" o mecanismos de fluid recovery como los únicos supuestos de liquidación colectiva de sentencias propiamente dicho. Así, importantes autores consideran que la liquidación de sentencias colectivas es siempre individual, con la sola excepción de los fondos de compensación, que sería "la única hipótesis en que se puede hablar de liquidación propiamente colectiva. En otros casos, se trata de la liquidación de la sentencia colectiva y no de liquidación colectiva de la sentencia" (WAMBIER y WAMBIER, 2007: 272). La postura asumida en el texto se aparta parcialmente de dicha definición, al concebir otros mecanismos de liquidación colectiva propiamente dicha, en la que uno de los integrantes del grupo promueve la liquidación a título grupal, procurando demostrar que el condenado incumplió el mandato jurisdiccional de hacer o no hacer y que, por ser la satisfacción en especie de imposible cumplimiento, corresponde transformar la condena e imponer al obligado que indemnice a cada uno de los afectados. Recién allí éstos procederán a liquidar la condena a título individual.

(24) Hemos desarrollado con más detenimiento esta exigencia fundamental impuesta como condición para el ejercicio de la legitimación colectiva, en otra oportunidad, a la que remitimos por desbordar el tema los alcances de este trabajo: GIANNINI, 2006: 179-214; íd., 2006-E-916. Ver, asimismo, para el estudio de este recaudo en nuestro medio: OTEIZA y VERBIC, 2010; VERBIC, 2007: 81-86; SALGADO, 2011: 210-225.