

# PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LOS PROCESOS COLECTIVOS

(PRINCIPLES OF THE LAW OF AGGREGATE LITIGATION)

FRANCISCO VERBIC

*Traductor*

JORGE A. SÁNCHEZ CORDERO

*Coordinador*



ALI  
THE AMERICAN LAW INSTITUTE



CM  
Centro de Estudios de Derecho Uniforme





PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LOS PROCESOS COLECTIVOS  
(PRINCIPLES OF THE LAW OF AGGREGATE LITIGATION)

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
SERIE: DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 687

---

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos  
Coordinadora asistente: Karla Beatriz Templos Núñez  
Edición: Gilda Bautista Ravelo  
Formación en computadora y libro electrónico: Jessica Quiterio Padilla

# PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LOS PROCESOS COLECTIVOS

(PRINCIPLES OF THE LAW OF AGGREGATE LITIGATION)

FRANCISCO VERBIC

*Traductor*

JORGE A. SÁNCHEZ CORDERO

*Coordinador*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
THE AMERICAN LAW INSTITUTE  
CENTRO MEXICANO DE DERECHO UNIFORME  
México, 2014

Principles of the Law of Aggregate Litigation copyright © 2010 by The American Law Institute (ALI). This translation is made, published, and distributed with the authorization of ALI; however, the translator bears the sole responsibility for the accuracy of the translation. All rights are reserved. The English version of this work is available from the ALI website at *www.ali.org*

Principios del Derecho de los Procesos Colectivos [Principles of the Law of Aggregate Litigation]. Derechos de autor© 2010 The American Law Institute (ALI). Esta traducción fue realizada, publicada y distribuida gracias a la autorización del ALI; sin embargo, la traducción es responsabilidad exclusiva del traductor. Todos los derechos están reservados. La versión en inglés de esta obra está disponible en el portal Internet del ALI en *www.ali.org*

Primera edición: 30 de marzo de 2014  
Primera reimpresión: 22 de agosto de 2014

DR © 2014. Universidad Nacional Autónoma de México  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Círculo Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-5254-9

## CONTENIDO

Prólogo del director . . . . .	XI
Prefacio de los reporteros . . . . .	XIII
Prefacio de los reporteros a la edición en español . . . . .	XV
Prólogo del traductor a la versión en español . . . . .	XVII
Introducción . . . . .	XXI

### DEFINICIONES Y PRINCIPIOS GENERALES

§ 1.01 Partes, personas representadas, reclamantes y demandados . .	1
§ 1.02 Tipos de procesos colectivos . . . . .	10
§ 1.03 Principios generales de los procesos colectivos . . . . .	48
§ 1.04 Objetivos internos de los procesos colectivos . . . . .	58
§ 1.05 Asegurando una adecuada representación . . . . .	71

### ADJUDICACION COLECTIVA

#### TEMA 1

##### PREVISIONES INTRODUCTORIAS

§ 2.01 Definición de cuestiones comunes . . . . .	99
§ 2.02 Principios para el tratamiento colectivo de cuestiones comunes	106

#### TEMA 2

##### EL DERECHO SUSTANTIVO COMO RESTRICCIÓN A LA AGREGACIÓN

§ 2.03 Cuestiones de responsabilidad versus cuestiones de remedio al certificar una acción de clase . . . . .	137
§ 2.04 Remedios indivisibles versus remedios divisibles . . . . .	153
§ 2.05 Selección del derecho sustantivo aplicable . . . . .	169

## Contenido

§ 2.06 Cuestiones legales o fácticas relevantes para el tratamiento como acción de clase . . . . .	183
--	-----

### TEMA 3

#### EL ALCANCE DE LA PRECLUSIÓN COMO UNA RESTRICCIÓN A LA AGREGACIÓN

§ 2.07 Derechos individuales en pretensiones relacionadas agregadas . . . . .	195
§ 2.08 Tratamiento de cuestiones comunes como acción de clase . . . . .	221
§ 2.09 Apelaciones interlocutorias. . . . .	222
§ 2.10 Agregación por consentimiento . . . . .	233
§ 2.11 Efecto preclusivo de la propia decisión de agregar . . . . .	235

### TEMA 4

#### GESTIÓN JUDICIAL DE LA AGREGACIÓN

§ 2.12 Plan de adjudicación para el proceso colectivo . . . . .	241
---	-----

## ACUERDOS COLECTIVOS

### TEMA 1

#### PRINCIPIOS COMUNES PARA ACUERDOS DE CLASE Y OTROS ACUERDOS COLECTIVOS

§ 3.01 Principios generales de los acuerdos. . . . .	247
--	-----

### TEMA 2

#### ACUERDOS DE CLASE

§ 3.02 Aprobación judicial del acuerdo en acciones de clase . . . . .	251
§ 3.03 Audiencia y procedimiento de revisión de los acuerdos de clase . . . . .	259
§ 3.04 Notificación del acuerdo de clase . . . . .	263
§ 3.05 Revisión judicial de la justicia de un acuerdo de clase . . . . .	268
§ 3.06 Aprobación del acuerdo de clase . . . . .	279
§ 3.07 Acuerdos <i>Cy Pres</i> . . . . .	285
§ 3.08 Rechazo por la corte del acuerdo propuesto; honorarios de abogados para y en contra de los objetores . . . . .	293
§ 3.09 <i>Special Officers, Special Masters</i> , expertos y otros adjuntos designados por la corte . . . . .	298

## Contenido

§ 3.10 Acuerdos sobre pretensiones futuras . . . . .	303
§ 3.11 Segunda oportunidad para optar por excluirse . . . . .	317
§ 3.12 Revisión en instancia de apelación de las órdenes que rechazan un acuerdo propuesto . . . . .	320
§ 3.13 Honorarios de abogados . . . . .	325
§ 3.14 Impugnaciones al acuerdo posteriores a la sentencia. . . . .	332

### TEMA 3

#### ACUERDOS COLECTIVOS FUERA DEL CONTEXTO DE ACCIONES DE CLASE

§ 3.15 Necesidad de especial tratamiento de los acuerdos colectivos celebrados fuera del contexto de acciones de clase. . . . .	337
§ 3.16 Definición de un acuerdo colectivo fuera del contexto de accio- nes de clase . . . . .	339
§ 3.17 Circunstancias requeridas para que los acuerdos colectivos sean vinculantes . . . . .	343
§ 3.18 Revisión judicial limitada de acuerdos colectivos celebrados fuera de acciones de clase . . . . .	361



## **PRÓLOGO DEL DIRECTOR**

Los procesos colectivos, incluyendo las acciones de clase, son una parte significativa del sistema legal Estadounidense. Hay importantes valores sociales que requieren este tipo de procesos para poder ser alcanzados. Sucede que algunos legítimos intereses no pueden ser protegidos y ciertos agentes que producen daños no pueden ser disuadidos de hacerlo por medio de procesos individuales. Aun así, los procesos colectivos desafían normas procesales que han evolucionado a lo largo de siglos de adjudicación de controversias entre dos personas bajo el derecho común.

Media docena de años atrás, un pequeño grupo de distinguidos jueces, académicos y abogados, todos experimentados en acciones de clase, se encontraron en una reunión del ALI. Luego de un poco de discusión, unánimemente me dijeron que el Instituto podría contribuir significativamente promulgando Principios del Derecho de los Procesos Colectivos [*Principles of the Law of Aggregate Litigation*]. También me dijeron que Samuel Issacharoff, Profesor de la Universidad de Nueva York, era la mejor persona en el país para liderar el proyecto. Yo, sin experiencia en este campo, acepté el consejo aun cuando estaba preocupado de que el proyecto podía generar disonancias improductivas entre quienes representan a los actores en acciones de clase y quienes hacen lo propio con los demandados.

Ahora, con el proyecto completo, sé que recibí un excelente consejo. Sam Issacharoff aceptó este desafío. Reclutó tres ayudantes extraordinarios, el decano Robert Klonoff y los profesores Richard Nagareda y Charles Silver. Grupos de primera clase, tanto de consejeros como de miembros del ALI, revisaron múltiples borradores y proveyeron comentarios de gran ayuda, así como también críticas que fueron casi siempre constructivas. Mientras publicamos orgullosamente este trabajo, se encuentra claro ya que las cortes estadounidenses están citando los Principios recomendados y que los movimientos de reforma en Europa y Asia están encontrando en los Principios una herramienta útil a la hora de considerar cambios procesales que incrementarían el uso de procesos colectivos.

## **Prólogo**

Este proyecto ha progresado más rápido que la mayoría del trabajo del ALI, pero sin comprometer los procesos tradicionales utilizados por el Instituto para lograr una discusión y un debate completo sobre el tema. La eficiencia del trabajo es en gran medida el resultado del intenso compromiso asumido por los cuatro Reporteros. Estamos inmensamente agradecidos a ellos y a todos aquellos que los asesoraron. También agradecemos al Grupo LexisNexis por su generoso apoyo financiero a este importante proyecto.

LANCE LIEBMAN

*Director*

*The American Law Institute*

16 de Febrero de 2010

## **Prefacio de los reporteros**

### **PREFACIO DE LOS REPORTEROS**

Esta ha sido una empresa larga y dificultosa para nosotros. Llegamos al proyecto familiarizados con los casos de alto perfil que dominan el campo y con los debates académicos que informan análisis más profundos. Cinco años después, concluimos el proyecto con una apreciación mucho más grande respecto de las dificultades de reconciliar las demandas de la sociedad de masa con los derechos y procesos generados por una larga tradición legal desarrollada en lo que eran, a menudo, tiempos mucho más simples.

Estamos profundamente agradecidos a las muchas, muchas personas que han participado en este proyecto tanto formal como informalmente, no sólo dentro de los procedimientos del American Law Institute sino también fuera —en conferencias académicas, encuentros internacionales, y otros contextos donde los Principios aquí establecidos fueron discutidos, criticados y testeados. Atravesar todo esto ha sido una tremenda experiencia de aprendizaje para los Reporteros y, esperamos, también para todos los participantes de la empresa.

Primero y principal, deseamos agradecer al ALI, su Consejo Directivo y su liderazgo para lanzarnos en este proyecto y tener luego el convencimiento de seguir con su desarrollo hasta el final. Muchas de las cuestiones aquí abordadas son controversiales, y hay mucho en juego, tanto en términos legales como económicos, dependiendo de su correcto tratamiento. Este proyecto hubiera sido inconcebible sin los esfuerzos del Director del ALI, Lance Liebman, quien decidió emprender este trabajo y reclutó el equipo que lo llevó adelante. También fuimos afortunados de tener el apoyo de los dos Presidentes del ALI que supervisaron nuestros esfuerzos y ofrecieron siempre un incansable entusiasmo, Michael Traynor y Roberta Ramo.

Agradecemos también a los muchos miembros del equipo de trabajo del American Law Institute por sus esfuerzos, no sólo en organizar todas las reuniones y producciones, sino también por su determinación para asegurar que este producto resulte tan pulido como lo permitieron las limitaciones de los Reporteros. Las personas que deberíamos destacar especialmente por su ayuda en este esfuerzo son Judy Cole, Todd Feldman, Sandrine Forgeron,

## **Prefacio**

Nancy Shearer y Marianne Walker. Y también debemos un especial agradecimiento a Elena Cappella, Subdirectora del Instituto, quien está dejando su puesto justo cuando nuestro proyecto arriba a su final y cuyo apoyo y aportes sustanciales han sido invaluable a lo largo de este proceso.

Una de las dificultades para intentar establecer los Principios de esta área del derecho es la realidad práctica y los intereses en juego en las disputas subyacentes. Los abogados están divididos entre quienes se encuentran del lado de los actores y quienes se encuentran del lado de los demandados. La magnitud de los casos y la complejidad del derecho han creado un grupo relativamente concentrado de abogados extraordinariamente especializados, un grupo de jueces profundamente involucrados, y algunos académicos verdaderamente entendidos en el tema. Desde el comienzo el ALI procuró incorporar al proyecto, como Asesores, a importantes representantes de todos esos grupos. A lo largo de los últimos cinco años, la participación y apoyo de este grupo de Asesores ha sido clave para que nosotros pudiéramos impulsar el proyecto. Además, tuvimos la buena fortuna de beneficiarnos de las bien atendidas, bien informadas y vivas reuniones del Grupo de Miembros Consultivos.

El procedimiento del ALI es demandante por igual para Reporteros y participantes. Uno no puede evitar ser atrapado por el compromiso institucional de “hacerlo bien” y por la posibilidad de colaborar en el desarrollo y refinamiento de importantes principios del derecho. En retrospectiva, el emprendimiento parece aun más abrumador de lo que era en un principio. Pero, para todos nosotros, fue una experiencia gratificante y estamos profundamente agradecidos de haber tenido esta oportunidad.

SAMUEL ISSACHAROFF  
ROBERT KLONOFF  
RICHARD NAGAREDA  
CHARLES SILVER

## **Prefacio de los reporteros edición en español**

### **PREFACIO DE LOS REPORTEROS A LA EDICIÓN EN ESPAÑOL**

Este volumen surgió a partir del crecimiento de las acciones de clase y otras formas de litigio colectivo en los Estados Unidos. Si bien esta área del derecho crecía en magnitud y complejidad, existía un vacío en su núcleo conceptual. La mayoría de los casos de escala masiva finalizan sin necesidad de un juicio, ya sea mediante mociones dispositivas previas a éste o, más a menudo, por acuerdos transaccionales una vez que las principales cuestiones legales han sido resueltas. En consecuencia, las cortes, y particularmente las cortes de apelación, tienen relativamente pocas ocasiones para obtener una mirada integral de este campo a través de casos que han conservado todas las cuestiones hasta llegar al juicio.

El American Law Institute emprendió el presente estudio para ayudar a situar esta importante área del derecho sobre bases más sólidas. El ALI fue fundado hace casi un siglo para promover este tipo de investigaciones. Se trata de un espacio no gubernamental, en el cual académicos, abogados en ejercicio y jueces se reúnen a fin de evaluar y criticar cómo se llevan a cabo los desarrollos de distintas áreas del derecho. Estos Principios del Derecho de los Procesos Colectivos son producto de un estudio de cinco años realizado por el ALI, cuyos resultados finales fueron aprobados por unanimidad en la reunión anual del Instituto a la cual concurrieron más de 700 miembros.

Este es un momento oportuno para presentar una traducción al español. Aunque las acciones de clase y muchos mecanismos de agregación privada de pretensiones surgieron con mayor fuerza en los Estados Unidos y en otros países tributarios de la tradición legal del common law, su desarrollo no se ha detenido allí. Existen en marcha importantes reformas en las prácticas de litigación colectiva —entre las cuales se incluyen las acciones de clase— de casi todos los países de América Latina. Brasil puede ser el país más desarrollado en el mundo del civil law debido a sus novedosos procedimientos de tutela colectiva de derechos. Sin embargo, el resto de Latinoamérica no está tan lejos. La reciente Conferencia Internacional de Derecho Procesal Civil sobre procesos colectivos y acciones de clase realizada en Buenos Aires reunió a

## **Prefacio**

más de 500 participantes de distintas partes del mundo, especialmente Sudamérica y Centroamérica. Claramente, se trata de un área del derecho muy dinámica. Esperamos que este volumen contribuya a su desarrollo fuera de los Estados Unidos del mismo modo en que lo está haciendo en dicho país.

Finalmente, unas palabras de agradecimiento. Volúmenes como éste no surgen de la nada. Requieren la percepción de que el tiempo es el adecuado y requieren también de cierta iniciativa emprendedora para hacer que las cosas ocurran. En este caso, la percepción, el emprendimiento y la ejecución fueron obra de una sola persona: Francisco Verbic. Francisco tuvo la idea, organizó la publicación y realizó una traducción magistral de este volumen. Estamos profundamente en deuda con él.

SAMUEL ISSACHAROFF  
ROBERT KLONOFF  
CHARLES SILVER

15 de Agosto de 2013

## **PRÓLOGO DEL TRADUCTOR A LA VERSIÓN EN ESPAÑOL**

La regulación sobre procesos colectivos desarrollada por el sistema legal estadounidense es una importante fuente de consulta para la creación de normas que regulan este tipo de mecanismos procesales en los países de habla hispana. De hecho, los países que han introducido mecanismos de resolución colectiva de controversias en sus sistemas procesales tomaron como punto de referencia, casi sin excepción, las acciones de clase reguladas en la Regla 23. En algunos casos, para imitar su silueta total o parcialmente; en otros, para buscar diferenciarse de ella en todo cuanto sea posible.

Más allá de la orientación que puedan tomar las políticas públicas nacionales en este campo, hay algo que parece bien claro: profundizar el conocimiento de cómo operan las acciones de clase y otros procesos colectivos en los Estados Unidos de América resulta de suma utilidad para diagramar mecanismos adecuados que permitan enfrentar los complejos conflictos que caracterizan a nuestra globalizada sociedad de masas. Este es, a mi juicio, el principal motivo que justifica la presente traducción.

La idea de traducir al español estos Principios surgió durante una conferencia internacional sobre procesos colectivos y acciones de clase, celebrada en la Ciudad de Buenos Aires durante los primeros días del mes de Junio de 2012. El evento fue co-organizado por la Asociación Internacional de Derecho Procesal y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y reunió unos 500 juristas de diversos países del continente americano, Europa y Asia. Estos profesionales -mayormente profesores, jueces y abogados- discutieron por entonces sobre los aspectos más problemáticos de este campo del derecho procesal, aportando análisis y perspectivas sumamente interesantes.

Semejante convocatoria sirvió para corroborar el gran interés que la tutela colectiva de derechos ha despertado en el mundo contemporáneo. La discusión desarrollada, a su turno, sirvió para poner en evidencia la necesidad de profundizar en el estudio y correcto entendimiento de sistemas procesales de derecho comparado que cuentan con probada experiencia en

## Prólogo del traductor

la resolución de conflictos colectivos. Fue en este contexto que discutimos con Issacharoff, uno de los principales oradores del evento, la posibilidad de avanzar en la traducción. La idea fue bien recibida, y rápidamente el American Law Institute me permitió comenzar con la tarea.

Luego de varios meses de intenso trabajo, oscuros borradores y permanentes revisiones, la versión de los Principios en idioma español se encuentra finalizada. A pesar de estar familiarizado con el vocabulario específico de este campo de la disciplina procesal y con las grandes líneas de desarrollo del tema, debo confesar que la traducción ha sido una tarea de extrema dificultad. Dificultad presente desde el momento mismo de buscar un título que represente con fidelidad el contenido del proyecto. Sucede que el concepto de *aggregate litigation* (traducido aquí como “procesos colectivos”) es bien propio del contexto cultural, histórico, jurídico y político estadounidense. Refleja una concepción individualista del Estado y de la sociedad que, a su turno, se refleja también en el derecho. Una concepción que demanda pensar en términos de “agregación de pretensiones individuales”, en lugar de trabajar sobre la noción de “lo colectivo”.

La opción por el término “procesos colectivos” se justifica por ser la terminología utilizada para abordar el tema en varios países latinoamericanos. Sin embargo, y esto debe quedar claro desde el vamos, la noción de *aggregate litigation* resulta más abarcadora ya que incluye, como podrá verse, agregaciones privadas y administrativas que se producen fuera del contexto de un único proceso judicial. Como también podrá observarse a lo largo de su lectura, estos Principios constituyen una fuente inagotable de ideas, argumentos y experiencias relativas a los temas más acuciantes de esta rama del derecho. En virtud de ello, y tal como se pone de manifiesto en la Introducción que da inicio al trabajo, estoy convencido que serán de suma utilidad para todos los operadores jurídicos y políticos de habla hispana involucrados en la temática.

Antes de terminar quiero expresar algunos profundos y sinceros agradecimientos. En primer lugar, a Samuel Issacharoff. Conocí personalmente a Sam en el año 2010 durante mi estadía en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, donde tuve el doble privilegio de contar con él como tutor de mi proyecto de tesis y de asistir a su curso sobre Complex Litigation (dictado ni más ni menos que junto a Arthur R. Miller). Por entonces fue un gusto trabajar a su lado, y es un verdadero honor haber contado con su apoyo y confianza para encarar este proyecto. También agradezco al American Law Institute por la confianza y el apoyo brindado a lo largo de todo el proceso, espero que el resultado final obtenido sea acorde a sus

## **Prólogo del traductor**

expectativas iniciales. Igualmente, quiero agradecer a Eduardo Oteiza, por el apoyo de siempre y por alentarme a avanzar con el proyecto; a Michele Taruffo, gracias a quien terminé de dimensionar la magnitud del tema y la importancia de estudiarlo a partir de sus fuentes originales; a Bernarda Hernández, por su colaboración en algunos aspectos de la traducción; y a Paula, mi compañera, por su infinita paciencia.

FRANCISCO VERBIC



## **INTRODUCCIÓN**

Todos los procesos colectivos involucran intereses de numerosas personas, pero algunos son mucho más grandes que otros. Un típico caso de accidente de tránsito en el cual el chofer y el pasajero dañado demandan como coactores es un proceso con partes múltiples, pero el número de personas involucradas es pequeño y los procedimientos existentes permiten manejar bien esta clase de asuntos. Otros procesos, en cambio, son masivos. Demandas alegando defectos en productos elaborados, fraude accionario u otros daños pueden incluir decenas, centenas, millares, o incluso millones de actores, y pueden involucrar a muchos demandados también. Estos grandes casos, que presentan significativos problemas de gestión, implican importantes costos y generan serios riesgos de falta de representación, son el foco de este proyecto. Aun cuando muchas técnicas han evolucionado para ayudar a gestionar estos casos, la experiencia con ellas ha sido variada y todavía existen serios desafíos.

Los procedimientos de notificación en acciones de clase por daños y perjuicios proveen un buen ejemplo de esto. Es claro para todos que las notificaciones tienen una chance muy pequeña de convertir en activos participantes de las acciones de clase a aquellos miembros del grupo que tienen pequeños intereses en juego. Enviar notificaciones a este tipo de personas es una pérdida de tiempo y dinero. A pesar de ello la práctica continúa, reflejando una bien intencionada creencia según la cual el aparente potencial de participación individual provee mayor legitimidad al proceso colectivo. Las notificaciones son un pilar fundamental del debido proceso en los procesos tradicionales, donde las partes cuentan con intereses de relevancia y pueden protegerse sólo mediante una activa participación. La práctica de notificar a miembros de la clase que tienen pretensiones de escaso valor pone en evidencia la convicción de que ellos también tienen derecho a un debido proceso. Pero las buenas intenciones producen malos resultados cuando los encargados de generar políticas públicas no comprenden los incentivos de los litigantes. Cuando los miembros ausentes de la clase tienen pretensiones de escaso valor y pueden obtener un mejor resultado siguiendo el liderazgo

## Introducción

de representantes nominales, los esfuerzos de convertir a aquéllos en activos litigantes mediante el uso de notificaciones están sepultados de antemano.

Los procesos colectivos requieren procedimientos diseñados en función de sus características distintivas. Muchas veces, los propios litigantes pueden construir estos procesos. Por ejemplo, cuando es posible negociar y los beneficios de cooperar pueden ser limitados a las partes que presten su consentimiento, los actores y demandados pueden formar grupos de litigio voluntarios. En estos escenarios, contrataciones “desde la base hacia arriba” pueden reducir la necesidad de regulación “desde arriba hacia abajo”. Las reglas externas pueden incluso hasta dañar a los litigantes, limitando su libertad para satisfacer sus necesidades tal como lo desean. Sin embargo, en muchos contextos, incluidas las acciones de clase, las personas involucradas en el litigio no pueden negociar cara a cara y las regulaciones necesariamente cobran una gran importancia.

La presente articulación de Principios persigue identificar buenos procedimientos para gestionar procesos colectivos. En particular, busca identificar técnicas que promueven la eficiencia y eficacia de los procesos colectivos como herramientas para hacer respetar las leyes vigentes. A menudo, esto significa evitar el cumplimiento deficiente derivado de la falta de incentivos adecuados, pero también puede significar evitar los excesos de sobreprotección generados en este campo por los remedios colectivos. La decisión de permitir la colectivización del reclamo puede ser crucial para el futuro del proceso. Sin colectivización, la justicia puede ser imposible de alcanzar. Colectivizado el reclamo, los intereses y riesgos derivados del litigio pueden cambiar de manera significativa. Este proyecto busca ayudar a jueces, legisladores y otros operadores a tomar decisiones correctas con relación a tal colectivización. También busca mejorar la gestión judicial de los casos colectivos. Si bien este proyecto no pretende proveer un código comprensivo que abarque todos los aspectos de los procesos colectivos, su objetivo es proveer un marco para una recomendada reforma del derecho en este campo y proveer también algún lenguaje adecuado para ser incluido en leyes o reglas. La audiencia de este proyecto incluye jueces, legisladores, otros creadores de reglas (tales como las asociaciones de abogados estatales y sus comisiones consultivas), investigadores, y otros sujetos con control sobre o interés en el litigio civil. Debido a que las acciones de clase y otros dispositivos de colectivización de disputas también están siendo desarrollados fuera de los Estados Unidos, la audiencia puede incluir jueces, legisladores y académicos extranjeros.

## DEFINICIONES Y PRINCIPIOS GENERALES

### § 1.01 Partes, personas representadas, reclamantes y demandados

- (a) **Parte es una persona denominada como tal en un proceso legal.**
- (b) **En circunstancias apropiadas, una parte puede representar a personas que no son parte en un litigio de forma tal que la orden judicial a dictarse afecte a estas últimas del mismo modo que a la parte. La noción de persona representada incluye, pero no se limita a, una persona que no siendo parte:**
  - (1) **autoriza a una parte para que le provea representación en una acción;**
  - (2) **es representada por un funcionario o agencia investida por ley con la autoridad para representar los intereses de esa persona; o**
  - (3) **pertenece a una clase de personas situadas en forma similar, designada como tal con la aprobación de la corte y liderada por una parte.**
- (c) **Cuando existe un reclamo fuera de litigio, la persona que busca hacerlo valer es un reclamante que no es parte y la persona que se opone a dicho reclamo es un demandado que no es parte.**
- (d) **Las denominaciones “reclamante” y “demandado” se refieren, respectivamente, a personas que afirman y responden pretensiones sin importar si fue promovida una demanda judicial.**

#### **Comentario:**

*a. Partes.* La distinción entre partes y no-partes es tradicional y fundamental. Las partes tienen muchos derechos y responsabilidades que las se-

## Capítulo 1

paran de las no-partes. Usualmente, una persona se convierte en parte al ser nombrada como actor o demandado en una demanda y resultar sujeta a la jurisdicción de una corte. Uno puede también convertirse en parte de otras maneras, como por ejemplo mediante la intervención.

En este documento, la palabra “parte” se refiere a personas que tradicionalmente han sido consideradas en tal carácter por normas de procedimiento de larga data. Las partes también son descritas como “actores” y “demandados”, según corresponda. La letra negra omite referirse al requisito jurisdiccional mencionado más arriba porque resulta técnicamente correcto describir como parte a un demandado u otra persona que cuestiona la competencia de la corte luego de haber sido involucrado en una demanda.

### Ejemplos:

1. Esposo, víctima de mesotelioma, acciona contra Demandado, una corporación que manufactura productos que contienen amianto. Esposa se une a la demanda de Esposo como co-actora, reclamando por la pérdida del débito conyugal y apoyo. Esposo, Esposa y Demandado son partes.
2. Esposo, víctima de mesotelioma, acciona contra Demandado, una corporación que manufactura productos que contienen amianto. Esposa no se une a la demanda de Esposo. Esposo y Demandado son partes, pero Esposa no lo es.

*b. Partes vinculadas.* Usualmente, las sentencias definitivas y otras órdenes dictadas en el marco de procesos judiciales vinculan a las partes, y sólo a ellas. Esta regla aplica en los procesos colectivos, con el resultado de que todas las personas unidas como actores o demandados son vinculadas por la sentencia definitiva; mientras que todas las personas que no se unieron no lo son, en la medida que no se configure una excepción relativa a las personas representadas.

### Ejemplos:

3. Cinco ex empleados de un astillero demandan a su empleador, reclamando por daños relacionados con el uso de amianto. Las cinco pretensiones son juzgadas en un sólo proceso contra el demandado común. La sentencia definitiva vincula a los cinco actores. Otros empleados que no demandaron no resultan vinculados, aun cuando sus antecedentes laborales y daños sufridos sean similares.

## Capítulo 1

4. Actor acciona contra 10 demandados en un tribunal federal, argumentando que todos ellos incurren en una conspiración en violación de las leyes de defensa de la competencia. La sentencia definitiva vincula a Actor y a los 10 demandados, todos ellos son parte. Otras personas que pueden haber participado en la conspiración o haber sido dañadas por ella no son vinculadas, asumiendo que no fueron traídas de otro modo al proceso.

*c. Personas representadas.* La categoría de personas representadas también es tradicional. Ella comprende a aquellos no-parte que mantienen relaciones de diverso tipo con las partes. Estas relaciones comprenden los acuerdos para ser representados por otro, la sucesión en el derecho que se litiga, el control de la defensa de un caso donde se tiene riesgo económico en juego, y otras formas de conexión o vinculación. En general, una no-parte representada resulta vinculada sólo cuando esa representación es adecuada. Ver § 1.05.

Como ocurre en los procesos tradicionales, los procesos colectivos también pueden vincular a no-partes representadas. Estas no-partes son identificadas como “personas representadas”, “miembros de la clase ausentes”, o términos similares. Si bien los miembros de la clase ausentes no son parte en el sentido completo y general del término, algunos autores se refieren a ellos como “actores ausentes”, “partes ausentes” o “partes pasivas”. Usualmente, estas últimas denominaciones no generan mayor confusión y el verdadero estatus de los miembros de la clase ausentes resulta correctamente comprendido. Sin embargo, ellas pueden ser engañosas al sugerir, por ejemplo, que los miembros de la clase ausentes cuentan con derechos o responsabilidades normalmente reservadas a las partes. Tales denominaciones, por tanto, son evitadas en este trabajo.

Las condiciones bajo las cuales una parte puede obtener una decisión por otra en carácter de representante de la clase son desarrolladas en el Capítulo 2. Existen también muchos otros procesos representativos, incluyendo acciones promovidas por asociaciones que pueden vincular a sus miembros, demandas en las cuales un propietario acciona en beneficio de otros que tienen intereses futuros en esa propiedad, acciones de contribuyentes orientadas a hacer cumplir obligaciones públicas, y procesos *parens patriae*.

### Ejemplos:

5. Actor acciona contra 10 demandados en un tribunal federal, argumentando que todos ellos incurren en una conspiración en violación

## Capítulo 1

de las leyes de defensa de la competencia. La clase comprende a todos los reclamantes que se encuentran en similar situación que Actor durante un período definido. Asumiendo que la clase es adecuadamente certificada, la sentencia definitiva vincula a Actor y a los 10 demandados como partes nominales y, como personas representadas, también a todos los reclamantes no-parte comprendidos dentro de la definición de la clase.

6. A, un empleado de B, promueve una acción en beneficio propio y de todos los demás empleados de B con el objetivo de obtener la restitución de sumas de dinero deducidas de los salarios por parte de B y pagadas a C. También buscan obtener una orden que impida a B realizar esas deducciones en el futuro. El tribunal permite que la acción sea desarrollada como una acción de clase. A es parte. Otros empleados de B son personas representadas. Si se obtiene una sentencia en beneficio de A, pero sólo por la orden para impedir deducciones futuras, o contra A, esa sentencia vincula a A y a los otros empleados de B. La sentencia será igualmente vinculante si B hubiera promovido la acción contra A como representante de los empleados de B, asumiendo que el tribunal permitiera que la acción tramitara de esa manera (esto es, como una acción de clase).
7. A, el Procurador General, demanda a B, una organización de caridad, para evitar que ésta realice actividades que supuestamente se encuentran más allá de sus facultades legales (estando reconocido que un contribuyente puede promover una acción con el mismo propósito). Una sentencia contra A precluye la acción que con el mismo propósito podría iniciar C, un contribuyente, si C cuenta con facultades para promover tales acciones.
8. Una agencia gubernamental demanda a B, un empleador, para obligarlo a modificar sus prácticas en cuanto resultan en efectos de discriminación racial. Una sentencia a favor de la agencia no precluye la posibilidad que C, empleado de B afectado por las prácticas de éste, obtenga un remedio específico para él mismo. Ello siempre y cuando el poder de la agencia para obtener remedios correctivos no resulte excluyente de la posibilidad de hacerlo individualmente.
9. Los miembros del concejo de una tribu indígena promueven acción para determinar la línea limítrofe entre las tierras de su tribu y las de otra. La sentencia vincula a A, miembro de la tribu, con

## Capítulo 1

respecto a los derechos de propiedad y ocupación que pueda tener sobre la tierra en cuanto miembro de la tribu.

10. Luego de la condena penal de la Corporación X y dos de sus directivos por cargos de evasión fiscal, Accionista A promueve una acción derivada contra la Corporación X y su administración alegando violación de los deberes de representación. El tribunal rechaza la demanda por considerarla prescripta. La decisión no fue apelada. Otros accionistas no recibieron notificación alguna sobre el proceso o sus resultados. Luego, Accionista B promueve otra acción derivada conteniendo la misma alegación y dirigida sustancialmente contra los mismos demandados. Si Accionista A representó adecuadamente a todos los accionistas, la acción de Accionista B se encuentra precluida.

*d. Reclamantes no-parte y demandados no-parte* Los procesos judiciales son algo inusual. Normalmente, las personas plantean y resuelven sus conflictos sin necesidad de acudir a ellos. Los procesos colectivos pueden resolver reclamos que todavía no han madurado en acciones judiciales y que involucran a personas que son personas no representadas. Por ejemplo, una propuesta de acuerdo transaccional extendida a personas que tienen pretensiones aun no planteadas en sede judicial puede obtener ese resultado. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación, también pueden alcanzar a personas que no han promovido acciones judiciales.

El término “reclamante no-parte” identifica a personas que tienen una pretensión no planteada en sede judicial. Reclamantes no-parte y demandados pueden ser personas físicas o jurídicas.

*e. Reclamantes y demandados.* Los procesos colectivos puede involucrar partes (actores y demandados), personas representadas, reclamantes no-parte y demandados-no parte. Por conveniencia, las palabras “reclamante” y “demandado” son utilizadas en este trabajo para referirse a personas incluidas en cualquiera de estas categorías. Denominaciones más específicas son utilizadas cuando el estatus de una persona es importante.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* La definición de “parte” proviene del Restatement Second of Judgments § 34(1) (“Una persona que es nombrada como parte en una acción y sujeta a la jurisdicción del tribunal es una parte en el proceso”).

## Capítulo 1

Ver también Reg. Fed. de Proc. Civ. 10(a) (“El título de la demanda debe nombrar a todas las partes”); 5A Charles Alan Wright & Arthur R. Miller, *Federal Practice and Procedure* § 1321, 380 n.3 (3d ed. 2005) (“Esta porción de la Regla 10(a) deriva de la Regla de Equidad 25, la cual requería que se proveyeran los nombres de todas las partes si eran conocidos”). La definición de personas representadas es elaborada partiendo del Restatement Second of Judgments § 41, el cual también identifica otras categorías de personas tales como los beneficiarios de fideicomisos, no incluidas expresamente aquí.

Usualmente, los procesos judiciales sólo vinculan a las partes. Restatement Second of Judgments § 34(2)–(3) (“Una parte es vinculada por y tiene derecho a los beneficios derivados de las reglas de la cosa juzgada con respecto a determinaciones tomadas mientras ella era parte . . . Una personas que no es parte en un proceso no está vinculada ni puede aspirar a beneficiarse de las reglas de la cosa juzgada. . .”). 18A Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Edward H. Cooper, *Federal Practice and Procedure* § 4449, 330 (3d ed. 2005) (“La premisa básica de la preclusión es que las partes en una acción previa se encuentran vinculadas y que las no-partes no lo están”). Este principio “es de dimensión constitucional”. Restatement Second of Judgments § 34, Nota del Reportero al Comentario *a* (citando autoridades).

En muchos procesos colectivos todas las personas vinculadas son partes nombradas como tales. “A diferencia de los miembros de la clase ausentes, cada actor en una acción que no sea de clase [por ejemplo, un proceso de daños masivos] ha elegido participar en el proceso y es nombrado individualmente en los escritos postulatorios”. Esto resulta igualmente cierto cuando el proceso que no tramita como acción de clase resulta ser un proceso individual o una agregación masiva mediante litisconsorcio entre las partes, consolidación, transferencia operada en el contexto de litigios multidistritales federales, o centralización a nivel estatal. Howard M. Erichson, *Beyond the Class Action: Lawyer Loyalty and Client Autonomy in Non-Class Collective Representation*, 2003 U. Chi. Legal F. 519, 523.

*Comentario b.* Los procesos judiciales vinculan a personas que reciben notificaciones y cuentan con la oportunidad de hacerse oír. “Este principio es limitado, sin embargo, por reglas que reconocen la posibilidad de que una no-parte sea vinculada por la decisión, por ejemplo, cuando ella es representada por una parte o bien cuando sus intereses son derivados de aquellos que pertenecen a una persona que es parte”. Restatement Second of Judgments § 34, Nota del Reportero al Comentario *a*. Por tanto, para decidir si una persona está vinculada por un proceso judicial anterior resulta importante determinar si tal persona fue parte y, en caso de no haberlo sido,

## Capítulo 1

si esa persona cae dentro de alguna excepción a la regla que impide vincular a quienes no son parte. La definición de persona representada en esta Sección intenta capturar a todos los participantes de procesos colectivos que no son parte pero que, a pesar de ello y bajo las debidas circunstancias, resultan vinculados por las decisiones y los acuerdos transaccionales celebrados en este tipo de casos.

*Comentario c.* Los miembros de la clase ausentes no son partes propiamente dichas sino no-partes representadas. Ver Diane Wood Hutchinson, *Class Actions: Joinder or Representational Device?*, 1983 Sup. Ct. Rev. 459 (1984) (argumentando que es más apropiado pensar en una acción de clase como un proceso en el cual una parte representa a otras, que como un proceso en el cual muchas partes, todas en un pie de igualdad, son unidas para el caso). En términos generales, los derechos y deberes de las partes en el marco del proceso son extensos, mientras que los derechos y deberes de las no-parte son limitados. Por tanto, aplicar a miembros de la clase ausentes ciertas denominaciones que se asemejan a la de parte puede causar confusión. En particular, pueden lograr que uno pierda de vista la necesidad de autorizar o requerir a miembros de la clase que actúen como partes, cuando los miembros de la clase en cuestión no han devenido en parte mediante su intervención formal en el proceso. Ver, por ejemplo, *In re PaineWebber Inc. Ltd. Partnerships Litig.*, 94 F.3d 49, 53 (2d Cir. 1996) (refiriéndose a miembros de la clase cuyas peticiones para intervenir fueron rechazadas como “partes pasivas”, señalando que los miembros de la clase “son parte para ciertos propósitos”, y sosteniendo que el rechazo de la petición para intervenir en el proceso no era una orden final porque los miembros de la clase podían apelar la decisión del juez de distrito por la cual éste se rehusó a ordenar la creación de una sub-clase luego de haberse dictado la sentencia definitiva). Ver también *Devlin v. Scardelletti*, 536 U.S. 1 (2002) (sosteniendo que un miembro de la clase ausente, aunque no es parte, tenía derecho a interponer una apelación).

Una acción de clase puede vincular a un grupo de personas representadas cuando la parte nominal provee una adecuada representación. Ver, por ejemplo, *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 42–43 (1940) (“Es familiar la doctrina de los tribunales federales según la cual los miembros de una clase no presentes como parte en el proceso pueden ser vinculados por la sentencia cuando ellos son de hecho adecuadamente representados por partes que están efectivamente presentes en el litigio. . .”); Report of the IBA Task Force on International Procedures and Protocols for Collective Redress, *Guidelines for Recognizing and Enforcing Foreign Judgments for Collective Redress* (October 16,

## Capítulo 1

2008) § 1.02(ii) (requiriendo adecuada representación como una condición para aplicar contra reclamantes ausentes los efectos preclusivos de una sentencia o acuerdo transaccional celebrado en una acción de clase). Este requisito y diversas herramientas para asegurar una adecuada representación son temas abordados en § 1.05, *infra*.

Los ejemplos 6–9 están adaptados del Restatement Second of Judgments § 41. Sobre tipos de procedimientos representativos que no son acciones de clase, ver 18A Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure* §§ 4456–4461. Sobre la legitimación del Procurador General en el contexto de las organizaciones de caridad y fideicomisos, ver Joshua B. Nix, *The Things People Do When No One Is Looking: An Argument for the Expansion of Standing in the Charitable Sector*, 14 U. Miami Bus. L. Rev. 147, 176 (2005) (“En cada estado, los procuradores generales estatales tienen a cargo la responsabilidad de salvaguardar el interés público implicado en la caridad, tanto por disposición legal como por reglas del derecho común”). El ejemplo 10 está basado en *Nathan v. Rowan*, 651 F.2d 1223 (6th Cir. 1981).

Las acciones reales asemejan procesos colectivos. 18A Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure* § 4449 at 335 (“Las sentencias fundadas en una de las tantas especies de competencia por propiedad pueden tener efecto sin competencia personal y en ciertas ocasiones pueden vincular ‘al mundo entero, si bien los efectos se encuentran limitados por la naturaleza de la competencia asumida. . .’”). Ver también Restatement Second of Judgments § 30, Comentario *a* (“En ciertas acciones basadas en competencia jurisdiccional asumida sobre propiedad tangible o intangible –tales como acciones para registrar el título sobre una porción de tierra a nombre del actor, acciones iniciadas por el gobierno para destruir una cosa utilizada en violación de normas tributarias o de otro género, procesos para embargar un depósito bancario, o procesos marítimos para hacer cumplir un compromiso de venta sobre un velero por falta de pago, las cortes de justicia pueden dictar sentencias definitivas orientadas a vincular a todas las personas del mundo con relación a los intereses que pudieran tener en esa propiedad en cuestión (tradicionalmente descriptas como sentencias ‘in rem’).”). Las acciones reales reciben escasa atención aquí. La propiedad raramente configura una base para asumir competencia en acciones de masa, acciones de clase u otros procesos similares. La disposición colectiva sobre la propiedad puede también ser alcanzada por medio de procedimientos como el concurso, la quiebra o el *interpleader*, todas ellas formas de procesos colectivos diseñadas y reguladas para atender especiales situaciones que tampoco serán

## Capítulo 1

tratadas en profundidad aquí. Algunas lecciones tomadas de los procesos de quiebra son presentadas en § 3.17.

Ciertas relaciones que tienen formas distintas a la representación pueden proveer bases suficientes para vincular a no-partes con la sentencia definitiva. Por ejemplo, el titular de un seguro que es demandado en un proceso cubierto por las previsiones estándar de su póliza en materia de responsabilidad no representa al asegurador, quien no es usualmente co-demandado. Sin embargo, si el asegurador controla la defensa del caso puede ser vinculado por la determinación de cuestiones efectivamente litigadas en el proceso de daños. Ver *Restatement Second of Judgments* § 39 (“Una persona que no es parte pero controla o participa sustancialmente en el control de las presentaciones efectuadas en beneficio de una parte, está vinculada por la determinación de las cuestiones decididas como si fuera parte.”). Una persona alineada con el actor también puede ser vinculada como resultado de controlar la prosecución del proceso detrás de escena. *Montana v. U.S.*, 440 U.S. 147 (1979). Al enumerar ciertas bases para vincular a no-partes, esta Sección no pretende excluir otras.

La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos abordó recientemente los límites de la preclusión contra no-partes en *Taylor v. Sturgell*, 128 S. Ct. 2161 (2008) (negándose a reconocer una teoría general de “representación virtual” y enumerando seis excepciones a la regla usual de que las sentencias vinculan sólo a las partes nombradas como tales y adecuadamente notificadas. Estas excepciones incluyen el consentimiento, una relación legal preexistente, la identidad de intereses, y la asunción de control). Ver también *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis* § 5.05, Comentario *b*, 282 (discutiendo similares excepciones a las descriptas en *Martin v. Wilks*, 490 U.S. 755 (1989)).

*Comentario d.* La mayoría de los reclamos son resueltos no sólo sin la realización de un juicio, sino incluso en ausencia de cualquier modalidad formal de litigio iniciada. Ver Alfred F. Conard et al., *Automobile Accident Costs and Payments: Studies in the Economics of Injury Reparation* 3 (1964) (estudiando las víctimas de accidentes de tránsito en Michigan y encontrando “[e]l impresionante hecho . . . que una sustancial mayoría de los ‘casos serios y la gran masa conformada por todos los casos, eran terminados sin intervención de los tribunales”); H. Laurence Ross, *Settled Out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment* 24 (2d ed. 1980) (“Las demandas [por accidentes de tránsito] . . . están formalmente fundadas en derecho. . . Sin embargo, en la mayoría de tales casos ni el reclamante ni el demandado (en la realidad, la compañía de seguros) han acudido a profesionales del derecho. La

## Capítulo 1

mayoría de estos reclamos son procesados y terminados entre el liquidador y el reclamante sin representación.”). Por eso existe la necesidad de dotar de una denominación especial a las personas que sostienen o reciben reclamos fuera del ámbito del litigio. Técnicamente es incorrecto describir como demandados a personas que enfrentan reclamos aun no ingresados al sistema de justicia, como Ross hace en el extracto citado, pero no existe una denominación ampliamente aceptada para ello. Las denominaciones “reclamante no-parte” y “demandado no-parte” pretenden llenar esa brecha.

### § 1.02 Tipos de procesos colectivos.

- (a) **Un proceso colectivo es un proceso único que abarca pretensiones o defensas sostenidas por múltiples partes o personas representadas.**
- (b) **Una agregación administrativa es una colección de procesos relacionados, que pueden ser procesos colectivos o no, tramitando bajo supervisión o control judicial común.**
- (c) **Una agregación privada es una colección informal de pretensiones o defensas de múltiples partes, personas representadas, reclamantes, o demandados tramitando bajo supervisión o control común no judicial.**

#### Comentario:

*a. Procesos Colectivos en general.* Todos los procesos colectivos combinan pretensiones o defensas sostenidas por muchas personas para ser resueltas de modo unificado, sea por medio de sentencia dictada en juicio o con un acuerdo transaccional. Las agregaciones privadas que involucran pretensiones que aun no ingresaron al sistema de justicia sólo pueden tener por finalidad terminar por medio de acuerdos transaccionales u otras formas de resolución alternativa de conflictos (tales como la mediación o el arbitraje). Ejemplos de procesos colectivos incluyen acciones por daños masivos, acciones de clase, procesos derivados, acciones que involucran a múltiples conspiradores y acuerdos de inventario. Los procesos de quiebra también están comprendidos en esta definición y proveen útiles ejemplos y lecciones, pero este proyecto no expondrá los principios diseñados para gobernar dichos procesos, los cuales están regulados por las Reglas Federales de Procedimiento de Quiebra.

## Capítulo 1

*b. Tipos de Procesos Colectivos.* Existen diversos tipos de procesos colectivos, y nuevas variaciones surgen con frecuencia. Esta Sección divide estos procesos en categorías definidas por razones de orden funcional. Las tres categorías definidas en esta Sección —procesos colectivos, agregaciones administrativas y agregaciones privadas— cuentan con diferentes estructuras y presentan problemas también diferentes, como se explica más abajo. La forma del proceso es uno de los factores que afecta la medida en que la agregación separa la titularidad de las pretensiones del control del litigio. Ver § 1.05.

- (1) *Procesos colectivos.* Los procesos colectivos pueden asumir la forma de acciones litisconsorciales o acciones representativas.
- (A) *Acciones litisconsorciales.* Los procesos colectivos que tramitan como acciones litisconsorciales (1) involucran múltiples actores o demandados, y (2) vinculan sólo a las partes.

### Ejemplos:

1. Diez empleados demandan a su empleador común, reclamando que les han sido negados ascensos como resultado de discriminación ilegal. Luego de la etapa de *discovery*, los actores pierden por sentencia sumaria. Meses después, un segundo grupo de cinco empleados demanda al mismo empleador, sosteniendo similares reclamos e invocando similares hechos. Habiendo sido la primera acción una de tipo litisconsorcial, la sentencia sumaria vincula sólo a los 10 empleados que fueron actores en dicho proceso. El segundo proceso no está precluido.
  - (B) *Acciones representativas.* Los procesos colectivos que tramitan como acciones representativas (1) involucran al menos un actor y un demandado, y (2) tienen el potencial de vincular otras personas representadas. La acción de clase es la más conocida forma de acción representativa, pero existen otros procesos de este tipo (los cuales incluso pueden ser numéricamente más comunes). Los ejemplos incluyen acciones promovidas por representantes, fiduciarios u otras personas autorizadas a manejar asuntos en beneficio de personas representadas o afectar sus intereses; acciones *parens patriae* promovidas por entidades gubernamentales o funcionarios públicos; acciones promovidas por asociaciones en beneficio de sus miembros; y acciones consideradas como proveedoras

## Capítulo 1

de representación virtual para no-partes. Por simplicidad, aquellos procesos colectivos que combinan características de acciones litisconsorciales y acciones representativas son referenciados aquí como acciones representativas, a pesar de ser híbridos.

Todos los tipos de proceso representativo vinculan a personas representadas, pero sólo cuando se cumplen ciertas condiciones. Las condiciones pueden depender de la naturaleza del proceso, como por ejemplo si se trata de una acción de clase liderada por una parte privada o de un proceso *parens patriae* liderado por un funcionario público. En general, la parte nominal y la persona representada deben tener un interés común. La parte nominal debe tener interés en tramitar celosamente la pretensión o defensa y, de hecho, debe hacerlo. El proceso representativo debe producir una orden o decreto definitivo. Otros requisitos, tales como contar con autoridad real o la certificación de la clase, aplican a ciertos tipos específicos de procesos representativos.

### Ejemplos:

2. Un municipio demandó a compañías prestadoras del servicio de telefonía celular para evitar la construcción de torres que pueden afectar la vista de los ciudadanos. Posteriormente, el municipio y los demandados lograron una sentencia consensuada que habilitó la construcción de las torres. Luego, algunos ciudadanos intentaron detener las obras con fundamento en el impacto negativo que ellas provocan en su vista. Si el municipio demandó genuinamente a las empresas para evitar la construcción y tramitó el proceso celosamente, los procesos de los ciudadanos están precluidos porque el municipio actuó *parens patriae*.
3. Los miembros del concejo de una tribu indígena promovieron una acción para determinar los límites que separan sus tierras de las de otra tribu. Se dictó una sentencia definitiva resolviendo la disputa. Con posterioridad, A, un miembro de la tribu, demanda para establecer sus derechos de propiedad y ocupación sobre la tierra que fue objeto del primer proceso. La sentencia definitiva dictada en el primer proceso vincula a A porque la disputa sobre la tierra cae dentro del alcance de las cuestiones que el gobierno tribal puede manejar de acuerdo a la ley.
4. El estado demandó al operador de una mina alegando violación de las normas federales sobre disposición final de residuos tóxicos. Las partes lograron luego un decreto consensuado requiriendo extensas activida-

## Capítulo 1

des de limpieza y un pago al estado con el objeto de cubrir el daño a los recursos naturales, los costos de las respuestas que la contaminación exigió y los costos de monitoreo. Residentes locales y empresas demandaron luego al operador en beneficio de una clase, alegando que las acciones tomadas en cumplimiento del decreto consensuado dañaron sus propiedades y su sustento económico. Debido a que la cuestión involucrada en la pretensión federal del primer proceso no autorizaba el recupero de daños o el pago de daños a la propiedad privada, el primer proceso no precluyó el segundo aun cuando el estado accionó *parens patriae*. Sin embargo, el decreto consensuado sí cubrió el daño a los recursos naturales de propiedad pública y las pretensiones de los actores estaban precluidas en la medida que sus daños derivaran de esa fuente.

5. Seis actores promovieron una acción de clase contra una entidad creada por el estado, alegando discriminación ilegal contra los pobres en materia de vivienda. El proceso fue resuelto por un decreto consensuado que certificó la clase y proveyó cien millones de dólares en beneficios relacionados con vivienda. Con posterioridad, un segundo grupo de actores, algunos de los cuales aparecían como partes nominales en la primera acción, promovieron otra acción de clase contra la misma entidad alegando prácticas habitacionales injustas que dañaban a ciertas minorías estudiantiles, minorías que podían o no caer dentro de la anterior categoría de pobres. La primera acción de clase fue un proceso representativo y, dependiendo del grado de superposición entre las pretensiones, el segundo proceso puede estar precluido.

- (2) *Agregaciones administrativas*. Esta categoría incluye todos los procedimientos que permiten a los jueces coordinar procesos separados para lograr un tratamiento más eficiente. Usualmente, los casos involucrados en agregaciones administrativas cuentan con números de expediente separados, pero las prácticas pueden variar y ello no es un requisito. Ejemplos de esto son las consolidaciones intradistritales, consolidaciones multidistritales, y los *bellwether trials*. Las agregaciones administrativas son autorizadas por reglas procesales, estatutos y jurisprudencia. Los requisitos y limitaciones de cada una de ellas varían según la fuente de su autorización. Generalmente, todos estos procedimientos requieren que los casos se encuentren relacionados fáctica o jurídicamente porque sólo en estas circunstancias la tramitación coordinada puede lograr la eficiencia que persigue. La agregación administrativa informal ocurre cuando

## Capítulo 1

jueces que administran casos relacionados en diferentes tribunales o jurisdicciones logran coordinarse para trabajar juntos fuera del ámbito específico de reglas o estatutos, como sucede, por ejemplo, en la coordinación federal-estadual para tratamiento de casos de daños masivos. Como se usa aquí, el término “coordinación” se refiere al empaquetado, previo a la etapa de juicio, de casos similares con la finalidad de lograr eficiencia en los procedimientos previos al juicio. Esto puede incluir el desarrollo de *discovery* previo al tratamiento de mociones dispositivas del proceso. Mientras tanto, el término “consolidación” se refiere a la combinación de diferentes pretensiones en un sólo caso para que tramiten juntas en su camino hacia el juicio.

La importancia y dificultad de lograr una correcta administración judicial de agregaciones administrativas se incrementa con el número de partes o personas representadas. Los procedimientos existentes usualmente permiten manejar bien pequeñas coordinaciones y consolidaciones intradistritales. Grandes coordinaciones o consolidaciones multidistritales pueden presentar significativas dificultades en la gestión y requerir procedimientos especiales.

### Ejemplos:

6. El incendio de un hotel propiedad de la corporación Entertainment provocó la muerte y heridas de muchos huéspedes y destruyó propiedad de éstos. Muchas de tales personas (o sus sucesores) contrataron los mismos abogados para promover una demanda en la ciudad donde el hotel está ubicado. Los abogados, luego, promovieron múltiples procesos contra la corporación Entertainment. Lo hicieron ante la misma corte, cuya competencia no fue cuestionada. La corte puede consolidar los casos para todos los propósitos y enjuiciar las cuestiones comunes, como por ejemplo la relación causal, en un sólo juicio. Pero la corte debe administrar la etapa de *discovery* y estructurar el modo de procesar el juicio de tal manera que permita a cada actor probar la existencia de daños y a la corporación Entertainment cuestionar y discutir cada una de estas presentaciones.
7. Los actores A y B utilizaron una droga manufacturada por la Compañía D. Ambos reclaman alegando que la droga es defectuosa, pero cada uno de ellos la utilizó por un período de tiempo diferente y reclama por

## Capítulo 1

también diferentes enfermedades. D peticiona consolidar los casos ante el mismo tribunal para tramitar la etapa previa al juicio, argumentando que ambos están sujetos a la misma defensa de prevención. Es poco probable que la consolidación reduzca de modo significativo los costos del *discovery*, y el costo de decidir dos veces sobre la defensa de prevención puede minimizarse coordinando la agenda de los casos de manera informal. El tribunal cuenta con discreción para denegar la petición de D.

8. Los actores A y B promovieron idénticas pero separadas acciones de clase ante un tribunal federal y uno estatal, respectivamente. Los jueces ante los cuales tramitan estos casos pueden comunicarse entre ellos y ordenar a los abogados de A y B que elijan uno de los casos para proseguir mientras el otro se suspende. Si los abogados no logran ponerse de acuerdo, los jueces pueden decidir cuál de los casos debe ser suspendido.
9. Misma situación que en el Ejemplo 8, excepto que los jueces quieren que ambos casos prosigan con su trámite. Los jueces pueden conferenciar y dictar órdenes en ambos casos estableciendo un repositorio de documentos común, coordinando el *discovery* e implementando otras medidas diseñadas para ahorrar recursos.

(3) *Agregaciones privadas.* Las agregaciones privadas, también denominadas agregaciones informales, involucran pretensiones relacionadas (planteadas o no en sede judicial) o defensas que tramitan coordinadamente, aunque bajo la dirección o control de personas privadas en lugar de jueces. Usualmente, las pretensiones o defensas comparten una conexión fáctica y son administradas por abogados que trabajan cooperativamente en beneficio de todos los reclamantes o demandados. Por ejemplo, cuando todos los reclamantes afirman haber sufrido daños ocasionados por el mismo producto, sus abogados pueden intentar negociar en conjunto un acuerdo transaccional para todas las pretensiones relacionadas con el fabricante. Los demandados pueden igualar o contrarrestar los esfuerzos de los abogados actores orientados a crear campañas de litigio, cooperando a tal fin entre ellos y creando redes o jerarquías de abogados defensores que provean respuestas coordinadas a pretensiones y reclamos que se encuentran formalmente separados. Un demandado que enfrenta gran número de pretensiones relacionadas disfruta naturalmente de las economías de escala en

## Capítulo 1

el contexto de los procesos judiciales; los reclamantes (más realísticamente, sus abogados) deben cooperar para obtener esta ventaja.

No es crucial ni la presencia ni la activa participación de múltiples abogados empleados en diferentes estudios jurídicos. Los esfuerzos de búsqueda masiva de casos, las redes de remisión de asuntos y la especialización pueden concentrar en manos de unos pocos abogados, incluso de un sólo estudio jurídico, grandes números de clientes con pretensiones relacionadas. Múltiples demandados pueden también reducir el número de abogados que trabajan activamente en su beneficio mediante la suscripción de acuerdos de defensa conjunta o creando consorcios transaccionales. Las características centrales de las agregaciones privadas son (1) la existencia de múltiples y relacionadas pretensiones o defensas, y (2) una administración común de tales pretensiones o defensas por parte de personas privadas, típicamente abogados.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* La doctrina sobre procesos colectivos es muy voluminosa. Gran parte de ella presta poca atención a los mecanismos formales de agregación, agrupando bajo el mismo manto diferentes tipos de procesos y poniendo foco en temas tales como la economía de escala y los comportamientos oportunistas que son comunes a todos ellos. Al identificar características estructurales de los procesos colectivos que trascienden lo meramente procesal, ciertos académicos, especialmente aquellos formados en el análisis económico del derecho, han generado una importante contribución para la doctrina procesal. Ver, por ejemplo, John C. Coffee, Jr., *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, 54 U. Chi. L. Rev. 877, 877, 885 (1987) (argumentando que los estudiosos del proceso “han sido reticentes a involucrarse explícitamente en razonamientos basados en incentivos”, que el problema de las fallas de mercado afecta todo el “litigio emprendedor” —una categoría trans-procesal— y elaborando estas ideas con relación a ejemplos de muchos tipos de procesos colectivos). Para ampliar sobre la historia de procesos colectivos y litigios complejos, ver *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis*, 9.

Pocos trabajos se enfocan en las formas de agregación y distinguen cuidadosamente entre procesos de diferente tipo. La mayoría efectivamente aborda las acciones de clase. Las consolidaciones y acciones litisconsorciales han reci-

## Capítulo 1

bido considerablemente menor atención de parte de la academia. La agregación privada o informal, casi ninguna. Ver Judith Resnik, *From “Cases” to “Litigation”*, 54 *Law & Contemp. Probs.* 5, 39 (1991) (subrayando que las conductas litigiosas informales son “menos visibles para la academia” que sus variantes formales). Una importante excepción es Howard M. Erichson, *Informal Aggregation: Procedural and Ethical Implications of Coordination Among Counsel in Related Lawsuits*, 50 *Duke L.J.* 381 (2000) (discutiendo extensamente las agregaciones informales). Otros ejemplos incluyen a Charles Silver, *Comparing Class Actions and Consolidations*, 10 *Rev. Litig.* 495 (1991); Samuel Issacharoff & John Fabian Witt, *The Inevitability of Aggregate Settlement: An Institutional Account of American Tort Law*, 57 *Vand. L. Rev.* 1571 (2004); Edgar C. Gentle III, *Administration of the 2003 Tolbert PCB Settlement in Anniston, Alabama, U.S.A.: An Attempted Collaborative and Holistic Remedy*, 60 *Ala. L. Rev.* 1249 (2009); Charles Silver & Geoffrey P. Miller, *The Quasi-Class Action Method of Managing Multi-District Litigations: Problems and a Proposal*, 63 *Vand. L. Rev.* 107 (2010).

*Comentario b.* Las descripciones ofrecidas en esta Sección son intencionalmente sucintas. El objetivo es identificar las formas de procesos colectivos, no analizar tales formas en detalle. Las descripciones ignoran muchas formas híbridas de agregación, tales como la consolidación de acciones de clase. Por último, las descripciones no cuentan con componente normativo alguno. Aun cuando los medios formales de referencia para crear procesos colectivos (tales como la consolidación o la remisión) se encuentran gobernados por reglas o requisitos específicos, esta Sección no aborda los métodos ni las reglas o requisitos relevantes para su operatividad.

*Comentario b(1)(A).* La manera más común de traer una persona al proceso como actor o demandado es nombrarla como parte y generar un litisconsorcio. Ver § 1.01, Notas de los Reporteros. En ocasiones, todas las personas que fueron afectadas conjuntamente por un hecho dañoso o bien se encuentran interesadas de alguna otra manera en similar situación litigiosa, son obligadas a unirse en una demanda como co-actores, significando esto que el proceso no continuará si alguno de ellos se encuentra ausente. Ver 59 *Am. Jur. 2d Parties* § 142 (“[T]itulares conjuntos o copropietarios son usualmente requeridos para unirse en acciones por daños y perjuicios contra terceras personas, tales como acciones por violación de la propiedad privada, por daños a, o conversión de, bienes muebles y otros asuntos similares”); *Reg. Fed. de Proc. Civ.* 19 (estableciendo criterios para identificar a las personas que deben unirse al proceso, en la medida que ello sea factible).

Más a menudo las reglas procesales son permisivas y autorizan a personas con pretensiones relacionadas para unirse como partes, pero no exigen

## Capítulo 1

tal conducta. Ver, por ejemplo, Reg. Fed. de Proc. Civ. 20(a) y (b) (“Distintas personas *pueden* unirse en una acción como actores. . . si afirman tener derecho a un remedio conjuntamente, separadamente o alternativamente, con respecto a, o surgiendo de, la misma transacción, ocurrencia o series de transacciones u ocurrencias; y. . . todas las cuestiones de derecho o hecho comunes a todos los actores surgirán en la acción”) (énfasis agregado). Para una discusión del litisconsorcio autorizado por las Reglas 19 y 20 como tradicional método para incorporar numerosas partes en un mismo proceso, ver *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis*, pp. 24-26.

La principal razón para autorizar el litisconsorcio entre diversos actores con pretensiones relacionadas es su conveniencia. Permitir el litisconsorcio ayuda a las partes y a los tribunales a “evitar la innecesaria pérdida de tiempo y dinero. . . que implicaría la presentación duplicada de pruebas relacionadas con hechos comunes a más de un pretensión”. 7 Charles Alan Wright, Arthur R. Miller, & Mary Kay Kane, *Federal Practice and Procedure* § 1652, 397 (3d ed. 2005). Dado este objetivo, tiene sentido que el tribunal cuente con “discreción para denegar [a múltiples co-actores] la petición de litisconsorcio [voluntario] si determina que la suma de partes según lo dispuesto por la Regla 20. . . puede resultar en perjuicios, gastos o demoras”. *Id.*

Las reglas que permiten el litisconsorcio de co-actores con pretensiones relacionadas también habilitan a un actor para unir como litisconsortes a todas aquellas personas contra las cuales pretenda obtener respuesta respecto de pretensiones también relacionadas. Reg. Fed. de Proc. Civ. 20(a)(2): “Distintas personas. . . pueden ser unidas como litisconsortes y demandadas en una misma acción si se reclama un remedio contra ellas conjuntamente, separadamente o alternativamente, con respecto a, o surgiendo de, la misma transacción, ocurrencia o series de transacciones u ocurrencias; y. . . todas las cuestiones de derecho o hecho comunes a todos los actores surgirán en la acción. Usualmente, el número de personas elegible para ser unidas como litisconsortes es pequeño. Esto es así, por ejemplo, cuando un accidente de tránsito involucra tan sólo dos automóviles ocupados cada uno de ellos por su conductor. La posibilidad de una acción litisconsorcial de gran magnitud requiere la producción de algún tipo de incidente masivo. Accidentes industriales, explosiones, emanaciones tóxicas y productos comercializados ampliamente en el mercado pueden generar decenas, cientos o miles de pretensiones relacionadas. Mediante una búsqueda agresiva de clientes, los abogados han logrado enlistar decenas, cientos, miles y hasta millones de clientes en este tipo de situaciones. Ver, por ejemplo, John C. Coffee, Jr., *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large*

## Capítulo 1

*Class Action*, 54 U. Chi. L. Rev. 877, 886 (1987) (discutiendo la búsqueda de clientes inmediatamente después de las emanaciones químicas en Bhopal, India, de clientes que utilizaron el dispositivo intrauterino Dalkon Shield, y de clientes expuestos a amianto en sus lugares de trabajo).

Aun cuando el número de reclamantes se mida en cientos o miles, los grandes litisconsorcios pueden de todas formas no ocurrir. En lugar de eso, puede iniciarse una montaña de procesos individuales. Ver, por ejemplo, *Spera v. Fleming, Hovenkamp & Grayson, P.C.*, 25 S.W.3d 863 (Tex. Ct. App. 2000) (un estudio jurídico con una lista de más de 30.000 clientes que habían sufrido daños como resultado de sistemas de plomería hechos con caños de polibutileno promovió cada uno de los casos separadamente). Ciertos estados que en algún momento permitieron litisconsorcios masivos, como Mississippi, los han restringido recientemente. Ver John H. Beisner, Jessica Davidson Miller, and Matthew M. Shors, *One Small Step for a County Court . . . One Giant Calamity for the National Legal System* (2003), [http://www.manhattan-institute.org/html/cjr\\_7.htm](http://www.manhattan-institute.org/html/cjr_7.htm) (última visita el 11 de Agosto de 2013) (discutiendo los litisconsorcios masivos en Mississippi); y Victor E. Schwartz, Sherman Joyce, and Cary Silverman, *West Virginia as a Judicial Hellhole: Why Businesses Fear Litigating in State Courts*, 111 W. Va. L. Rev. 757 (2009) (haciendo una crónica de casos y reformas de reglas limitando el tamaño de los litisconsorcios en Mississippi). Los litisconsorcios masivos tienen más chances de ser autorizados cuando es un sólo incidente o accidente el que genera un gran número de pretensiones, que en aquellos supuestos en que tales pretensiones surgen de diversos eventos relacionados que ocurren diacrónicamente, como sucede con el uso del mismo fármaco o instrumento médico.

Las acciones litisconsorciales voluntarias que involucran a grandes números de co-demandados son menos comunes que las que reúnen a co-actores, pero existen. En muchos de estos casos, los actores alegan la existencia de conspiraciones. Un proceso iniciado para limpiar un sitio contaminado por desechos tóxicos puede nombrar como demandados a todas las personas o entidades que crea han depositado material contaminante de manera ilegal en el lugar. De acuerdo con la Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act, 42 USC § 9610, un demandado potencialmente responsable puede buscar el reembolso de los costos de limpieza de manos de todos los demás que hubieran contribuido a causar la contaminación. Ver *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 34.11 (2004). En ambos escenarios, el número de partes demandadas puede ser grande aun cuando, antes del proceso, ellas no tuvieran contacto directo alguno que las vincule. El titular de una patente también puede demandar a grandes nú-

## Capítulo 1

meros de personas por infracción a esa patente. Ver, por ejemplo, *Standard Oil Co. v. Montedison, S.p.A.*, 540 F.2d 611, 614 (3d Cir. 1976); ver también Colleen V. Chien, *Of Trolls, Davids, Goliaths, and Kings: Narratives and Evidence in the Litigation of High-Tech Patents*, 87 N.C. L. Rev. 1571 (2009) (discutiendo estadísticas en materia de litigios que involucran patentes de alta tecnología).

Debido a que las reglas básicas en materia de litisconsorcio son generalmente voluntarias, la aptitud que tiene este dispositivo para unir a potenciales actores y demandados es inherentemente limitada. Primero, potenciales co-actores o co-demandados pueden quedar afuera del proceso. Segundo, cuando quedan afuera, otras partes pueden resultar imposibilitadas para traer al proceso a estas personas. Tercero, otras doctrinas y estatutos, tales como los que regulan la competencia personal y material de las cortes o su jurisdicción, también limitan el potencial del litisconsorcio voluntario para abarcar a todas las personas interesadas. En teoría, la posibilidad de intervenir provee un importante suplemento, pero ésta también es voluntaria y enfrenta significativos límites jurisdiccionales. Ver también *Richards v. Jefferson County, Ala.*, 517 U.S. 793, 800 n.5 (1996) (“La regla general es que ‘[l]a ley no impone sobre ninguna persona con derecho a tener su día en el tribunal la carga de intervenir voluntariamente en un proceso respecto del cual ella es un extraño’”) (citando *Chase Nat’l Bank v. Norwalk*, 291 U.S. 431, 441 (1934)).

De conformidad con la naturaleza procesal de las reglas de litisconsorcio voluntario, aquellos “derechos que son diferentes bajo la ley que los gobierna no pueden ser transformados en derechos en común” sólo por el hecho de que los actores los invoquen en una misma demanda. 7 Wright, Miller, & Kane, *Federal Practice and Procedure* § 1652 at 399. Tomando esto en consideración, la decisión de demandar involucra importantes implicancias procesales. Por ejemplo, “[c]uando hay un litisconsorcio voluntario, . . . las sentencias definitivas pueden ser dictadas a favor o en contra de un número menor del total de partes involucradas sólo de conformidad con lo dispuesto en la Regla 54(b)”. Id. p. 400.

*Comentario b(1)(B)*. El Ejemplo 2 está basado en *Lucas v. Planning Bd. of LaGrange*, 7 F. Supp. 2d 310, 328–329 (S.D.N.Y. 1998). El Ejemplo 3 es tomado del Restatement Second of Judgments § 41, Ejemplo 2, y está basado en *United States v. Kabinto*, 456 F.2d 1087 (9th Cir. 1972). El Ejemplo 4 se basa en *Satsky v. Paramount Commc’ns, Inc.*, 7 F.3d 1464 (10th Cir. 1993). El Ejemplo 5 está basado en parte en *NAACP v. Metropolitan Council*, 125 F.3d 1171, 1175 (8th Cir. 1997), revocado, 522 U.S. 1145, sostenido en el reenvío, 144 F.3d 1168 (8th Cir.). Ver también *N. Cal. River Watch v.*

## Capítulo 1

Humboldt Petroleum, Inc., 162 Fed. Appx. 760 (9th Cir. 2006) (declarando precluido un proceso iniciado por un grupo de interés público luego de una acción *parens patriae* promovida por el estado de California, aun cuando algunos de los miembros del grupo residían fuera de dicho estado).

Las acciones representativas pueden asumir distintas formas que van desde aquellas en que una no-parte autoriza a una parte para proveerle representación, hasta aquellas en que la representación se produce sin conocimiento o consentimiento de la persona representada, incluso posiblemente contra los propios deseos de ésta. Las relaciones de mandato entre personas representadas y partes es el paradigma de representación consensuada. Las acciones promovidas por funcionarios públicos o agencias gubernamentales pueden ser casos paradigmáticos de representación no consensuada cuando resultan en efectos preclusivos. Las acciones de clase se ubican en algún lugar en medio de ambos paradigmas. Su ubicación precisa depende primariamente del volumen de notificaciones producido, y de la existencia y número de oportunidades para excluirse del proceso.

En todos los procesos representativos, una parte, usualmente el actor pero esto no es requisito necesario, vincula a una persona representada mediante la obtención de una orden o sentencia definitiva, la cual puede asumir la forma de un decreto aprobatorio de un acuerdo transaccional. El alcance con el cual la persona representada es vinculada por la decisión depende del contexto. Una parte representada puede sufrir los efectos de la cosa juzgada y estar habilitada para tomar ventaja de la sentencia definitiva en caso que le confiera algún beneficio. Una persona representada también puede resultar vinculada en un grado menor, reteniendo el derecho de litigar pero padeciendo o beneficiándose de la preclusión de cuestiones. La naturaleza y extensión del efecto preclusivo de los litigios representativos depende de los hechos en que tal preclusión se sostiene. Ver 18A Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure* §§ 4456–4462.

El poder preclusivo de todos los procesos representativos requiere una armonía de intereses entre la parte y las no-partes cuyos derechos serán precluidos. Los intereses de ambos no necesitan ser idénticos y de hecho rara vez lo son, pero debe haber una fuerte coincidencia entre ellos. Este grado de coincidencia requerido se incrementa a medida que la voluntariedad de la representación ejercida declina o bien cuando la posibilidad de las personas de participar o controlar la marcha del proceso disminuye. Cuando una persona representada participa en un proceso o lo controla (a pesar de no ser parte), el argumento para vincular esa persona es fuerte ya que por tal motivo ella tiene algo que se acerca bastante a su día en la corte. Sólo un serio conflicto de interés podría

## Capítulo 1

evitar la preclusión en esta situación. Conflictos de menor escala son suficientes para evitar la preclusión cuando la persona representada no autorizó tal representación ni tiene poder para controlarla.

Casos en los cuales no-partes autorizan a partes para actuar en su beneficio típicamente involucran pequeños números de personas y generan pocas dificultades. Las personas representadas pueden estructurar las relaciones con sus mandatarios como deseen, obteniendo el tipo y nivel de representación que las satisfaga. La habilidad de los mandatarios para vincular a las personas representadas en un litigio está fundada en las leyes que gobiernan el mandato.

Casos involucrando fiduciarios o personas que detentan posiciones similares están un paso más allá de la representación consensual y resultan un poco más problemáticos. Debido a que la autoridad de los fiduciarios deriva de los fiduciantes, no de los beneficiarios, su poder para vincular a estos últimos no es directamente consensual. Sin embargo, en el marco de un litigio, el fiduciario actúa de conformidad con la misma autoridad que cubre todas las actividades que involucran bienes del fideicomiso y es gobernado por las mismas leyes. Restatement Second of Judgments § 41, Comentario *a* (“[E]l representante puede ser constituido como tal a través de alguna transacción previa al litigio, por la cual se le otorga autoridad para administrar y cuidar los intereses de un beneficiario, por ejemplo, en la designación de un albacea o administrador de una herencia o la creación de un fideicomiso . . . En circunstancias de este tipo, la autoridad y responsabilidad de representar al beneficiario en sede judicial es una consecuencia que se sigue de la autoridad y responsabilidad general sobre la administración de los asuntos que le fueron confiados”). Por consiguiente, la capacidad de los fiduciarios para representar intereses de los beneficiarios en el marco de litigios judiciales se encuentra bien establecida. Ver *Richards v. Jefferson County, Ala.*, 517 U.S. 793, 798 (1996) (observando que “una sentencia que es vinculante para el guardián o fiduciario puede también vincular al tutelado o a los beneficiarios del fideicomiso”). Ver también Restatement Second of Judgments § 41(1)(a) y (c) (reconociendo el efecto preclusivo de un proceso promovido por “[e]l fiduciario de una herencia o interés del cual la persona es beneficiaria” o “[e]l albacea, administrador, guardián, conservador o administrador fiduciario similar de un interés del cual la persona es beneficiaria”).

Las relaciones discutidas en el párrafo anterior, todas las cuales están constituidas privadamente o impuestas por la ley en circunstancias apremiantes, tienen un alcance limitado e involucran fiduciarios, han sido tradicionalmente consideradas suficientes para justificar la preclusión con fundamento en víncu-

## Capítulo 1

los legales preexistentes. Procesos iniciados por partes cuyas relaciones con las personas representadas carecen de una o más de estas características, no justifican la preclusión tan fácilmente y pueden requerir mayor protección contra los conflictos de interés. Las acciones promovidas por funcionarios públicos o agencias estatales, por asociaciones de membresía voluntaria y las acciones de clase están comprendidas en esta última categoría.

Los actores gubernamentales usualmente cuentan con autoridad para hablar en nombre de los ciudadanos en materias de interés público. Ver *Late Corporation of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. United States*, 136 U.S. 1, 57 (1890) (describiendo esta autoridad como “inherente al supremo poder de todo estado . . . usualmente necesaria para ser ejercitada en el interés de la humanidad, y para la prevención de los daños que pueden padecer aquéllos que no están en condiciones de protegerse por sí mismos”). Esta autoridad puede justificar la preclusión de acciones privadas promovidas por ciudadanos luego de la tramitación de los procesos iniciados por el gobierno. “Si la acción previa fue promovida por un funcionario público o agencia estatal, . . . el efecto preclusivo de la sentencia parece depender de la caracterización del interés que representa el funcionario público. Si el interés que busca ser protegido es uno detentado por todos los miembros de la comunidad en general, la acción promovida por un funcionario público en beneficio de tal interés puede considerarse preventiva de remedios privados y generar por tanto efectos preclusivos acordes”. *Restatement Second of Judgments* § 41, Nota del Reportero al Comentario *a*.

La cita precedente vincula la preclusión a la persecución de un interés público. La existencia de un interés de este tipo es mucho más clara cuando un gobierno u oficial público demanda *parens patriae*. Los primeros casos *parens patriae* involucraron la protección de tierras u otros recursos naturales sobre los cuales el estado no tenía un derecho de propiedad directo. *Missouri v. Illinois*, 180 U.S. 208 (1901) (sosteniendo que Missouri estaba habilitado para demandar a Illinois y a un distrito sanitario de Chicago en beneficio de los ciudadanos de Missouri a fin de evitar la descarga de aguas servidas en el Río Mississippi); *Kansas v. Colorado*, 206 U.S. 46 (1907) (sosteniendo que Kansas estaba habilitado para demandar como *parens patriae* a efectos de detener el desvío de aguas de un cauce interestatal); *Georgia v. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907) (sosteniendo que Georgia tenía derecho a demandar para detener las emanaciones de una planta de cobre ubicada más allá de la frontera estatal a fin de evitar el daño que producía a tierras ubicadas en cinco condados de Georgia). En procesos posteriores, la Suprema Corte de los Estados Unidos reconoció el poder general de un estado

## Capítulo 1

para demandar a fin de proteger el bienestar de sus ciudadanos. Ver *Pennsylvania v. West Virginia*, 262 U.S. 553, 592 (1923) (autorizando a Ohio y Pennsylvania para intentar evitar que West Virginia cortara el paso de gas hacia dichos estados, porque la amenaza de hacerlo “ponía seriamente en peligro” la salud, confort y bienestar de sus ciudadanos); *Georgia v. Pennsylvania R.R. Co.*, 324 U.S. 439, 450–451 (1945) (encontrando configurada la legitimación *parens patriae* para buscar una orden contra tarifas de transporte de cargas que se consideraban discriminatorias); *Pennsylvania v. Kleppe*, 533 F.2d 668, 675 (D.C. Cir. 1976) (“Parece que [ahora] el daño a la economía del estado o a la salud y bienestar de sus ciudadanos, si suficientemente severo y generalizado, puede dar lugar a un interés cuasi-soberano en obtener una solución del asunto y, por tanto, justificar una acción representativa por parte de ese estado”).

El poder general para proteger el bienestar de los ciudadanos puede no autorizar al estado para pretender, como representante de clase, cualquier tipo de sentencia. De allí que puede ocurrir que el estado se vea impedido de vincular al resultado del proceso a los litigantes privados. Así, en el campo de defensa de la competencia, por ejemplo, la Suprema Corte ha resuelto que las reglas del poder *parens patriae* no se extienden necesariamente a la posibilidad de buscar compensación directa para las personas afectadas por un comportamiento anticompetitivo, exigiendo una previsión estatutaria expresa que autorice al estado para reclamar dinero por tales daños. Ver *Hawaii v. Standard Oil Co. of Cal.*, 405 U.S. 251 (1972). En algunos contextos el Congreso ha conferido esta autoridad expresamente. Ver *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, 90 Stat. 2484, codificado en 15 U.S.C. § 15c (1976) (acordando a los procuradores generales estatales la autoridad para promover acciones de clase *parens patriae* en casos de violación de la libre competencia en el orden federal).

En el supuesto que el derecho a demandar *parens patriae* se encuentre establecido estatutariamente, todavía resta considerar si una sentencia dictada en una acción de este tipo precluye un proceso subsiguiente promovido por un ciudadano para tutelar el mismo interés público. La Suprema Corte de los Estados Unidos respondió afirmativamente. Ver *City of Tacoma v. Taxpayers of Tacoma*, 357 U.S. 320, 340–341 (1958) (“La sentencia definitiva de la Corte de Apelaciones era efectiva no sólo contra el estado sino también contra sus ciudadanos, incluyendo los contribuyentes de Tacoma, dado que estuvieron representados en tal proceso por dicho estado en lo que atañe a los derechos públicos que les asisten en cuanto ciudadanos. Por tanto, como aquél, estaban vinculados por la sentencia allí dictada”);

## Capítulo 1

Wyoming v. Colorado, 286 U.S. 494, 509 (1932) (“[R]eclamantes de agua en Colorado, y aquellos en Wyoming, estuvieron representados por sus respectivos estados y se encuentran vinculados por el decreto”). Los casos de tribunales inferiores que reconocen similares efectos incluyen Alaska Legislative Council v. Babbitt, 15 F. Supp. 2d 19, 23 (D.D.C. 1998), confirmado, 181 F.3d 1333 (D.C. Cir. 1999) (sosteniendo que los legisladores estatales de Alaska, demandando en el doble carácter de legisladores y por su propia capacidad en cuanto residentes de Alaska, estaban vinculados por la preclusión operada por una sentencia anterior dictada con motivo de una acción promovida por el estado de Alaska con respecto a la implementación del estatuto federal que regula la administración de la fauna salvaje”; *Lucas*, 7 F. Supp. 2d 310 (sentencia consensuada dictada en un proceso promovido por un municipio contra compañías de telefonía celular precluyó posteriores acciones iniciadas por ciudadanos para evitar que tales compañías construyeran torres); y *Citizens for Open Access to Sand and Tide, Inc. v. Seadrift Ass’n*, 71 Cal. Rptr. 2d 77 (Cal. Ct. App. 1998) (acuerdo transaccional entre agencias estatales y propietarios de predios costeros precluyó la posibilidad de una asociación de ciudadanos para demandar con el objeto de establecer un espacio público de recreación, a pesar de que previamente el tribunal se negó a autorizar la participación de la asociación en el proceso).

En principio, las acciones *parens patriae* pueden precluir la posibilidad de demandar de grandes números de individuos. En este sentido se asemejan a las acciones de clase, con la función representativa respecto de los miembros de la clase siendo cumplida por el estado más que por un individuo situado en forma similar al resto de ellos. Cuando una acción *parens patriae* persigue obtener una indemnización por daños en beneficio de personas individuales, ciertas cuestiones de debido proceso pueden aparecer en escena. Entre ellas, por ejemplo, si los ciudadanos tienen derecho a ser notificados y poder excluirse o si debe establecerse un procedimiento para distribuir las indemnizaciones entre los individuos. Además, cuando las indemnizaciones se corresponden con pretensiones individuales, el poder *parens patriae* del estado usualmente deberá estar reconocido estatutariamente o bien por consolidados principios del derecho común. Estos Principios no intentan resolver tales cuestiones.

Generalmente, la acción de una persona representada se encuentra precluida sólo cuando el interés de esa persona y el interés de la parte se encuentran alineados. Este requisito también existe cuando el proceso anterior fue promovido por una entidad gubernamental o un funcionario actuando *parens patriae*. Pero la superposición de intereses no necesita ser perfecta.

## Capítulo 1

En particular, una acción *parens patriae* puede precluir una acción posterior promovida por un ciudadano aun cuando termine con un acuerdo transaccional o un decreto consensuado que tal ciudadano objete. Ver *Lucas*, 7 F. Supp. 2d 310; *Citizens for Open Access*, 71 Cal. Rptr. 2d 77. Para evitar la preclusión, un ciudadano debe demostrar la existencia de un conflicto de interés, una falta de motivación para tramitar el proceso celosamente, o una verdadera falla en esa tarea. Una solución que disgusta al ciudadano, por sí sola, no será suficiente para ello. Las acciones individuales son especialmente proclives a ser precluidas cuando persiguen un remedio inyuntivo por el cual ya demandó una entidad gubernamental.

De conformidad con la distinción entre intereses generales y otros intereses en la cual descansa la doctrina *parens patriae*, las cortes han limitado de muchas maneras los efectos preclusivos de acciones promovidas por entidades gubernamentales. En particular, una acción gubernamental en defensa de un interés general no puede precluir una acción privada por daños y perjuicios promovida para obtener compensación por una pérdida. *Brown v. Tigor Title Ins. Co.*, 982 F.2d 386 (9th Cir. 1992), cert. denegado por incorrecto otorgamiento, 511 U.S. 117 (1994) (preservando las pretensiones privadas en materia de defensa de la competencia).

Los casos en que las asociaciones de membresía voluntaria representan a sus miembros se asemejan a las acciones *parens patriae*. Típicamente, una asociación demanda para proteger un interés que sus miembros comparten, tal como la obtención de mejores salarios o beneficios. Ver, por ejemplo, *Int'l Union, United Auto., Aerospace and Agric. Implement Workers of Am. v. Brock*, 477 U.S. 274 (1986) (sosteniendo que el sindicato tiene legitimación para litigar en beneficio de sus miembros los requisitos de elegibilidad para acceder a beneficios). Podría decirse que estas acciones son más consensuales que las acciones *parens patriae*. Las organizaciones de membresía voluntaria están limitadas en su alcance y cuentan con legitimación para demandar sólo en asuntos que son afines a sus objetivos sociales. Los miembros también suelen tener intereses más armónicos que los ciudadanos en general y mayor control sobre sus destinos. Para casos en que las actividades de la organización precluyeron acciones de miembros individuales, ver, por ejemplo, *Bolden v. Pennsylvania State Police*, 578 F.2d 912 (3d Cir. 1978) (el involucramiento de la orden fraternal de la policía en el litigio y en el diseño de un decreto consensuado precluyó subsiguientes cuestionamientos al decreto formulados por oficiales de policía no minoritarios); *Expert Elec., Inc. v. Levine*, 554 F.2d 1227 (2d Cir. 1977) (miembros de una asociación de comercio precluidos de intentar obtener la cancelación del registro para un

## Capítulo 1

programa de entrenamiento de aprendices en virtud del involucramiento de la asociación en procesos previos); *Ellentuck v. Klein*, 570 F.2d 414 (2d Cir. 1978) (impidiendo a los actores litigar una cuestión de debido proceso porque todos estaban representados en litigios previos por una asociación de propietarios de la tierra).

Al igual que en otros procesos de tipo representativo, la comprobación de un conflicto de interés entre la asociación y sus miembros o de una inadecuada representación evitan que la preclusión opere.

La acción de clase, gobernada en los tribunales federales por la Regla 23 de las Reg. Fed. de Proc. Civil. y varios otros estatutos, y por similares reglas y estatutos en las cortes de la mayoría de los estados, es la forma de proceso representativo más conocida. Las acciones derivadas promovidas por accionistas, que pueden ser acciones de clase y a menudo lo son, deben adicionalmente cumplir los requisitos establecidos en la Regla 23.1 de las Reg. Fed. de Proc. Civil.

A diferencia de lo que ocurre con las representaciones consensuales, las acciones promovidas por asociaciones de membresía voluntaria y las acciones *parens patriae*, en la acciones de clase no es necesario que exista una relación fuera del proceso entre el representante y la persona representada. La acción de clase, por tanto, se acerca mucho al paradigma de representación virtual, en el cual el efecto preclusivo de un proceso depende principalmente de una superposición de intereses. Debido a esto y también a las preocupaciones en materia de inadecuada representación, que son críticas en todas las acciones representativas, la acción de clase se encuentra fuertemente regulada. Los miembros de la clase ausentes son vinculados sólo cuando se cumplen una serie de requisitos y, típicamente, sólo luego de haber tenido al menos una chance para excluirse del proceso a fin de preservar su derecho a demandar individualmente.

Típicamente, un actor inicia una acción de clase mediante una demanda en la cual se describe preliminarmente el alcance de la clase representada, seguido de una petición de certificación. La petición, que puede ser revisada luego del *discovery* que se realice sobre cuestiones relacionadas con la clase, refina tal definición inicial y solicita el dictado de una orden que autorice a proceder con el proceso como una acción de clase. La clase puede comprender actores o demandados, pero las clases actoras son por mucho las más comunes. Los demandados también pueden solicitar la certificación de la clase, pero raramente lo hacen. Ver Thomas E. Willging, Laural L. Hooper & Robert J. Niemic, *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules* (1996) (reportando

## Capítulo 1

que las acciones de clase pasivas ascienden a menos del uno por ciento de todas las acciones de clase certificadas, y que los demandados rara vez solicitan la certificación de acciones de clase de cualquier tipo que sean).

Luego del *discovery* efectuado sobre cuestiones relevantes y la celebración de una audiencia, el juez decide si la clase puede proseguir. Reconociendo que la acción de clase es un sustituto de la vía ordinaria del litisconsorcio voluntario, el juez debe encontrar demostrado (1) que muchas personas cuentan con pretensiones o defensas suficientemente relacionadas para justificar un litisconsorcio (*commonality*) pero (2) ese litisconsorcio es impracticable (*numerosity*). Si la condición (1) está ausente, sólo se permite proseguir con la acción a la parte nominal. Si (2) está ausente, el curso de acción correcto es generar el litisconsorcio con las personas pertinentes.

En consonancia con el carácter estricto de la excepción a la doctrina según la cual las sentencias y órdenes definitivas vinculan sólo a las partes, la parte que busca certificar una clase también debe demostrar (3) la existencia de una teoría común que sostiene la pretensión o defensa de la parte nominal y las de las personas representadas (*typicality*), y (4) que la parte nominal representará a los miembros de la clase ausentes en forma adecuada (*adequate representation*). Estos requisitos ayudan a limitar la preclusión a situaciones como las que involucran otras acciones que históricamente han sido consideradas capaces de vincular a personas representadas. En tales situaciones, los intereses de la parte y de las personas representadas se superponen fuertemente y el incentivo de la parte para proseguir con la pretensión o defensa muy probablemente también sea fuerte.

Los requisitos (1)–(4) aplican a todas las acciones de clase en el sistema federal y, en general, también están presentes en los modelos de acciones de clase estatales. De conformidad con las reglas que gobiernan la práctica moderna de las acciones de clase, éstas también deben cumplir con al menos uno de una serie de criterios adicionales diseñados para demostrar la necesidad de vincular a no-partes. Estos criterios son (5) el riesgo de que la parte contraria sea sometida a múltiples, duplicadas o inconsistentes obligaciones; (6) el riesgo de que la posibilidad de los miembros ausentes de proteger sus intereses se vea impedida o seriamente afectada; (7) un curso común de conducta desarrollado por la parte opuesta a la clase que justifique el otorgamiento de una solución declarativa o injuntiva para todos sus integrantes; y (8) la predominancia de cuestiones comunes de hecho o de derecho y la superioridad de la acción de clase con respecto a otros procesos disponibles. Sólo una clase que reúne una o más de las condiciones (5)–(8) puede ser propiamente certificada como tal.

## Capítulo 1

Aproximadamente dos tercios de todas las acciones de clase certificadas están comprendidas en la categoría de cuestión común (requisito 8), la cual es utilizada para todo tipo de casos que involucran daños económicos, incluidos los fraudes accionarios. Willging, Hooper & Niemic, *Empirical Study of Class Actions*. Estos casos típicamente involucran grandes números de reclamantes, muchos o la mayoría de los cuales han padecido pequeñas pérdidas, y la litigación de las pretensiones invocadas requiere principalmente prueba de la conducta del demandado, lo cual podría denominarse como el componente “ascendente” (“*upstream*”) del caso. Samuel Issacharoff, *Class Action Conflicts*, 30 U.C. Davis L. Rev. 805 (1997); ver también Capítulo 2. Las acciones de clase en búsqueda de un remedio inyuntivo (Requisito (7)) son las segundas más comunes. Acciones de clase de otro tipo son poco comunes.

La decisión de certificar una clase dispara procedimientos adicionales, los cuales, de conformidad con el derecho vigente, varían de acuerdo con el tipo de clase o el derecho sustantivo en disputa. Por ejemplo, en casos de cuestiones comunes, los miembros de la clase ausentes reciben notificación del inicio del proceso y cuentan con la oportunidad para solicitar su exclusión. Ellos pueden también participar en el proceso como reclamantes ausentes o devenir en parte mediante el instituto de la intervención. En acciones de clase que involucran asuntos accionarios y del mercado de valores, los miembros ausentes pueden competir para ocupar el rol de actor. En cualquier tipo de acción de clase los abogados de la clase deben ser elegidos por la corte y sus honorarios deben ser también establecidos por ésta.

Luego de la certificación, las acciones de clase tramitan hacia la etapa de juicio de la misma manera que otros procesos. Llegado el momento propio del juicio, la prueba ofrecida debe acreditar la pretensión del actor nominal. Idealmente, la misma evidencia también sostendrá determinaciones colectivas con respecto a las cuestiones sustanciales relacionadas con la clase, incluyendo la existencia de daños. En la mayoría de los casos, es probable que ciertos elementos probatorios influyan únicamente sobre la determinación de las pretensiones de la clase, como ocurre con la prueba de las pérdidas sufridas por otras personas distintas del actor nominal.

A menudo los jueces certifican clases con el consentimiento de las partes nominales sólo para propósitos transaccionales. El estudio de alcance nacional más comprensivo sobre el tema, hoy tal vez algo desactualizado, encontró que esto ocurre en aproximadamente el 39% de todos los procesos en los cuales las clases fueron certificadas. Thomas E. Willging, Laural L. Hooper & Robert J. Niemic, *An Empirical Analysis of Rule 23 to Address the Rulemaking Challenges*, 71 N.Y.U. L. Rev. 74, 112 (1996). Más recientemente, la Oficina

## Capítulo 1

Administrativa de los Tribunales del estado de California completó un estudio sobre las acciones de clase iniciadas entre los años 2000 y 2006. <http://www.courts.ca.gov/documents/class-action-lit-study.pdf> (última visita el 11 de Agosto de 2013). Cuando la certificación se produce al sólo efecto transaccional, el acuerdo entre las partes típicamente contiene una condición por la cual dicha certificación quedará sin efecto a menos que el acuerdo sea aprobado. Ello así por cuanto el propósito de la certificación (desde la perspectiva de los demandados) es obtener una paz global (o lo más cercano a esto) por un precio acordado. Las clases al sólo efecto transaccional pueden ser bastante grandes. Ver, por ejemplo, *In re Prudential Ins. Co. Am. Sales Practices Litig.*, 148 F.3d 283 (3d Cir. 1998) (resolviendo las pretensiones de ocho millones de tenedores de póliza).

Los acuerdos transaccionales celebrados en el marco de acciones de clase deben ser revisados y aprobados por el juez antes de que puedan vincular a alguien. De acuerdo con las prácticas vigentes, el proceso de análisis y revisión contempla dos pasos: una aprobación preliminar, en la cual las partes nominales presentan el acuerdo al tribunal y argumentan a su favor; y una aprobación final que, en casos que involucran pretensiones dinerarias, ocurre luego de que el tribunal envía notificaciones sobre el acuerdo a toda la clase, autoriza a sus miembros para optar por excluirse del proceso y considera cualquier objeción por ellos presentada (en caso de haber alguna). Al evaluar el acuerdo, el tribunal debe determinar si es justo, razonable y adecuado desde la perspectiva de los miembros de la clase ausentes. Los procedimientos involucrados en los acuerdos transaccionales, incluyendo el rechazo de la actual práctica de “aprobación preliminar”, son discutidos en extenso en el Capítulo 3.

En la órbita doctrinaria, las acciones de clase han caído en desfavor como medio para resolver pretensiones masivas surgidas de daños personales. Este desarrollo refleja muchos factores, incluyendo preocupaciones sobre la calidad de la representación recibida por miembros de clases conformadas al sólo efecto transaccional, dificultades originadas en problemas de selección del derecho sustantivo aplicable, y la necesidad de producir prueba individual de la exposición, afectación y daños padecidos. Ver, por ejemplo, *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997) (revocando la certificación de una clase de pretensiones relacionadas con amianto, conformada al sólo efecto transaccional); *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999) (igual). Empíricamente, ni *Amchem* ni *Ortiz* parecen haber reducido significativamente el volumen de acciones de clase por daños a la integridad física o la propiedad. Ver Robert J. Niemic and Thomas E. Willging, *Effects of Am-*

## Capítulo 1

chem/Ortiz on the Filing of Federal Class Actions: Report to the Advisory Committee on Civil Rules (9 de Septiembre de 2002). Las clases al sólo efecto transaccional constituyen la mayoría de estos procesos. El dispositivo de acciones de clase también continúa siendo utilizado en casos que involucran violaciones a la libre competencia, pretensiones sobre derechos civiles y violaciones en materia accionaria. Su idoneidad para ser utilizado en casos que involucran otras formas de fraude puede depender de si se requiere o no la prueba de la confianza individual. Ver, por ejemplo, *Sandwich Chef of Texas, Inc. v. Reliance Nat'l Indem. Ins. Co.*, 202 F.R.D. 484 (S.D. Tex. 2001) (certificando una acción de clase por fraude en el contexto de la RICO), donde el hecho alegado por las partes era un fraude de correos); *Sandwich Chef of Texas, Inc. v. Reliance Nat'l Indem. Ins. Co.*, 319 F.3d 205 (5th Cir. 2003) (revocando y decertificando la clase con fundamento en que era necesario acreditar de manera individual que cada miembro del grupo había confiado en la oferta); *Bridge v. Phoenix Bond & Indem. Co.*, 128 S. Ct. 2131 (2008) (sosteniendo que la prueba de la confianza no es requerida en casos donde aplica RICO y el hecho alegado es un fraude de correos). Aun cuando la prueba individual de la confianza no sea exigida, la necesidad de producir prueba individualizada respecto de otros elementos puede igualmente frustrar la certificación de la clase. *Int'l Union of Operating Eng'rs Local No. 68 Welfare Fund v. Merck & Co., Inc.*, 929 A.2d 1076, 1087 (2007) (determinando que las cuestiones de hecho que rodean el conocimiento del demandado respecto del riesgo de la medicación Vioxx contra la artritis no predominan sobre las cuestiones individuales habida cuenta la importancia de “prueba sobre [el pago de una tercera parte de los beneficios] que se realiza en formularios creados separadamente, la existencia de distintos sistemas de niveles, los requisitos individualizados para aprobación o reintegro impuestos a sus miembros en varios planes y, en cierta medida, impuestos también a los médicos que prescriben la droga”).

Puede decirse que existe una categoría residual de representación virtual, la cual incluye casos que se asemejan a procesos representativos pero encajan imperfectamente en otras categorías. Un tipo de estos casos es el que involucra previos y subsiguientes procesos con grupos de partes o clases que se superponen imperfectamente. Por ejemplo, algunos, pero no todos, los actores en el segundo proceso pueden haber participado en el primero. Alguna parte de la clase invocada en el segundo proceso puede haber sido representada en el primero también. Los jueces deciden estos casos incómodos con referencia a sus hechos, buscando evitar la innecesaria proliferación de procesos y al mismo tiempo asegurar que cada interés distinto haya sido

## Capítulo 1

escuchado. Muchos de estos procesos son casos de derecho de interés público promovidos para obtener órdenes inyuntivas o remedios por vía de decretos consensuados. Ver, por ejemplo, *NAACP v. Metropolitan Council*, 125 F.3d 1171 (8th Cir. 1997), revocado, 522 U.S. 1145 (1998), sostenido en el reenvío, 144 F.3d 1168 (8th Cir.); *Tyus v. Schoemehl*, 93 F.3d 449 (8th Cir. 1996); *Petit v. City of Chicago*, No. 90C4984, 1999 WL 66539 (N.D. Ill. Feb. 8, 1999); *DeBraska v. City of Milwaukee*, 11 F. Supp. 2d 1020 (E.D. Wis. 1998), revocado, 189 F.3d 650 (7th Cir. 1999).

Cuando no es certificada como una acción de clase, la acción derivada de tenedores de acciones, en la cual la preclusión parece depender tan sólo de una adecuada representación, se presenta como otra variante difícil de encuadrar. “[E]n las acciones derivadas de tenedores de acciones reguladas por la Reg. Fed. de Proc. Civ. 23.1, las partes y sus sucesores incluyen a la corporación y a todos los tenedores de acciones no-partes . . . [Los] tenedores de acciones que no son parte se encuentran vinculados por las decisiones sólo si sus intereses fueron adecuadamente representados.” *Nathan v. Rowan*, 651 F.2d 1223, 1226 (6th Cir. 1981) (citando *Dana v. Morgan*, 232 F. 85, 89 (2d Cir. 1916); *Stella v. Kaiser*, 218 F.2d 64 (2d Cir. 1954); *Ratner v. Paramount Pictures, Inc.*, 6 F.R.D. 618 (S.D.N.Y. 1942)).

Finalmente, es importante destacar el significativo desarrollo de las acciones de clase y otras formas de agregación en el extranjero. Estos desarrollos, como los que ocurren en los Estados Unidos, están necesariamente condicionados por las diversas leyes sustantivas y los procesos establecidos en cada país. Sin embargo, aun cuando nuestros esfuerzos se encuentran informados por la experiencia jurisprudencial en los Estados Unidos, es imposible en estos tiempos desconocer la existencia de desarrollos paralelos en otros países. Para ejemplos de reglas y estatutos gobernando el trámite de acciones de clase fuera de los Estados Unidos y también la ejecución de sentencias dictadas en acciones de clase, ver, por ejemplo, Ley de Procesos de Clase, 1992, S.O. 1992, cap. 6 (Ontario) (última reforma 2006); Chief Justice Warren Winkler et al., *Guidelines for Recognizing and Enforcing Foreign Judgments for Collective Redress: A Report of the IBA Task Force on International Procedures and Protocols for Collective Redress* (sin fecha); Antonio Gidi, *Class Actions in Brazil—A Model for Civil Law Countries*, 51 Am. J. Comp. L. 311 (2003); John O’Hare & Kevin Browne, *Civil Litigation* 101–102 (2005) (describiendo la “Orden de Litigio de Grupo” Británica); Willem H. van Boom, *Collective Settlement of Mass Claims in The Netherlands*, in *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?* 171 (Reiner Schulze ed., 2009); Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz [Ley para la Iniciación de Procesos de Caso Modelo con Respecto a In-

**Capítulo 1**

versionistas en el Mercado de Capitales], 16 de Agosto de 2005, BGBl. I p. 2437 (F.R.G.), traducido al inglés en [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/KapMuG\\_english.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/KapMuG_english.pdf?__blob=publicationFile) (última visita el 11 de Agosto de 2013); ver también, Christopher Hodges, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems: A New Framework for Collective Redress in Europe*, 16–22, 37, 70–76, 76–80 (2008) (discutiendo respectivamente los modelos Británico, Holandés y Alemán); Fabrizio Cafaggi & Hans-W. Micklitz, eds., *New Frontiers of Consumer Protection: The Interplay Between Private and Public Enforcement* (2009); Richard A. Nagareda, *Aggregate Litigation Across the Atlantic and the Future of American Exceptionalism*, 62 Vand. L. Rev. 1 (2009); Samuel Issacharoff & Geoffrey Miller, *Will Aggregate Litigation Come to Europe?*, 62 Vand. L. Rev. 179 (2009); Deborah R. Hensler, *The Globalization of Class Actions: An Overview*, 622 Annals Am. Acad. Pol. & Soc. Sci. 7 (2009).

*Comentario b(2)*. Los ejemplos 6–9 están sugeridos en el Manual for Complex Litigation (Fourth) § 11.631 (2004). La agregación administrativa ocurre cuando jueces, usualmente a requerimiento de parte o con su ayuda, acumulan o coordinan de otro modo el manejo de procesos relacionados. A nivel federal, estos procedimientos incluyen la consolidación y la coordinación intradistrital, la transferencia multidistrital, la consolidación, la remoción y la cooperación informal. El Manual for Complex Litigation discute muchas de estas técnicas, identifica casos ejemplares y ofrece útiles sugerencias con relación a su uso. Muchos estados han adoptado reglas o estatutos que implementan técnicas similares. Ver, por ejemplo, *State ex rel. Mobil Corp. v. Gaughan*, 563 S.E.2d 419 (W. Va. 2002) (coordinando para la etapa de juicio aproximadamente 8000 casos sobre amianto de acuerdo con un estatuto de West Virginia); *Tex. R. Jud. Admin. 13*, reprinted in *Tex. Gov't Code Ann.*, tit. 2, subtit. F app. (Vernon 2003). Razones de eficiencia proveen la justificación básica para estos procedimientos, todos los cuales pueden requerir algún grado de interferencia con el deseo de una o más partes para tramitar su caso en una jurisdicción particular.

La consolidación ocurre cuando jueces reúnen casos relacionados para ser litigados. Puede producirse en la etapa de juicio o en etapa de apelación. Los casos se mantienen formalmente separados luego de la consolidación. Sólo son procesados en forma conjunta con la esperanza de reducir costos al evitar duplicación de trámites y demoras. Ver *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 11, 631 (2004).

Las cortes y el Federal Judicial Center han realizado importantes contribuciones a la literatura en materia de consolidación. Además del Manual

## Capítulo 1

for Complex Litigation, ver Advisory Committee on Civil Rules and Working Group on Mass Torts, *Report on Mass Tort Litigation* 10 (Feb. 15, 1999), reimpresso sin apéndices en 187 F.R.D. 293 (1999). Los escritos académicos incluyen: Deborah R. Hensler, *The Role of Multi-Districting in Mass Tort Litigation: An Empirical Investigation*, 31 Seton Hall L. Rev. 883 (2001); Joan Steinman, *The Effects of Case Consolidation on the Procedural Rights of Litigants: What They Are, What They Might Be Part 1: An Empirical Investigation*, 42 Seton Hall L. Rev. 717 (1995); Joan Steinman, *The Effects of Case Consolidation on the Procedural Rights of Litigants: What They Are, What They Might Be Part 2: Non-Jurisdictional Matters*, 42 UCLA L. Rev. 967 (1995); Edward F. Sherman, *Segmenting Aggregate Litigation: Initiatives and Impediments for Reshaping the Trial Process*, 25 Rev. Litig. 692 (2006).

Técnicamente, los jueces pueden consolidar casos pendientes ante el mismo tribunal en la medida que tengan hechos o cuestiones legales en común. La consolidación puede darse para el juicio correspondiente al caso completo o bien para cuestiones comunes separables. Más aun, puede ser apropiada aun cuando algunas cuestiones o casos van a ser enjuiciados ante un jurado y otros ante la corte. En estos supuestos, la misma evidencia puede ser presentada sólo una vez, si bien será el juez quien la evalúe en algunos casos y el jurado haga lo propio en otros. Ver *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 11, 631 (2004). En la práctica, la consolidación ocurre mayormente cuando procesos separados tienen una fuerte superposición. Esto ocurre típicamente cuando todos los actores alegan haber sido dañados por el mismo producto, el mismo accidente o el mismo curso de conducta. Ver L. S. Tellier, *Propriety of Consolidation for Trial of Actions for Personal Injuries, Death, or Property Damages Arising out of Same Accident*, 68 A.L.R.2d 1372 (1959) (reportando que “hay dos reglas fundamentales a fin de determinar si es apropiado o no consolidar para enjuiciamiento conjunto acciones por daños personales, muerte o daños a la propiedad causados por un mismo accidente: (1) que en ausencia de un estatuto que regule la situación, la cuestión queda librada a la sana discreción del juez de grado, y (2) que, por motivos de eficiencia y conveniencia, los casos deben ser consolidados para el juicio a menos que pueda resultar de ello alguna afectación indebida para una o más partes”). La consolidación multidistrital, regulada en 28 U.S.C. § 1407, sólo resulta procedente cuando el Panel Judicial de Litigio Multidistrital considera que los procesos en trámite ante diversas cortes federales de distrito comparten hechos comunes, y que la consolidación de las acciones en el mismo distrito federal redundará en “conveniencia para las partes y testigos y promoverá la justa y eficiente conducción de las acciones”. La

## Capítulo 1

existencia de cuestiones comunes de derecho no provee, por sí sola, bases suficientes para una consolidación multidistrital.

Cuando las pretensiones se superponen fuertemente, la ventaja de coordinar la etapa de *discovery* y otros procedimientos parece clara. “Si la consolidación es permitida o deseable depende en gran medida de la cantidad de prueba común entre los casos”. Ver *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 11, 631 (2004). “Los casos no deben ser consolidados si ello puede aumentar la demora o generar otras cargas innecesarias para las partes, tales como participar en un *discovery* irrelevante para sus casos”. *Id.* § 20.11, p. 218. Debido a que estas cuestiones dependen de los hechos, puede ser conveniente demorar la decisión de consolidar hasta que algunos casos se desarrollen un poco por separado y permitan medir los posibles beneficios de la tramitación coordinada. *Id.* § 22.32.

Las diferencias legales también pueden limitar las ventajas a obtener con motivo de la consolidación. Diferencias legales puede surgir cuando las pretensiones o defensas involucradas en el caso se encuentran regidas por el derecho de múltiples estados. En situaciones de este tipo, las cuales son especialmente comunes cuando casos regidos por derecho estatal son transferidos a través de distintos distritos judiciales, antes de decidir una petición para consolidar la corte puede recibir presentaciones escritas sobre la cuestión de qué derecho sustantivo resulta aplicable. Sin embargo, cabe destacar que la consolidación multidistrital no opera un cambio en la ley sustantiva estatal que hubiera regido el caso en el supuesto que éste quedara tramitando ante el tribunal federal de distrito en el cual fue originalmente promovido. Ver *Ferens v. John Deere Co.*, 494 U.S. 516 (1990) (transferencia promovida por el actor bajo la 28 U.S.C. § 1404 no opera ningún cambio en la ley estatal que rige el caso); cf. *In re Korean Air Lines Disaster of September 1, 1983*, 829 F.2d 1171 (D.C. Cir. 1987) (R.B. Ginsburg, J.) (sosteniendo que la corte receptora de los casos debe aplicar su propia interpretación del derecho federal y no aquella de la corte de origen); ver también Linda Silberman, *The Role of Choice of Law in National Class Actions*, 156 U. Pa. L. Rev. 2001 (2008). La corte también puede facilitar el litigio de diferentes casos agrupando los que parecen estar regidos por la misma ley. Agrupamientos de este tipo pueden facilitar la presentación de mociones dispositivas basadas en cuestiones de derecho comunes. Ver *In re School Asbestos Litig.*, 789 F.2d 996, 1010 (3d Cir. 1986) (reconociendo diferencias en las leyes de cuatro jurisdicciones respecto de la responsabilidad por productos elaborados, pero manteniendo la certificación de la clase porque tales diferencias no presentan “obstáculos insuperables”). En esta situación el *discovery* coordinado puede proceder a

## Capítulo 1

través de los grupos cuando las cuestiones de hecho comunes continúan superponiéndose, pero cada grupo de casos tal vez deba ser enjuiciado separadamente. La agregación inicial de casos de este tipo es ahora posible bajo la Class Action Fairness Act, que establece la competencia federal en razón de las personas para acciones de clase con específico impacto interestatal, y a través de la práctica de litigio multidistrital de acuerdo con lo dispuesto en 28 U.S.C. § 1407, que permite la transferencia interjurisdiccional para el desarrollo de los procedimientos previos al juicio.

La naturaleza de la actividad subyacente que se encuentra en discusión en los distintos casos puede afectar el atractivo de la consolidación, su oportunidad y su alcance. Cuando un accidente que afecta a una gran población genera una considerable cantidad de litigios, “la agregación temprana y la consolidación previa al juicio de todos o la mayoría de los casos individuales generalmente ha demostrado ser factible y eficiente”. Ver *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 22.32 (2004). Cuando la litigiosidad masiva surge de incidentes separados pero relacionados, tales como exposiciones independientes a productos tóxicos, puede ser deseable coordinar el *discovery* y decidir algunas peticiones previas al juicio, pero no realizar un juicio combinado. Id.

Debido a que la base que permite la consolidación es la existencia de cuestiones comunes, un proceso consolidado se asemeja a una acción de clase certificada con fundamento en la predominancia de cuestiones comunes. Ver § 1.02, *Notas de los Reporteros*. En ambos contextos, el objetivo es la eficiencia. A pesar de eso, las consolidaciones difieren de las acciones de clase en importantes aspectos. Primero, la consolidación alcanza casos que ya existen. No trae a los tribunales a nadie que ya no estuviera allí. La consolidación no es una técnica para crear procesos representativos que vinculen a personas que no son parte.

Segundo, la orden de consolidación no autoriza a una parte para representar a otra. Luego de la consolidación, actores y demandados se mantienen en el proceso sólo por sus propios derechos. Debido a que ninguna parte representa a nadie más que a sí misma, cada parte debe desarrollar su propio caso y técnicamente debe estar libre para hacerlo. Por ejemplo, una acción de clase puede ser consolidada con casos promovidos por personas que optaron por excluirse de la clase. “Cuando esto ocurre, el juez debe asegurar que los abogados de las partes en las acciones individuales cuenten con una oportunidad justa para participar en la presentación de pruebas y argumentos en la etapa de juicio, particularmente cuando sus clientes están directamente afectados”. Ver *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 11, 631 (2004).

## Capítulo 1

Tercero, mientras una acción de clase es un sólo proceso, los casos consolidados se inician por separado y así se mantienen. En otras palabras, la consolidación no funde casos separados para convertirlos en uno solo. Ver *Johnson v. Manhattan R.R. Co.*, 289 U.S. 479, 496–497 (1933). Esta diferencia tiene diversas implicaciones. Ver Steinman, *Effects of Case Consolidation, Part 1*, 42 UCLA L. Rev. 717; Steinman, *Effects of Case Consolidation, Part 2*, 42 UCLA L. Rev. 967. Una pequeña implicación es que los escritos postulatorios y otros documentos deben ser presentados en cada caso separadamente hasta que una orden elimine la necesidad de proceder en este sentido. Una implicación más grande es que los procesos consolidados pueden ser resueltos paso a paso por vía transaccional, mientras que las acciones de clase no. Los acuerdos transaccionales de clase siempre resuelven bloques de pretensiones. La tendencia a combinar procesos consolidados con procesos individuales es amplia y lleva a algunas confusiones. *Giguere v. Yellow Cab Co.*, 195 A. 214, 216 (R.I. 1937) (“La consolidación de casos para enjuiciamiento. . . meramente permite enjuiciarlos en forma conjunta... Las causas de acción permanecen diferenciadas a lo largo de dicho juicio, y cada derecho es preservado para las partes respectivas de manera tan completa como si los casos hubieran sido tramitados separadamente. La distinción entre esta consolidación de casos al sólo efecto de su enjuiciamiento conjunto, y una completa y real consolidación o fusión de causas de acción separadas en una sola. . . no siempre es claramente tenida en cuenta o respetada en algunos de los casos decididos, causando así manifiesta confusión en el derecho relativo a esta cuestión”).

Debido a que las partes retienen control formal de sus procesos individuales, las consolidaciones carecen de las garantías procesales que se encuentran en las acciones de clase, donde partes nominales litigan en beneficio de otros y efectivamente controlan sus destinos. En el contexto representativo, el problema fundamental es el de asegurar que las partes nominales mantengan siempre en mente los intereses de los reclamantes y demandados ausentes, y protejan hábilmente esos intereses. En teoría, no existe un problema del género en las consolidaciones debido a que cada parte se encuentra individualmente representada por sus abogados y puede protegerse por sí misma. La necesidad de preocuparse por la representatividad adecuada disminuye cuando la persona cuyo proceso forma parte de un proceso consolidado puede suplementar los esfuerzos de la parte principal para desarrollar y presentar las cuestiones comunes, y se encuentra también en condiciones de abordar cualquier cuestión exclusiva que pudiera aparecer en su propio caso. Por la misma razón, no hay necesidad de permitir la

## Capítulo 1

salida del proceso de las partes cuyos casos están consolidados. Aun aquellos que se resisten a la consolidación pueden representarse de manera efectiva por sí mismos cuando quedan atrapados en la agregación.

Más allá de lo expuesto, en verdad, la diferencia entre consolidaciones y acciones de clase es menos marcada. En ambos procesos surgen problemas similares. Por ejemplo, una acción de clase normalmente opera sobre la base de una sola demanda y con una etapa de *discovery* que se desarrolla sólo una vez para todos los miembros de la clase. En las consolidaciones, los jueces requieren con frecuencia “demandas maestras” y *discovery* unificado. En ambos tipos de procesos, los abogados también trabajan en equipos y las tareas importantes son divididas. En ambos procesos, por tanto, estos equipos de abogados deben ser creados y administrados. Usualmente los jueces supervisan o se involucran en todos estos asuntos. La posibilidad de colusión entre los abogados de los actores y de los demandados surge igualmente en el contexto de las consolidaciones, sugiriendo que también debe ser garantizada la revisión judicial de los acuerdos transaccionales obtenidos en las consolidaciones. Ver Elizabeth Chamblee Burch, *Unsettling Efficiency: When Non-Class Aggregation of Mass Torts Creates Second-Class Settlements*, 65 *La. L. Rev.* 157 (2004) (señalando que la colusión puede ocurrir en todas las formas de agregación, pero que sólo las acciones de clase y el proceso de quiebra proveen protecciones formales para garantizar justicia). Parece justo decir que las consolidaciones provocan descuidadas preocupaciones en materia de debido proceso. Ver también § 3.16 y siguientes (discutiendo acuerdos transaccionales colectivos).

En los tribunales federales, la consolidación puede ocurrir dentro de divisiones judiciales, a través de divisiones pero dentro de distritos judiciales, y a través de distritos. Regla 42 de las Reg. Fed. de Proc. Civil. y reglas de los tribunales locales que rigen la consolidación dentro de los distritos. La transferencia operada con el propósito de lograr la consolidación se encuentra regida por 28 U.S.C. §§ 1404 y 1407.

Los estatutos que rigen la competencia personal de las cortes también afectan el alcance con que pueden ser consolidados casos relacionados. La consolidación generalmente deviene más sencilla a medida que se expande la competencia de las cortes de origen y destino. Ver, e.g., *Multiparty, Multiforum Trial Jurisdiction Act of 2002*, 28 U.S.C. § 1369 (2000) (atribuyendo a las cortes federales de distrito competencia originaria sobre ciertos casos que surgen de accidentes masivos, sujeta sólo a diversidad mínima). Restricciones en la competencia para remover el proceso limitan la posibilidad de

## Capítulo 1

consolidar casos relacionados cuando algunos de ellos están tramitando en cortes estatales.

En combinación, la remoción y la transferencia pueden ser poderosas herramientas de agregación. Por ejemplo, pueden lograr que un sólo juez federal decida la adjudicación de pretensiones de más de 10.000 actores que alegan haber sido dañados por exposición al herbicida DBCP. Los actores promovieron originariamente sus procesos ante tribunales estatales localizados en cinco condados diferentes de Texas. *Delgado v. Shell Oil Co.*, 890 F. Supp. 1324, 1335–1340 (S.D. Tex. 1995). Cuando el número de personas involucradas en procesos consolidados deviene muy grande, es posible que se requieran procedimientos especiales. La Class Action Fairness Act reconoce la importancia de los números, limitando una rama de la competencia de las cortes federales sobre acciones de masa a aquellos casos en que se propone litigar conjuntamente el reclamo monetario de 100 o más actores. Ver 28 U.S.C. § 1332(d)(11)(B)(i) (2005).

La consolidación dentro de divisiones judiciales comienza con la asignación a un sólo juez de todas las causas civiles relacionadas que se encuentren en trámite ante el mismo tribunal. La consolidación a través de divisiones en el mismo distrito requiere la transferencia de competencia por al menos uno de los supuestos previstos en 28 U.S.C. § 1404(a), norma que permite la transferencia de “toda acción civil hacia cualquier otro distrito o división donde debería haber sido promovida” por razones de conveniencia para las partes y testigos y en el interés de la justicia.

Algunas fuentes de autoridad sugieren que la transferencia a través de distritos es menos probable cuando los actores demandan en sus propios estados, ya que en estos supuestos los tribunales se inclinan más fuertemente a respetar la elección del actor con respecto al foro donde discutir. Ver *Pava v. Drom Int’l, Inc.*, 8 F. Supp. 2d 1062, 1064–1065 (N.D. Ill. 1998) (sosteniendo que cuando un residente de Illinois promueve una acción en su propia jurisdicción, esa elección “pesa fuertemente contra la transferencia”); *Cerasoli v. Xomed, Inc.*, 952 F. Supp. 152, 154–155 (W.D.N.Y. 1997) (sosteniendo que la importancia de la elección del actor respecto de la jurisdicción “aumenta cuando el actor reside en la jurisdicción elegida”).

Una vez que los casos se encuentran ante la misma corte, el juez evalúa si su coordinación es factible y conveniente y dicta una orden para consolidarlos de conformidad con lo dispuesto por la Regla 42. A partir de allí el tribunal se encarga de varios asuntos administrativos, tales como crear un archivo maestro para todos los casos, cuidar que la etapa de *discovery* sea desarrollada en todos los casos, y disponer que todos los documentos deben

## Capítulo 1

ser presentados sólo en el archivo maestro a menos que sean “aplicables únicamente” a un caso particular. Ver *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 20.11 (2004).

Lo establecido en 28 U.S.C. § 1407 autoriza al Panel Judicial de Litigio Multidistrital a transferir acciones civiles relacionadas desde múltiples distritos hacia un sólo juez para llevar adelante procesos coordinados. Normalmente, la autoridad del Panel es invocada por una petición. Las partes y los abogados involucrados en casos manejados por el Panel deben notificar a éste de cualquier caso relacionado del que tengan conocimiento. La transferencia vía MDL (*multidistrict litigation*) ha creado algunas consolidaciones previas al juicio de enorme tamaño. Ver, por ejemplo, *In re Asbestos Prods. Liab. Litig.*, Nos. 875, C-92-3137-DIJ et al., 1993 WL 463301 (J.P.M.L. Nov. 2, 1993) (consolidando más de 39.000 acciones por amianto). Muchos estados también autorizan la transferencia y consolidación de casos relacionados. Ver, por ejemplo, *W. Va. Trial Ct. R.* 26.01–26.12 (estableciendo el West Virginia’s Mass Litigation Panel, que tiene a cargo “desarrollar e implementar una activa gestión de casos y metodologías de enjuiciamiento” para gestionar litigios masivos); 20 Okla. Stat. Ann. § 81 (2004) (permitiendo a la Suprema Corte de Oklahoma establecer un Panel Judicial de Litigio Multidistrital de cinco jueces con poder para transferir asuntos relacionados o suspender acciones mientras se encuentra pendiente la resolución de cuestiones comunes de hecho o de derecho); *Tex. Gov’t Code Ann.* § 74.162 (Vernon 2003) (permitiendo al Panel Judicial de Litigio Multidistrital de Texas transferir cuestiones comunes de hecho o de derecho hacia procesos consolidados “por conveniencia para las partes y testigos” y para “promover la justa y eficiente tramitación de las acciones”).

Como ocurre con todas las consolidaciones, el objetivo de la transferencia multidistrital es reducir los costos de litigación mediante la racionalización del *discovery* y facilitar el dictado de órdenes uniformes. El juez de la corte receptora también puede colaborar con el asunto al convertirse en un especialista en el litigio y facilitar la posibilidad de arribar a un acuerdo global. Sin embargo, el poder de este mecanismo es limitado porque la autoridad de los tribunales receptores alcanza sólo a los asuntos previos al juicio, una restricción que no puede ser evitada con maniobras procesales. Ver *In re Lexecon, Inc. v. Milberg Weiss Bershad Hynes & Lerach*, 523 U.S. 26 (1998) (sosteniendo que una corte de distrito no debe utilizar lo dispuesto en 28 U.S.C. § 1404(a) para transferir hacia ella misma, a los fines de enjuiciamiento, un caso recibido de acuerdo con 28 U.S.C. § 1407), sino que debe reenviar el caso a la corte de origen una vez terminados los procedimientos

## Capítulo 1

previos al juicio). La corte receptora puede coordinar el *discovery*, decidir mociones dispositivas, aprobar acuerdos transaccionales y revisar decretos consensuados; pero debe reenviar los casos a las jurisdicciones de origen cuando la fase previa al juicio está terminada. Históricamente, los reenvíos han sido pocos y la mayoría de los casos se acordaron o desestimaron en la corte receptora. Deborah R. Hensler, *The Role of Multi-Districting in Mass Tort Litigation: An Empirical Investigation*, 31 Seton Hall L. Rev. 883 (2001).

El Manual for Complex Litigation (Fourth) § 20.132 recomienda diversas maneras de fortalecer la autoridad de la corte receptora, cada una de ellas con reconocidas limitaciones. Antes de reenviar los casos a las jurisdicciones de origen, la corte receptora “puede conducir un *bellwether trial* en una acción centralizada . . . originalmente promovida en el distrito de la corte receptora”. Luego del reenvío, los jueces de las cortes de origen pueden estimular a los actores para que promuevan nuevamente sus acciones en el distrito receptor o bien para que presenten demandas modificadas afirmando la competencia del distrito receptor o consintiendo permanecer allí a los efectos del juicio. Después del reenvío la corte de origen también puede transferir la acción de regreso a la corte receptora de conformidad con lo dispuesto por 28 U.S.C. § 1404 or § 1406. El juez receptor podría intentar una asignación dentro o fuera del circuito según lo dispuesto por 28 U.S.C. § 292 o § 294 y seguir la acción reenviada, presidiendo sobre el juicio de tal acción en el distrito de origen.

Los jueces también tienen opciones para coordinar la resolución de casos relacionados sin consolidarlos. Ver Manual for Complex Litigation (Fourth) § 20.14 (2004). Estas opciones incluyen: asignar todos los casos a un sólo juez según lo dispuesto en 28 U.S.C. §§ 292–294, el cual es designado por el presidente de la corte o por el presidente del circuito federal de que se trate para ejercer funciones temporalmente en el distrito donde se encuentran tramitando los casos relacionados (lo cual puede ser dentro o fuera del circuito al cual corresponde el juez designado); obtener el acuerdo de los patrocinantes legales para seleccionar un caso principal, suspender el trámite de los otros procesos hasta que aquél sea resuelto, y dotar a esa decisión de efectos de presunción, si bien no concluyente, para las otras cortes; convocar conferencias telefónicas conjuntas y dictar órdenes conjuntas; coordinar la designación de expertos de acuerdo con lo dispuesto por la Regla Federal de Evidencia 706, *special masters* de conformidad con la Regla Federal de Procedimiento Civil 53, y patrocinantes legales principales para evitar actividad duplicada e inconsistencias, ayudar a resolver las pretensiones de privilegio efectuadas en diversos casos con fundamento en los mismos hechos, o conducir nego-

## Capítulo 1

ciaciones tendientes a obtener un acuerdo transaccional global; coordinar el *discovery* autorizando o requiriendo presentaciones cruzadas de notificaciones para deposiciones, interrogatorios y solicitudes de producción, y también poniendo los resultados de un *discovery* completo a disposición de los litigantes de los otros casos (tal vez a cambio de compartir sus costos); establecer repositorios de documentos; y suspender una acción en trámite hasta que sea resuelto un caso relacionado.

El Manual for Complex Litigation también recomienda a los jueces ordenar a los abogados de los casos en trámite ante ellos que trabajen con abogados de casos pendientes ante otros tribunales, explicando que “el juez puede ordenar a los patrocinantes legales que coordinen con abogados de otros casos a fin de reducir la duplicación de actividad y potenciales conflictos, y para coordinar y compartir recursos”. Ver Manual for Complex Litigation (Fourth) § 10.225 (2004). El poder del juez para obligar a cooperar a abogados que ejercen en otros tribunales no es claro.

Los *bellwether trials* o los casos testigo son a menudo citados como posibles métodos a fin de establecer valores de transacción para casos relacionados y como fuentes de guía para determinar la conveniencia de certificar una clase o instrumentar otras formas de agregación. Ver *In re Norplant Contraceptive Prods. Liab. Litig.*, 955 F. Supp. 700 (E.D. Tex. 1997) (decidiendo en beneficio de quienes recibieron el implante anticonceptivo en una primera serie de demandas *bellwether*). Para lograr estas funciones de manera efectiva, los casos que habrán de servir como guía deben ser seleccionados con cuidado. Idealmente, los casos deben ser una muestra aleatoria del universo de pretensiones que resulte suficiente para sostener inferencias estadísticas válidas. En la práctica esto raramente es posible, lo cual ocurre porque el número de casos elegidos como casos testigos es demasiado pequeño para proveer una muestra aleatoria estadística, o bien porque el universo completo de casos es demasiado pequeño para generar una verdadera muestra estadística. La segunda mejor práctica en este campo es seleccionar un conjunto de casos que parezcan representativos. El enfoque que autoriza a cada lado de la disputa a seleccionar todos los casos testigo de manera unilateral ha sido criticado rotundamente. Ver *In re Chevron U.S.A., Inc.*, 109 F.3d 1016, 1019 (5th Cir. 1997) (destacando que el enjuiciamiento de casos seleccionados por cada lado en forma separada “no es un *bellwether trial*. Es simplemente un juicio de quince (15) de los ‘mejores’ y quince (15) de los ‘peores’ casos comprendidos en el universo de pretensiones involucradas en este escenario litigioso”).

## Capítulo 1

Mucho de la innovación judicial en materia de consolidación gira en torno a esfuerzos informales realizados por jueces para coordinar el manejo de pretensiones relacionadas que se encuentran en trámite ante diferentes cortes. James G. Apple, Paula L. Hannaford & G. Thomas Munsterman, *Manual for Cooperation Between State and Federal Courts* (1997). Algunas veces se requiere comunicación que va más allá de las fronteras nacionales. Ver *Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases*, <http://www.ali.org/doc/Guidelines.pdf> (última visita el 11 de Agosto de 2013), adoptadas y promulgadas por el American Law Institute en el 2000, e incluidas como Apéndice B en *Transnational Insolvency: Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries* (2003).

En teoría, estos esfuerzos podrían extenderse a todos los procesos iniciados pero no alcanzan a pretensiones relacionadas que aun no ingresaron al sistema judicial, de las cuales puede haber muchas. Las partes o sus representantes deben trabajar juntos para alcanzar eficiencia en este ámbito, y a menudo lo hacen. Sus esfuerzos crean agregaciones privadas.

*Comentario b(3)*. El Ejemplo 9 está basado en *Huber v. Taylor*, 469 F.3d 67 (3d Cir. 2006). El Ejemplo 10 está basado en *Pope v. Rice*, No. 04 Civ. 4171(DLC), 2005 WL 613085 (S.D.N.Y. 14 de Marzo de 2005).

Del lado de los reclamantes, el aumento de la agregación informal refleja numerosos factores, incluyendo la habilidad de abogados para reunir grandes números de clientes con pretensiones relacionadas y la creación de redes de comunicación que conectan a tales abogados. Un contexto clásico es el de los casos relacionados con exposición al amianto, donde los abogados, trabajando con los sindicatos, han acumulado miles de clientes. Para otros ejemplos, ver Erichson, *Informal Aggregation*, 50 Duke L.J. at 387 n.3; Charles Silver & Lynn A. Baker, *Mass Lawsuits and the Aggregate Settlement Rule*, 32 Wake Forest L. Rev. 733, 742 (1997); Byron G. Stier, *Resolving the Class Action Crisis: Mass Tort Litigation as Network*, 2005 Utah L. Rev. 863, 867 (proponiendo “un amplio conjunto de redes de litigio que proveen mucha de la eficiencia prometida por las acciones de clase sin violar derecho sustantivo estatal ni derecho constitucional federal”).

Para los reclamantes, la agregación privada ayuda a nivelar el campo de juego. Como ya fuera expuesto, cuando se trata de economías de escala los demandados tienen ventajas inherentes. “En general, el desigual incentivo de inversión entre demandados y actores en casos de daños masivos se traduce en una chance mucho mayor de que el demandado, quien agrega automáticamente todas las pretensiones susceptibles de conformar una clase, prevalezca sobre los abogados de los actores, que adquieren menos que la

## Capítulo 1

totalidad de las pretensiones con relación a las cuestiones comunes.” David Rosenberg, *Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't*, 37 Harv. J. on Legis. 393, 401 (2000).

Del lado de los demandados, la agregación se produce automáticamente cuando uno sólo de ellos enfrenta pretensiones relacionadas. Ver Rosenberg, *supra* p. 393; Bruce Hay & David Rosenberg, “*Sweetheart*” and “*Blackmail*” *Settlements in Class Actions: Reality and Remedy*, 75 Notre Dame L. Rev. 1377 (2000). De todas maneras, para obtener eficiencia de esta agregación natural dicho demandado debe dedicarle esfuerzos. En particular, debe coordinar su respuesta a las pretensiones que enfrenta. Un demandado que desarrolla un enfoque unificado internalizará todos los beneficios que pueden obtenerse de la mejora de sus esfuerzos defensivos y de la reducción de costos. Ver Erichson, *Informal Aggregation*, 50 Duke L.J. at 384.

La coordinación es más difícil de alcanzar cuando los demandados involucrados son múltiples, pero ella resulta igualmente ventajosa en estos supuestos por implicar la posibilidad de reducir costos mediante el trabajo conjunto sobre cuestiones comunes y por presentar un frente uniforme de litigio. Los abogados entienden esto y a menudo recomiendan a sus clientes la celebración de acuerdos de defensa conjunta. Ver, por ejemplo, Richard A. Deeb, *Toxic Tort Defense: Pros and Cons of Joint Defense Arrangements*, 10 No. 9 Corp. Counsellor 4, 4 (1996) (“En la mayoría de los casos por daños derivados de la exposición a productos tóxicos, las cuestiones relativas a la exposición, relación de causalidad y condición médica de los actores será común a todos los demandados. Muchas veces resulta extremadamente beneficioso para los demandados lograr acuerdos para compartir los costos que insumen los expertos y el *discovery* con relación a estas cuestiones. . . [M]uchos grupos de defensa van aun más allá. Algunos contemplan mociones conjuntas de defensa en el marco del *discovery*, peticiones de *discovery* conjuntas, peticiones de rechazo *in limine* conjuntas, mociones de sentencias sumarias conjuntas, cuestionarios conjuntos para deposiciones, otras mociones *in limine* y más.”); Jeffrey T. Haley, *Strategies and Antitrust Limitations for Multiple Potential Patent Infringers*, 21 AIPLA Q.J. 327, 329 (1993) (“[Un] beneficio de los esfuerzos colectivos de defensa es simplemente compartir los costos de actividades tales como: (1) búsquedas para encontrar antecedentes científicos que puedan tornar algunas o todas las pretensiones inválidas, permitan limitar la interpretación de las pretensiones o bien limitar el alcance de elementos equivalentes invocados en las pretensiones, (2) *discovery* del titular de una patente, inventor y partes relacionadas para establecer defensas de invalidación y reunir pruebas sobre la interpretación de las pretensiones, y (3) *discovery* de otras partes para tomar

## Capítulo 1

conocimiento de fechas de publicaciones científicas previas, pruebas de usos no experimentales u ofertas de venta de la invención por parte del inventor o titular de la patente efectuadas más de un año antes de que la aplicación fuera presentada. Este *discovery* puede ser costoso y puede ser conducido, para beneficio de todos los potenciales infractores, por un sólo equipo a fin de evitar duplicaciones y esfuerzos. Si bien los casos que tramitan en un distrito pueden ser consolidados para la etapa de *discovery*, la duplicación de tareas y esfuerzos puede ser igualmente evitada sin consolidación. Para ello basta, simplemente, que los potenciales infractores compartan la información reunida”.

Debido a que las agregaciones informales surgen espontáneamente fuera del sistema procesal formal, contratos y otros acuerdos proveen la base para efectivizarlas. Estos contratos pueden asumir la forma de acuerdos de remisión, los cuales trasladan clientes desde los abogados que ellos contactaron inicialmente hacia especialistas que se encuentran en mejores condiciones para manejar sus pretensiones. Los acuerdos para compartir cargas también son comunes (y son los únicos acuerdos que uno puede encontrar del lado de la defensa, no se conocen acuerdos de remisión que involucren demandados).

Las agregaciones informales hacen surgir cuestiones relacionadas con las responsabilidades y derechos que asisten a los principales y sus representantes, las cuales raramente son abordadas por las cortes. Una de estas cuestiones se relaciona con las obligaciones que tienen los abogados que trabajan cooperativamente con respecto a los clientes de otros abogados. Otras preocupaciones giran en torno a los derechos y responsabilidades que asisten entre sí a los abogados que trabajan cooperativamente. Los contratos, obviamente, tratan estas cuestiones, pero también lo hacen las reglas de ejercicio profesional, reglas de prueba, restricciones contra la práctica sin licencia y los principios del mandato. Ver, por ejemplo, *Pope v. Rice*, No. 04 Civ. 4171 (DLC), 2005 WL 613085 (S.D.N.Y. Mar. 14, 2005) (discutiendo las relaciones abogado-cliente en el contexto de un acuerdo transaccional colectivo); *Huber v. Taylor*, 469 F.3d 67 (3d Cir. 2006) (discutiendo los deberes de los abogados con relación a los clientes que reciben por remisión). Ver en general el Capítulo 3.

Las remisiones se producen principalmente cuando los abogados representan pretensiones. Esto se explica fácilmente. Las remisiones son necesarias cuando los clientes no pueden identificar abogados que respondan bien a sus intereses, típicamente porque tales clientes son consumidores no sofisticados ni frecuentes de servicios legales. Cuando los clientes y abogados no se corresponden adecuadamente, el resultado predecible es una representación deficiente. El mercado de remisiones corrige este problema al crear incentivos

## Capítulo 1

para que los abogados envíen clientes hacia otros colegas con los cuales ellos están mejor vinculados. Las remisiones son necesarias con menor frecuencia del lado de la defensa porque los demandados y sus aseguradoras tienden a ser consumidores sofisticados de servicios legales, a diferencia de mucho reclamantes.

La remisión crea una nueva relación profesional entre el cliente y el abogado receptor, a la cual aplican todos los deberes legales establecidos usualmente en cabeza de los abogados. Ver *Huber*, 469 F.3d 67. Si esto también extingue la relación entre el cliente y el abogado original depende del acuerdo a que hayan arribado las partes. El abogado que remite el caso puede tener más trabajo para hacer. Puede necesitar monitorear al abogado receptor del caso, facilitar las comunicaciones entre dicho abogado y el cliente, y asesorar a este último en algunos asuntos tales como la conveniencia de suscribir acuerdos transaccionales. En casos de daños masivos, donde los abogados que remiten el caso algunas veces envían al abogado receptor grandes números de clientes, los primeros frecuentemente juegan roles importantes a lo largo del curso del litigio.

La remisión (*referral*) es un tipo de acuerdo entre abogados que puede proveer una microestructura para litigios agregados. También existen otros acuerdos para compartir honorarios y costos. En los casos más simples, estos arreglos operan entre estudios jurídicos. Los estudios jurídicos destinan diversos recursos y servicios a los procesos colectivos, incluyendo desarrollo de mercado de clientes, tiempo de sus abogados y personal de soporte, además de capital financiero. Cuando los abogados que prestan servicios en determinada representación ejercen dentro del mismo estudio jurídico, pueden compartir honorarios entre ellos como lo deseen.

En otras situaciones, abogados de diferentes estudios jurídicos unen fuerzas con el propósito de representar grupos de clientes. Frecuentemente, estas combinaciones logran reunir abogados con clientes, abogados con dinero, y abogados con experticia técnica. Típicamente, los abogados utilizan los contratos que suscriben con sus propios clientes a fin de obtener el permiso de éstos para asociarse con otros abogados.

Las representaciones co-patrocinadas están sujetas a reglas profesionales que permiten a los abogados compartir honorarios en proporción a los servicios prestados o de otra manera, en la medida que todos ellos acepten la responsabilidad conjunta por el asunto. Usualmente, el reparto de honorarios es resuelto por contrato cuando nuevos abogados son traídos dentro del caso.

## Capítulo 1

La frecuencia y extensión de la agregación informal torna a la agregación formal en algo más fácil de tolerar. Los críticos de la agregación enfatizan que cada persona tiene derecho a tener su día en la corte. Tanto la verdad como la importancia de este principio son admitidas. Sin embargo, los individuos a menudo tienen (y pueden incluso preferir tener) su día en el tribunal como parte de grupos de litigio. Muchas veces estos grupos se generan informalmente cuando las pretensiones están relacionadas, y la probabilidad de tal formación aumenta con el número de tales pretensiones. Cuando la realidad indica que la representación grupal ocurrirá de todas maneras, la decisión de formalizarla parece menos intrusiva. “[L]os beneficios de la agregación formal deben ser medidos contra la realidad que representa la agregación informal, más que contra una pintura imaginaria de litigiosidad individual poco económica”. Erichson, *Informal Aggregation*, 50 Duke L.J. at 466. Ver también Michael D. Green, *Bendectin and Birth Defects* 241 (1996) (“[L]as ventajas de la consolidación deben ser evaluadas con relación a la alternativa -que no es el paradigma abogado-individual-con-clientes-separados-litigando-independientemente que algunos han utilizado”).

La eficiencia relativa de la agregación informal en comparación con la agregación formal es difícil de evaluar. Algunos argumentan que la agregación informal puede ser tan eficiente como la agregación formal. Ver Richard L. Marcus, *Reassessing the Magnetic Pull of Megacases on Procedure*, 51 DePaul L. Rev. 457, 467–468 (2001) (cuestionando la necesidad de un Comité Coordinador de Litigios Múltiples para coordinar el manejo de 2000 acciones privadas por violación a la libre competencia, relacionadas con la fijación de precios en la industria de equipamiento eléctrico, que se encontraban tramitando en 35 cortes federales de distrito diferentes, y observando que “[d]urante aproximadamente el mismo período de tiempo, similar eficiencia fue lograda en litigios de responsabilidad por productos elaborados por medio de acuerdos informales creados entre abogados sin supervisión judicial”).

La agregación administrativa y la privada pueden ocurrir juntas y complementarse entre ellas. “La línea entre agregación formal e informal puede convertirse en algo bastante difuso, como cuando la coordinación entre abogados en casos relacionados es impulsada por una corte, o cuando ella asume la forma de comités directivos o consejos de enlace de abogados”. Erichson, *Informal Aggregation*, 50 Duke L.J. at 397. Una agregación privada incluso puede reflejar el deseo de facilitar una agregación administrativa o proceso colectivo. Abogados manejando miles de casos de exposición al amianto han trabajado en compañía de demandados en planes de quiebra

## Capítulo 1

acordados previamente de conformidad con lo dispuesto en § 524(g) del Código de Quiebras. El objetivo compartido es permitir a un demandado resolver todos sus casos por exposición al amianto mediante una declaración de quiebra y una rápida salida de allí, que permita que las operaciones de negocios normales puedan continuar sin interrupción o seria afectación. Veremos en la discusión del Capítulo 3, sobre acuerdos transaccionales, que la experiencia con § 524(g) provee importantes lecciones para el tratamiento de acuerdos colectivos en el contexto de agregaciones privadas.

### § 1.03 Principios generales de los procesos colectivos

**La agregación debe promover la búsqueda de justicia conforme a derecho mediante el avance de los siguientes objetivos:**

- (a) hacer efectivos los derechos y las responsabilidades sustantivas;**
- (b) promover el eficiente uso de los recursos judiciales;**
- (c) facilitar resoluciones vinculantes de disputas civiles; y**
- (d) facilitar precisas y justas resoluciones de disputas civiles por medio de juicio y acuerdo transaccional.**

#### **Comentario:**

*a. Búsqueda de justicia conforme a derecho.* Las cortes existen para proveer justicia conforme a derecho. Como se entiende aquí, justicia conforme a derecho se refiere al derecho en los libros, tanto con sus fortalezas como con sus defectos. Cuando una ley es válida, las cortes proveen justicia conforme a derecho haciendo cumplir y efectivizando la política que tal derecho encarna. La agregación es un medio por el cual las cortes pueden promover justicia conforme a derecho más plenamente. La agregación no es un fin en sí mismo.

Identificar la búsqueda de justicia conforme a derecho como el propósito central de la agregación respeta la posición institucional de las cortes de justicia dentro de nuestro sistema político. Excepto en ciertas áreas del derecho común, las cortes no han sido formalmente empoderadas para seleccionar políticas sustantivas. Ellas son agentes de las legislaturas y de otros cuerpos autorizados para decidir la orientación de las políticas públicas.

## Capítulo 1

Sin embargo, las cortes tienen poder para crear y revisar procedimientos jurisdiccionales de adjudicación de disputas. Dentro de amplios límites, una corte puede hacer cumplir un estatuto utilizando un procedimiento que fue desarrollado o modificado después de la entrada en vigencia de aquél, asumiendo que tal estatuto no dispone otra cosa. El mejoramiento de las técnicas de agregación debe ser pensado desde este punto de vista.

Una política que busca justicia conforme a derecho también crea expectativas estables y apropiadas dentro de los cuerpos legislativos. Estos cuerpos deben esperar una aplicación rutinaria, expedita y en constante mejora de las leyes que sancionan. Cuando desean algo diferente a esto, las legislaturas pueden, dentro de amplios límites, diseñar procedimientos y requerir su aplicación. Sabiendo cómo las cortes hacen cumplir las leyes y no queriendo que algunas leyes en particular sean aplicadas del modo usual, el Congreso puede establecer procedimientos especiales con la intención de que sirvan mejor a las políticas involucradas en tales leyes. Nada en esta Sección requiere a las cortes invalidar o ignorar procedimientos especiales insertos en particulares piezas de legislación.

Las cuatro consideraciones subordinadas que identificamos en esta Sección pueden encontrarse en tensión entre ellas en determinadas ocasiones. Por ejemplo, siempre puede ser posible aumentar la precisión de los juicios gastando mayores recursos, pero el costo de tales recursos adicionales debe ser evaluado con relación al valor de la mayor precisión obtenida y de las cargas que serán impuestas sobre los litigantes y el sistema judicial. La justicia procesal requiere razonables compromisos entre objetivos y consideraciones contrapuestas. Esto es igualmente cierto con respecto a la decisión de agregar y al trámite de las agregaciones. Como en cualquier contexto, el mejor compromiso disponible depende de los hechos. Pero es probable que tal compromiso sea mejor cuando se realiza de manera transparente sobre la base de los factores identificados en esta Sección. Más aun, este tipo de compromisos deberían ser revisados e impugnados en base a consideraciones abiertamente articuladas.

*b. Eficiente uso de los recursos del sistema judicial como propósito central de la agregación.* Todas las formas de agregación tienen a la eficiencia como objetivo. En virtud de ello, no sorprende que muchos de los problemas asociados con la agregación y muchas de las deficiencias identificadas en procedimientos existentes se relacionen también con razones de eficiencia. Por ejemplo, los métodos existentes para consolidar casos a menudo pierden muchos casos pendientes y siempre pierden las pretensiones no ingresadas al sistema judicial, permitiendo así el desaprovechamiento de recursos. Los esfuerzos para

## Capítulo 1

extender el alcance de la consolidación, de los cuales hay muchos, pueden ser justificados en razones de eficiencia.

*b. Otras consideraciones.* Esta Sección identifica otros tres principios por medio de los cuales los procesos colectivos deben perseguir la obtención de justicia conforme a derecho. Estos procesos deben hacer efectivos derechos y responsabilidades sustantivas, facilitar resoluciones vinculantes de disputas civiles y facilitar precisas resoluciones de disputas civiles por medio del juicio y de acuerdos transaccionales. En otro lugar de este proyecto se hace referencia a otros principios como los de fidelidad, finalidad y factibilidad. La fidelidad concierne a la relación entre el procedimiento agregado y la ley sustantiva que rige el caso. La finalidad se refiere a la aspiración de resolver disputas y eliminar así la necesidad de visitar cuestiones o pretensiones en otros procesos. La factibilidad se refiere a la capacidad institucional de las cortes para conducir procesos colectivos, lo cual incluye la habilidad para enjuiciar casos con veredictos que reflejen el mérito del asunto y para alentar la celebración de acuerdos transaccionales que también lo hagan.

Algunas veces la búsqueda de eficiencia también avanza estos otros objetivos, pero no siempre. La búsqueda de eficiencia debe a menudo ser moderada en interés de otras consideraciones. Esta sección identifica la fidelidad, la finalidad y la factibilidad como aspectos a ser tenidos en cuenta separadamente, de modo tal que los potenciales conflictos entre estas consideraciones y la búsqueda de eficiencia resulten claros.

*d. Relación de los principios generales con la discreción judicial para permitir la agregación.* Los principios afirmados en esta Sección intentan servir de guía para el ejercicio de la discreción judicial cuando aparecen oportunidades que permiten la agregación de pretensiones. Esta Sección no aborda y no intenta afectar las ocasiones en las cuales los jueces cuentan con tal discreción. Por ejemplo, esta Sección no afecta la permisibilidad de acuerdos para autorizar o denegar la agregación en procesos de arbitraje. Más bien, esta Sección provee principios para guiar el ejercicio de la discreción judicial en procesos, incluyendo arbitrajes, donde la agregación es una opción disponible. Esta Sección tampoco afecta la posibilidad de agregación cuando los miembros de una clase putativa residen en otros países.

*e. Agregación de pretensiones con causa en estatutos que cuentan con previsiones sobre daños mínimos.* Algunas veces los estatutos confieren a las personas el derecho a demandar por daños liquidados o mínimos —también conocidos como daños estatutarios— por violaciones técnicas a la ley que no resultan en una pérdida real para el afectado, o bien cuando esta pérdida es demasiado pequeña para permitir su litigación por las vías convencionales. El lenguaje

## Capítulo 1

estatutario que otorga este derecho a las personas asume diferentes formas, presentándose como el derecho a un monto específico de dólares (\$1000 por violación, por ejemplo), a un monto de dólares dentro de un rango específico (no menos de \$100 pero no más de \$1000 por violación), o a un monto que depende de la silueta procesal que asuma el litigio (\$1000 por violación pero con un límite de \$500.000 en el caso de una acción de clase).

Al autorizar indemnizaciones mínimas de este tipo, los estatutos subsidian pretensiones individuales originadas en violaciones técnicas de requisitos regulatorios y, así, fomentan el cumplimiento de previsiones estatutarias que de otro modo probablemente serían ignoradas. Sin embargo, debido a que las conductas reguladas por estatutos con previsiones de daños mínimos a menudo afectan a grandes poblaciones, las violaciones técnicas pueden favorecer el planteo de procesos con un potencial indemnizatorio enorme si la agregación es permitida. En ocasiones es obvio que la agregación de casos promovidos con fundamento en estatutos con daños mínimos debería ser autorizada. Cuando un estatuto prevé explícitamente un tope agregado con respecto a los daños mínimos que pueden reclamarse en una acción de clase, por ejemplo, permitir la agregación dentro del límite descrito —y de conformidad con los requisitos aplicables para la certificación de la clase— claramente avanza el esquema remedial del estatuto.

Las dificultades surgen cuando los estatutos que prevén daños mínimos no hacen referencia alguna a procesos colectivos. En casos promovidos con fundamento en estatutos de este tipo los jueces han intentado mediar entre el riesgo de no disuadir la conducta ilícita del demandado (*under-deterrence*), lo cual puede ocurrir si se deniega la agregación, y el riesgo de compensar de más e incurrir en un exceso en materia de disuasión de tal conducta (*over-deterrence*), lo cual puede suceder con motivo de una decisión que autorice la agregación. Algunas cortes han evitado certificar acciones de clase, a pesar de la predominancia de cuestiones comunes de hecho y de derecho, con fundamento en que el litigio de clase no es superior al litigio ordinario porque amenaza a los demandados con hacerlos caer en insolvencia, fomenta demasiado el litigio, provoca significativas preocupaciones en materia de debido proceso, y distorsiona el esquema remedial del estatuto. Por ejemplo, supongamos que un negocio que opera con un sitio web utiliza idéntica documentación para las operaciones que realiza con un millón de clientes. Debido a que los documentos son los mismos, un sólo cliente que crea que ellos son ilegales podría promover una acción de clase en beneficio de todos. Con una previsión de \$1000 por violación en concepto de daños mínimos, el potencial de daños es de \$10 billones aun cuando ningún cliente pueda

## Capítulo 1

probar una pérdida real derivada de la alegada violación. Analizado todo esto en conjunto, se considera que la prospectiva de una desproporcionada indemnización por daños agregados torna injustificado el acto discrecional de certificar la clase.

En definitiva, la decisión de permitir o denegar el tratamiento colectivo cuando se trata de estatutos silenciosos sobre el asunto se vuelca al análisis de la intención legislativa. El juez debe determinar si la decisión de permitir la agregación concurriría a avanzar o impedir la finalidad del esquema estatutario. No puede haber una respuesta categórica aplicable a todas las acciones que surgen de estos estatutos. Una posición intermedia estaría en considerar que los jueces tienen la opción de certificar una clase con un tope de daños o algún otro dispositivo procesal limitante que pueda evitar que la agregación transforme el alcance remedial del estatuto.

Hay otra posición intermedia que también puede estar abierta. En este sentido, algunas opiniones judiciales se refieren a la doctrina del absurdo en materia de interpretación estatutaria. Mediante esta doctrina, una corte podría evitar el resultado absurdo —alcance excesivo del remedio agregado— que podría producirse por la combinación de la certificación de una clase y el apego al lenguaje del estatuto. La doctrina del absurdo, sin embargo, sigue siendo un tema de considerable debate en el ámbito de la interpretación estatutaria en general. Y, específicamente aquí, no resulta claro que se encuentre presente el predicado necesario para la aplicación de la doctrina del absurdo. Enfrentadas con la necesidad de elegir entre el apego al lenguaje autoritativo del estatuto y el ejercicio de su discreción para denegar la certificación de clase, podría decirse que las cortes están en condiciones de evitar el supuestamente absurdo resultado a que nos referimos —certificación que involucra un remedio de alcance excesivo— a través de la segunda opción.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Los casos, tratados y trabajos de doctrina sobre acciones de clase, litisconsorcio voluntario y consolidación rutinariamente identifican a la búsqueda de eficiencia como el principal objetivo de la agregación. *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 21.131, p. 250 (2004) (“La Regla 23(b)(3) permite una acción de clase [cuando] . . . ‘la acción de clase es superior a otros métodos disponibles para la justa y eficiente resolución de la controversia.’”); *id.* § 20.11, p. 218 (“Si los casos parecen involucrar cuestiones comunes de hecho o de derecho y la consolidación puede tender a

## Capítulo 1

reducir costos y demoras, los casos pueden ser consolidados de acuerdo con la Regla Federal de Procedimiento Civil 42(a).”); *Union Carbide v. Adams*, 166 S.W.3d 1 (Tex. J.P.M.L. 2003) (determinando que ciertos casos por exposición al amianto “involucran una o más cuestiones comunes de hecho, y que la transferencia de estos casos hacia un sólo juez de distrito sería conveniente para las partes y los testigos y promovería la justa y eficiente conducción de los casos”).

La doctrina también cita rutinariamente razones de eficiencia en apoyo de propuestas de cambio en el campo de los procesos colectivos. Ver, por ejemplo, Joan Steinman, *The Effects of Case Consolidation Part 1: Justiciability and Jurisdiction (Original and Appellate)*, 42 UCLA L. Rev. 717 (1995) (argumentando que tratar procesos consolidados en un único caso en lugar de hacerlo como procesos separados permitiría a las cortes federales atender pretensiones adicionales que pueden ser escuchadas conjuntamente de manera eficiente, determinar la competencia suplementaria y personal más eficazmente, y eliminar las dudas sobre los derechos y obligaciones de los litigantes, todos asuntos que en la actualidad hacen perder recursos en las etapa de juicio y apelación). En el desarrollo y mejoramiento de los procedimientos judiciales, la búsqueda de eficiencia ha sido importante tanto a nivel histórico como normativo. Ver también *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis* 16 (invocando la especificación contenida en la Regla Federal de Procedimiento Civil 1 -“la justa, rápida y poco costosa determinación de cada acción”- como el “objetivo tripartito del sistema procesal federal”).

Los estatutos que establecen procedimientos especiales para pretensiones colectivas incluyen la *Private Securities Litigation Reform Act of 1995*, 15 U.S.C. § 77z-1 (1998) (estableciendo estándares postulatorios especiales para casos de fraude accionario y requisitos especiales para acciones de clase por fraude accionario); *Magnuson-Moss Act*, 15 U.S.C. § 2301 (1975) (estableciendo requisitos especiales para acciones de clase en materia de consumo); *Truth In Lending Act*, 15 U.S.C. § 1601 (1976) (estableciendo un límite especial en materia de daños para acciones de clase); *Class Action Fairness Act*, 28 U.S.C. § 1715 (2005) (estableciendo la competencia federal para acciones de clase que involucren a 100 o más actores). Sobre acciones de clase en Canadá, ver Gordon McKee & Robin Linley, *The Evolving Landscape for Pharmaceutical Product Liability Litigation in Canada*, 73 Def. Couns. J. 242 (2006).

*Comentario b.* Sobre la responsabilidad de las cortes para hacer cumplir leyes válidas, ver Richard A. Nagareda, *Aggregation and Its Discontents: Class Settlement Pressure, Class-Wide Arbitration, and CAFA*, 106 Colum. L. Rev. 1872,

## Capítulo 1

1878 (2006) (“Las cortes no tienen autoridad, a diferencia de la legislatura o el poder ejecutivo, para seleccionar qué principios de derecho sustantivo demandan un vigoroso cumplimiento y cuáles no”).

*Comentario c.* Para establecer los principios generales de los procesos colectivos en términos de fidelidad al derecho sustantivo, finalidad en la adjudicación y factibilidad de la gestión judicial, esta Sección trabaja sobre una tipología similar desarrollada en el contexto de las acciones de clase por Allan H. Erbsen, *From “Predominance” to “Resolvability”: A New Approach to Regulating Class Actions*, 58 Vand. L. Rev. 995 (2005).

*Comentario d.* Sobre cláusulas que prohíben las acciones de clase en el marco de previsiones contractuales de arbitraje, ver *In re American Express Merchants’ Litig.*, 554 F.3d 300 (2d Cir. 2009); *Kristian v. Comcast Corp.*, 446 F.3d 25 (1st Cir. 2006); *Discover Bank v. Superior Court*, 113 P.3d 1100 (Cal. 2005); Nagareda, *Aggregation and its Discontents*, 106 Colum. L. Rev. at 1895-1909; Samuel Issacharoff & Erin F. Delaney, *Credit Card Accountability*, 73 U. Chi. L. Rev. 157 (2006); Myriam Gilles, *Opting Out of Liability: The Forthcoming, Near-Total Demise of the Modern Class Action*, 104 Mich. L. Rev. 373 (2005); Jean R. Sternlight, *Creeping Mandatory Arbitration: Is It Just?*, 57 Stan. L. Rev. 1631 (2005); J. Maria Glover, Note, *Beyond Unconscionability: Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements*, 59 Vand. L. Rev. 1735 (2006).

Sobre los cuestionamientos efectuados a la certificación de clases en el campo de acciones y otros valores bursátiles cuando los miembros de la clase propuesta residen en diferentes países, ver *Morrison v. Nat’l Australian Bank Ltd.*, 547 F.3d 167 (2d Cir. 2008); *In re Alstom SA Sec. Litig.*, 253 F.R.D. 266 (S.D.N.Y. 2008); *In re Vivendi Universal, S.A. Sec. Litig.*, 242 F.R.D. 76 (S.D.N.Y. 2007); Stephen J. Choi & Linda J. Silberman, *Transnational Litigation and Global Securities Class-Action Lawsuits*, 2009 Wisc. L. Rev. 465; Hannah L. Buxbaum, *Multinational Class Actions under Federal Securities Law: Managing Jurisdictional Conflict*, 46 Colum. J. Transnat’l L. 14 (2007).

*Comentario e.* Para ejemplos de las diversas formas en que el lenguaje estatutario describe previsiones de daños mínimos, ver, por ejemplo, 47 U.S.C. § 551(f)(2)(A) (2001) (Cable Communications Policy Act, autorizando la percepción de “daños reales pero no menos que daños mínimos computados a razón de \$100 diarios por cada día de violación o \$1.000 en total, el que sea mayor”); 15 U.S.C. § 1681n(a)(1)(A) (2008) (Fair Credit Transaction Act, autorizando “daños reales alegados por el consumidor como resultado de la falla o daños por no menos de \$100 y no más de \$1.000”); 15 U.S.C. § 1692k(a)(2)(A)–(B) (1977) (Fair Debt Collection Practices Act, autorizando “en el caso de cada acción promovida individualmente, tantos daños adi-

## Capítulo 1

cionales como la corte autorice, en la medida que no excedan \$1,000”, pero también estableciendo que, en el supuesto de una acción de clase, tales daños “no pueden exceder los \$500.000 o el 1 por ciento del patrimonio neto del cobrador”); 15 U.S.C. § 1640(a)(2)(B) (2009) (creando similares provisiones sobre daños que aplican a acciones individuales y acciones de clase promovidas para hacer cumplir 15 U.S.C. § 1635). Ver también *Six (6) Mexican Workers v. Arizona Citrus Growers*, 904 F.2d 1301 (9th Cir. 1990) (aplicando la *Farm Labor Contractor Registration Act*, 29 U.S.C. §§ 1801, 1854 (1983), norma que autoriza el cobro de “hasta \$500” en concepto de daños por actor y por violación, sin establecer un mínimo). Muchos estatutos locales también proveen indemnizaciones mínimas por daños. Por ejemplo, Ala. Code § 8-19-10(a)(1) (2002) (autorizando daños estatutarios mínimos por la suma de \$100); D.C. Code § 28-3905(k)(1) (2007) (autorizando daños estatutarios mínimos por la suma de \$1500); Utah Code Ann. § 13-11-19 (West 1995) (autorizando daños estatutarios mínimos por la suma de \$2000).

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha ratificado el poder del Congreso para establecer daños estatutarios mínimos en una serie de casos que comenzaron con *Waters-Pierce Oil Co. v. Texas*, 212 U.S. 86 (1909), donde se consideró que la penalidad impuesta no era gravemente excesiva. Casos recientes que han abordado la constitucionalidad de las indemnizaciones por daños punitivos sugieren que hoy la Corte puede requerir una conexión más cercana entre los daños estatutarios y las pérdidas reales. Ver, por ejemplo, *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 575 (1996) (caracterizando el precedente *St. Louis, I. M. & S. R.R. Co. v. Williams*, 251 U.S. 63 (1919), el cual involucraba una indemnización por daños estatutarios, como un caso sobre daños punitivos). Sin embargo, como una autora observó recientemente, “la mayoría de las cortes se rehúsan a aplicar las modernas guías establecidas en *BMW* a la hora de agregar daños estatutarios”. Sheila B. Scheuerman, *Due Process Forgotten: The Problem of Statutory Damages and Class Actions*, 74 Mo. L. Rev 103, 122 (2009).

El caso fundacional donde se discuten las preocupaciones en torno a la combinación de daños estatutarios mínimos y certificación de clase es *Ratner v. Chemical Bank New York Trust Co.*, 54 F.R.D. 412 (S.D.N.Y. 1972). Una excelente discusión sobre este tema también puede verse en *Parker v. Time Warner Entertainment Co.*, 331 F.3d 13 (2d Cir. 2003). Para un análisis de *Parker*, ver Nagareda, *Aggregation and its Discontents*, 106 Colum. L. Rev. at 1885–1888. Ver también *Andrews v. Chevy Chase Bank*, 545 F.3d

## Capítulo 1

570 (7th Cir. 2008) (analizando la disponibilidad del remedio de rescisión en una acción de clase propuesta de conformidad con la Truth in Lending Act).

Concurriendo con su voto en *Parker*, el Juez Newman señaló que tanto (1) certificar una clase que expone al demandado a una condena por daños desmedida, como (2) autorizar sólo procesos individuales para obtener mínimas indemnizaciones, “son [soluciones] insatisfactorias”. 331 F.3d at 26. En este sentido, argumentó que “una corte de distrito tiene discreción para certificar una clase (b)(3) con un monto de daños estatutarios agregados limitado de modo sustancialmente menor a lo que una aplicación literal del estatuto pueda parecer requerir”. Id. p. 23. En una nota a pie de página, agregó, “[o]tra opción podría ser que el juez informe a los actores, antes de decidir la petición de certificación pero luego de haber recibido los argumentos de todas las partes sobre el punto, cuál es el monto estatutario agregado por encima del cual podrían surgir preocupaciones en torno al requisito de superioridad establecido en (b)(3), y permitir a los actores enmendar su petición de certificación de la clase en orden a reducir daños agregados antes de que recaiga una decisión sobre tal certificación. Id. p. 28. n. 7.

Las cuestiones de debido proceso asociadas con la agregación de pretensiones que encuentran causa en estatutos con previsiones de daños mínimos están identificadas o discutidas en Scheuerman, *Due Process Forgotten*, 74 Mo. L. Rev. 103; Catherine M. Sharkey, *Revisiting the Noninsurable Costs of Accidents*, 64 Md. L. Rev. 409, 454 n.225 (2005); Blaine Evanson, Note, *Due Process in Statutory Damages*, 3 Geo. J.L. & Pub. Pol’y 601 (2005); y J. Cam Barker, Note, *Grossly Excessive Penalties in the Battle Against Illegal File-Sharing: The Troubling Effects of Aggregating Minimum Statutory Damages for Copyright Infringement*, 83 Tex. L. Rev. 525 (2004).

Para un análisis de las cuestiones de debido proceso que surgen en casos de daños estatutarios por violación a derechos de autor, ver Pamela Samuelson & Tara Wheatland, *Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform*, 51 William & Mary L. Rev. 439 (2009); Pamela Samuelson, *Preliminary Thoughts on Copyright Reform*, 2007 Utah L. Rev. 551, 568 (2007). En el marco de un caso donde se buscaba obtener daños estatutarios conforme la Copyright Act, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha sostenido que la Séptima Enmienda reconoce al demandado el derecho a un juicio por jurados. *Feltner v. Columbia Pictures Television, Inc.*, 523 U.S. 340 (1998). Presumiblemente, este derecho existe en casos promovidos de conformidad con todos los estatutos federales comprendidos en el alcance de la Séptima Enmienda. Uno podría esperar entonces que las indemnizaciones por daños estatutarios acordadas por jurados se encuentren sometidas al mismo escrutini-

## Capítulo 1

nio que otras condenas por daños. No está claro si, o, en su caso, cómo, el requisito del juicio por jurados puede influir en la decisión de certificar la clase.

La agregación de pretensiones que involucran previsiones por daños estatutarios mínimos también puede hacer surgir cuestiones de debido proceso con motivo de casos recientes que requieren, a la hora de condenar al pago de daños punitivos, alguna relación entre estos y los daños realmente padecidos por los afectados. Cf. *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 128 S. Ct. 2605, 2633 (2008) (aplicando, como un asunto de derecho común federal, una relación de uno a uno entre daños punitivos y compensatorios como “límite máximo” en casos marítimos).

Sobre la importancia de la intención legislativa, ver *White v. E-Loan, Inc.*, No. C 05-02080 SI, 2006 WL 2411420, at \*8 (N.D. Cal. 18 de Agosto de 2006) (rechazando un ataque fundado en razones de debido proceso contra la certificación de una clase de conformidad con un estatuto que provee daños mínimos, y observando que “si algún problema existe, el mismo es resultado de decisiones políticas del Congreso y por tanto es al Congreso a quien corresponde abordar estas cuestiones”). La misma conclusión fue alcanzada en *Murray v. GMAC Mortgage Corp.*, 434 F.3d 948, 953–954 (7th Cir. 2006) (revocando la decisión de una corte de distrito por la cual se había denegado la certificación de una clase y observando que el potencial de enormes daños no surge de “un ‘abuso’ de la Regla 23” sino de “la decisión legislativa de autorizar indemnizaciones por daños tan altas como \$1.000 por persona. . . [En la medida que tal] estatuto se mantenga vigente, . . . debe ser aplicado más que subvertido.”).

Algunos estados prohíben la certificación de clases que involucren pretensiones fundadas en estatutos con previsiones de penalidades económicas si el lenguaje de tales estatutos no lo permite. Ver *Sperry v. Crompton Corp.*, 863 N.E.2d 204 (N.Y. 2007) (sosteniendo que la previsión de daños triplicados contenida en la *Donnelly Act* de New York constituye una penalidad de acuerdo con la sección 901(b) de las Leyes y Reglas de Práctica Civil de New York, y que, por tanto, tales daños no pueden ser obtenidos por medio de acciones de clase). La Suprema Corte ha hecho lugar recientemente a la petición de *certiorari* sobre un caso que involucra la Sección 901(b) en *Shady Grove Orthopedic Associates v. Allstate Insurance Co.*, 549 F.3d 137 (2d Cir. 2008), cert. granted, 129 S. Ct. 2160 (2009) (No. 08-1008) (presentando la cuestión de si el estatuto de New York es vinculante en una acción de clase propuesta en el orden federal con fundamento en competencia por diversidad).

## Capítulo 1

Para críticas académicas de la doctrina del absurdo en la interpretación estatutaria, ver John F. Manning, *The Absurdity Doctrine*, 116 Harv. L. Rev. 2387 (2003).

Muchos estatutos autorizan a las partes o actores vencedores a obtener, además de las indemnizaciones que les correspondan, una suma de dinero en concepto de honorarios de abogados. En ausencia de indemnizaciones obligatorias por daños mínimos, la agregación de pretensiones con causa en estos estatutos usualmente no provoca especiales problemas o dificultades. Sin embargo, cuando una indemnización estatutaria mínima por reclamante es acompañada por el derecho a obtener el pago de honorarios de abogados, la corte puede considerar este último aspecto al momento de decidir si establece o no un techo para los daños agregados. Debido a que el derecho que rige las responsabilidades de los demandados perdidosos con respecto a los honorarios de los abogados de los actores vencedores es excepcionalmente escaso, la existencia de un derecho a obtener el pago de honorarios no niega completamente la posibilidad de abonar sumas adicionales a los abogados de la clase (sumas que pueden ser deducidas de los daños obtenidos en beneficio de esta última). La corte debería considerar la posibilidad del pago de honorarios adicionales a la hora de decidir qué tan alto habrá de ser el límite a establecer como suma total que puede obtener la clase.

### § 1.04 Objetivos internos de los procesos colectivos

- (a) **Un abogado que representa a múltiples reclamantes o demandados en un proceso colectivo debe buscar avanzar los objetivos comunes de tales reclamantes o demandados.**
- (b) **A menos que se hubiera acordado de otro modo entre los reclamantes, los objetivos de una agregación de reclamantes incluyen, entre otros, los siguientes:**
  - (1) **maximizar el valor neto del grupo de pretensiones;**
  - (2) **compensar apropiadamente a cada reclamante;**
  - (3) **obtener una resolución judicial sobre la legalidad de la conducta cuestionada y evitar que continúen produciéndose conductas ilegales;**
  - (4) **obtener los remedios indivisibles más amplios posibles con relación a conductas indebidas pasadas; y**

- (5) **permitir que los reclamantes manifiesten sus preocupaciones y facilitar la concesión de nuevos remedios que protejan los derechos de las personas afectadas en los términos definidos por las normas sustantivas.**
- (c) **A menos que se hubiera acordado de otro modo entre los demandados, los objetivos de una agregación de demandados incluyen, entre otros, los siguientes:**
- (1) **minimizar el total de pérdidas atribuible a la litigación de las pretensiones que enfrenta el grupo;**
  - (2) **obtener una resolución judicial sobre la legalidad de la conducta cuestionada y permitir la continuidad de la conducta legal;**
  - (3) **asignar apropiadamente la responsabilidad financiera;**
  - (4) **restringir tanto como sea posible los remedios indivisibles que tengan causa en actos ilegales pasados; y**
  - (5) **permitir que los demandados manifiesten sus preocupaciones y aprovechen los beneficios de sus derechos sustantivos.**

### **Comentario:**

*a. Objetivos internos.* Esta Sección se enfoca en los objetivos internos de los procesos colectivos. Esto es, los objetivos desde la perspectiva de los reclamantes y demandados incluidos en una agregación. La Sección 1.05 identifica las herramientas de gestión que pueden ayudar a cumplir estos objetivos.

Esta Sección no discute los objetivos externos de la agregación, tales como el deseo de promover la eficiencia judicial o de tratar equitativamente a personas que pueden ser tratadas de modo inequitativo si se avanza por medio de procesos convencionales separados. Estas cuestiones están tratadas en el Capítulo 2.

*b. Un abogado debe avanzar los objetivos de los reclamantes o demandados.* Debido a que los reclamantes y demandados pueden tener dificultades para controlar a su representante en los procesos colectivos, esta Sección establece un deber general, en cabeza de los abogados, de proteger los intereses de aquéllos a la hora de ejercer tal representación.

*c. A menos que se hubiera acordado de otro modo.* Las subsecciones (b) y (c) identifican objetivos a ser perseguidos en ausencia de acuerdos que dispongan

## Capítulo 1

otra cosa por parte de o entre las personas relevantes. Los participantes del litigio son libres para identificar otros fines y pueden hacerlo por cualquier medio autorizado por el derecho vigente. Ellos también pueden elaborar un ranking de tales fines en atención a su importancia. Por ejemplo, en ese ranking los reclamantes pueden poner la compensación por sobre la posibilidad de manifestarse y el cumplimiento de la ley, o por debajo de ellos. Los demandados pueden expresar análogas preferencias.

La posibilidad de alterar los objetivos a ser perseguidos existe principalmente en grupos consensuados de procesos y en otros procesos donde los participantes, que cuentan con altos niveles de control, pueden encontrarse cara a cara. Ver § 1.05, Nota de los Reporteros al Comentario *b*.

*d. Agregación de reclamantes.* Al demandar, los actores esperan beneficiarse ellos mismos. Pueden buscar dinero, cumplimiento específico u otro tipo de remedio valioso. Los actores pueden también desear la vindicación de sus derechos o bien un día en la corte ante un administrador de justicia imparcial. La sub-sección (b) identifica estos objetivos y otros. Si bien las demandas de los actores no ponen los objetivos en un orden de valoración, los rankings pueden a menudo ser inferidos de su contenido. Cuando los actores pretenden obtener una condena dineraria, los objetivos de obtener compensación y asignar ésta de modo apropiado son normalmente los de mayor peso. Vindicar derechos y terminar con la conducta cuestionada normalmente interesa en mayor medida cuando la pretensión de los actores es inyunta o meramente declarativa. Puede ser difícil o imposible establecer un orden de importancia de los objetivos cuando la demanda incluye pretensiones que persiguen tanto remedios divisibles como indivisibles.

Pero, aun en estos casos, generalmente uno puede descartar el objetivo de beneficiar sólo o principalmente a personas que se encuentran fuera de la agregación, tales como el público en general o los abogados de los reclamantes. Varias doctrinas dan a entender que el objetivo primario de los procesos colectivos debe ser beneficiar a los reclamantes. De acuerdo con el derecho federal, para que se les reconozca legitimación a fin de accionar los reclamantes deben buscar una respuesta del poder judicial de la cual ellos se beneficiarían directamente. Para satisfacer el requisito de adecuada representación en las acciones de clase, los actores representativos deben tener el mismo interés que los miembros de la clase ausente con relación al remedio pretendido. Los intereses de los miembros del grupo también deben superponerse en otros procesos representativos para que la solución los vincule.

(1) *Maximizar el valor neto del grupo de pretensiones.* El valor neto de un grupo de pretensiones de condena por sumas de dinero es la porción de cualquier

## Capítulo 1

pago que queda disponible *luego que* los costos del litigio, incluyendo honorarios de abogados, son pagados. Maximizar este valor es un objetivo central de los procesos colectivos, fundamentalmente porque es un asunto por el cual los reclamantes se preocupan mucho cuando litigan. Los reclamantes que contratan abogados en forma directa a través de negociaciones individuales típicamente prometen en concepto de honorarios un porcentaje del dinero obtenido, en parte para recompensar a los abogados por obtener mayores sumas. Esto es verdad tanto cuando los reclamantes demandan individualmente como cuando lo hacen en grupos.

En los procesos representativos y otros procesos colectivos donde la representación surge de la ley, el objetivo de maximizar el valor neto de las pretensiones refleja una política de compromiso con imitar acuerdos de mercado en contextos donde los mercados son propensos a fallar. Las acciones de clase son el sustituto de procesos de grupo voluntarios, razón por la cual su utilización se encuentra limitada a contextos en que el litisconsorcio por medios ordinarios es impracticable. En cuanto tales, sus objetivos y aquellos de los procesos de grupo voluntarios deberían generalmente ser los mismos. Otros procesos representativos pueden también ser pensados como sustitutos de procesos consensuados a la hora de considerar sus efectos preclusivos. Ver § 1.02, Notas de los Reporteros.

Es a menudo imposible saber, o probar objetivamente, que el valor neto de un grupo de pretensiones ha sido maximizado. Lo mejor que uno puede hacer es diseñar procedimientos que recompensen acciones que puedan tener este efecto. Herramientas disponibles para dicho propósito están identificadas en §§ 1.05 y 3.13.

*f. Compensar apropiadamente a cada reclamante.* Normativamente, la compensación es un importante objetivo de la mayoría de los procesos promovidos a fin de obtener condenas por sumas de dinero. El sistema procesal alcanza una justicia civil correctiva al requerir a los agentes dañosos que paguen una compensación y al permitir a las víctimas obtenerla. La compensación también juega un rol práctico esencial al hacer rentable el inicio del pleito para personas con pretensiones civiles válidas. Dados los costos de litigación, normalmente resulta económicamente desventajoso demandar sólo para vindicar derechos. Esta Sección reconoce la importancia normativa de la compensación y la necesidad práctica de mantener incentivos para el litigio mediante la identificación de tal compensación como un objetivo de los procesos colectivos.

Idealmente, el monto de la compensación que recibe un reclamante debe reflejar el mérito de la pretensión misma, incluyendo la posibilidad que aquél

## Capítulo 1

tiene de prevalecer en el juicio y el monto que ganaría de darse ese supuesto. Lograr obtener este estándar en un proceso colectivo aseguraría equidad horizontal (reclamantes situados en posición similar reciben montos también similares) y equidad vertical (los reclamantes que más merecen reciben mayores pagos que aquellos que merecen menos).

En la práctica, el ideal raramente es alcanzado. Una justicia aproximada es lo normal en los procesos colectivos. En estos casos, los acuerdos transaccionales usualmente involucran un elemento de “promediación del daño”, lo que ocurre cuando el plan de asignación ignora algunas características de ciertas pretensiones que razonablemente puede esperarse influyan sobre la expectativa de lo que sus titulares podrían obtener en el juicio. Por ejemplo, un acuerdo transaccional en un caso de daños masivos puede pagar a fumadores y no fumadores los mismos montos, aun cuando los fumadores tienen una expectativa de vida más corta. En el límite, el costo administrativo de repartir los pagos puede justificar un plan de pago por partes iguales que trate a todos los reclamantes del mismo modo.

La justicia aproximada también ocurre en los procesos tradicionales, donde la negociación autoriza que la aversión al riesgo, la posibilidad de tolerar la demora y otros factores arbitrarios afecten el valor de las pretensiones. Los pagos en procesos colectivos no necesitan ser más afinados que los pagos en los procesos tradicionales. Sin embargo, en los procesos tradicionales los reclamantes aceptan los acuerdos transaccionales en forma voluntaria, y tal consentimiento provee un fundamento normativo a la justicia aproximada. El consentimiento prestado al acuerdo transaccional puede jugar un rol similar en muchos procesos colectivos, pero los intentos para obtener tal consentimiento deben reflejar las peculiaridades de estos procesos. En algunos procesos colectivos el consentimiento no puede ser obtenido por razones prácticas y el fundamento normativo para los acuerdos transaccionales debe provenir de su revisión y aprobación judicial. Ver el Capítulo 3.

*g. Permitir a los reclamantes manifestar sus preocupaciones y facilitar la concesión de nuevos remedios.* Quienes participan en procesos colectivos a menudo valoran la oportunidad de expresarse y de participar en el proceso legal de vindicación de sus derechos. Sin embargo, el costo y el valor de tal expresión pueden variar de un proceso a otro. Al regular las oportunidades para expresarse, es apropiado tomar en consideración tanto sus costos como sus beneficios.

*h. Agregación de demandados.* En la agregación, el lado de la defensa puede crear cuestiones y problemas similares a aquellos asociados con el lado de

los reclamantes. Ellos incluyen problemas de control no presentes en los procesos tradicionales y problemas de asignación, involucrando este último aspecto la asignación de costos del litigio y potenciales responsabilidades más que de costos del litigio y potenciales ganancias.

*i. Minimizar pérdidas y obtener vindicación.* En el marco del litigio tradicional, los demandados (o sus aseguradoras) típicamente esperan minimizar el costo total, incluyendo indemnización y defensa, de contestar una pretensión. La agregación, sea del lado de los actores o los demandados, normalmente mantiene este objetivo intacto pero puede alterar de manera importante las estrategias disponibles para alcanzarlo.

En el litigio ordinario, los demandados comúnmente avanzan su legítimo deseo de minimizar costos y obtener vindicación de sus derechos mediante la alegación de defensas individualizadas, tales como la prescripción y la cosa juzgada, o planteando reconveniones. Las oportunidades para invocar defensas individualizadas en el contexto de los procesos colectivos deben ser preservadas tan completamente como lo permita la forma de agregación. Por ejemplo, las reconveniones pueden ser apropiadas en consolidaciones (porque todos los reclamantes son parte), aun cuando las reconveniones contra personas diferentes de los representantes nominales son en principio inapropiadas en las acciones de clase (porque los miembros de la clase ausente son no-partes representadas). Las oportunidades para efectuar un *discovery* individualizado deben ser tratadas de forma similar, y pueden también depender de la condición que asuma la parte. Cuando la forma de agregación impide a un demandado alegar una defensa disponible o plantear una reconvenión, la defensa o reconvenión es preservada, no se pierde, pero debe ser propuesta en un proceso alternativo. Ver § 2.07(d) (“[L]a corte debería asegurar que el tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas no comprometa la capacidad que tiene toda persona que se opone al grupo en el marco del proceso para disputar alegaciones efectuadas por los reclamantes o bien para invocar las defensas sustantivas pertinentes”).

A los demandados en procesos colectivos puede importarles la vindicación u otros valores además de, o como alternativa a, la minimización de costos. Por ejemplo, una iglesia u otra organización religiosa demandada por un feligrés o uno de sus miembros por acoso sexual puede defenderse en el proceso con el objetivo de minimizar la pérdida, o puede emplear un enfoque orientado a honrar los valores, ideales o creencias que sostiene la organización. Esta organización puede pensar que es más importante tratar al miembro afectado en forma justa y compasiva que minimizar el monto de compensación que deberá pagar. Un negocio atrapado en un proceso

## Capítulo 1

colectivo, como estar acusado de haber sido un infractor de patentes, entre muchos otros, puede también desear vindicación sencillamente por razones financieras. Sus ventas, el precio de las acciones y la capacidad de crédito pueden sufrir hasta que se remueva la nube ubicada sobre su producto.

En el litigio tradicional, un demandado (o su aseguradora) puede elegir sus propios objetivos y perseguirlos. En la mayoría de las agregaciones de demandados esto también puede ser así. Los demandados usualmente retienen significativo o completo control del litigio, aun cuando ellos (o los reclamantes) se encuentren agregados. Por ejemplo, los demandados deciden si acordar o no y, de hacerlo, en qué términos. Sin embargo, el control no siempre es completo. Si bien son raras, las acciones de clase pasivas —que han sido utilizadas en casos de infracción a patentes y en procesos contra funcionarios públicos— pueden impedir el control de los demandados sobre el litigio, afectando sus intereses. El control también puede verse limitado en las consolidaciones multidistritales, donde los jueces pueden designar un patrocinio letrado principal o coordinado para los demandados (así como para los actores). En estos ejemplos los objetivos aplican por descarte, a menos que los demandados acuerden otra cosa.

*j. Asignando responsabilidad entre demandados.* La agregación no debe perjudicar, y puede incluso aumentar, el legítimo interés de los demandados en cargar sólo con la porción del costo de compensación destinada a un reclamante (o grupo de reclamantes) que resulte apropiada conforme al derecho aplicable.

Las cortes deberían evitar el uso de procedimientos de enjuiciamiento que puedan impedir a los demandados adjudicar las porciones de responsabilidad que les corresponden, pero de todas maneras las adjudicaciones de este tipo pueden ser abordadas en forma independiente del juicio de la acción principal. En algunos supuestos, es mejor que las cuestiones de asignación de responsabilidad se reserven para el momento en que se encuentre establecida la responsabilidad total de todos los demandados. Ocurre que un veredicto que resuelva el caso a favor de algunos o todos los demandados en la acción principal podría simplificar la adjudicación de responsabilidades fraccionadas o eliminar por completo la necesidad de hacerlo. En otros supuestos, resolver las cuestiones de asignación de responsabilidad puede facilitar el acuerdo de algunos o todos los casos. En lo que respecta a los derechos sustantivos de las partes, las cortes deberían tener discreción para organizar las pruebas del caso de manera tal que se facilite la justa y eficiente resolución de la disputa.

## Capítulo 1

Un acuerdo transaccional que involucre menos de la totalidad de los demandados puede generar complicados problemas de contribución o indemnización. Los demandados que acuerdan desearán típicamente una salvaguarda completa con relación a procesos subsiguientes; los demandados que siguen litigando buscarán preservar sus derechos a obtener pagos de aquellos otros. Las cortes han desarrollado muchas técnicas para abordar estos problemas, incluyendo, bajo algunas circunstancias, el dictado de órdenes que inhabilitan a las partes que no participan del acuerdo para pretender contribuciones posteriores. Usualmente, estas órdenes contienen previsiones que autorizan a las partes que no participan del acuerdo a obtener ciertas compensaciones, cuyo tamaño puede estar basado en el pago que implica el acuerdo o en la proporción de culpa que se adjudique a los demandados que acordaron.

La agregación de demandados puede facilitar la adjudicación o el acuerdo transaccional respecto de la cuota de responsabilidad que cabe a cada uno de ellos al traer a la misma jurisdicción más personas potencialmente responsables. La concentración de demandados en una única corte asegura que las cuestiones de distribución sean decididas por un juez informado, reduce la posibilidad de órdenes o adjudicaciones inconsistentes, y permite apelaciones unificadas. Los demandados que son forzados a trabajar juntos también a menudo suscriben acuerdos de representación conjunta o cooperan de otras formas que construyen confianza entre ellos, facilitando la amigable resolución de las disputas en torno a la asignación de responsabilidades.

*k. Restringiendo el alcance y las cargas de remedios indivisibles.* En un proceso promovido para obtener un remedio inyuntivo, el demandado puede avanzar su deseo de minimizar pérdidas argumentando que tal remedio debe ser más circunscripto o bien imponer una carga menor. La agregación, sea de reclamantes o demandados, no debilita ni quita legitimidad a este interés. Sin embargo, la agregación de demandados puede facilitar la imposición de órdenes de hacer o no hacer más apropiadas al traer ante la corte a más personas que están potencialmente sujetas a enfrentar los costos o efectos de tales órdenes.

*l. Permitiendo a los demandados manifestar sus preocupaciones.* Ver Comentario g.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* La historia de los procesos colectivos (en realidad, de todo proceso) muestra claramente que, en los casos promovidos para obtener

## Capítulo 1

una compensación dineraria, los reclamantes prefieren sumas más grandes en lugar de otras más pequeñas. Abundan las historias de reclamantes que trataron de negociar para mejorar bajas ofertas de acuerdo. Las historias de reclamantes que han intentado negociar sumas más bajas partiendo de ofertas altas son muy pocas. No hay prueba significativa que muestre que los reclamantes prefieren menos dinero en lugar de más.

Debido a que el valor neto de un grupo de pretensiones está representado por el dinero disponible para pagar a los reclamantes una vez deducidos todos los costos del litigio, maximizar esa cantidad satisface tan completamente como es posible la abrumadora preferencia de los reclamantes por la mayor cantidad de dinero que ellos puedan obtener. Maximizar el valor bruto de un grupo de pretensiones no necesariamente cumple con este objetivo. Una condena al pago de \$10 millones disminuida en \$6 millones con motivo de honorarios y costos deja disponible un neto de \$4 millones para distribución. Una condena al pago de \$7 millones disminuida en \$2 millones con motivo de honorarios y costos deja disponible un neto de \$5 millones. En este ejemplo, la suma bruta menor obtenida genera \$1 millón más en fondos para los reclamantes que la suma bruta mayor. Debido que a los reclamantes les importa mucho el dinero que obtienen, el foco apropiado es el valor neto de las pretensiones, no el bruto.

Al maximizar el resultado neto, los procesos colectivos crean incentivos para que los potenciales agentes dañosos respeten los derechos ajenos. En otras palabras, desalientan la comisión de hechos ilícitos al atribuirles un precio, tal como hacen los procesos tradicionales. Muchos doctrinarios creen que el objetivo de disuadir conductas ilícitas provee la justificación más fuerte para la agregación de pretensiones.

La afirmación que los procesos colectivos atribuyen precios a las conductas ilícitas no implica que los precios sean correctos ni que el nivel de disuasión sea óptimo. Para establecer estos asuntos se requeriría una teoría sobre disuasión óptima y un estudio empírico de la amenaza implicada en la responsabilidad.

Dicho esto, cualquier teoría plausible sobre disuasión inducida por el litigio probablemente tomará la finalidad de maximizar el valor neto de las pretensiones como el objetivo de la representación de los reclamantes. Ello por una simple razón: los litigantes tienden a perseguir ganancias económicas. Operando dentro de las limitaciones establecidas por estatutos, reglas procesales y otros factores tales como el tamaño de la pretensión y la fortuna personal, los reclamantes tienden a seleccionar sus estrategias en miras a la maximización de las indemnizaciones netas que esperan obtener.

## Capítulo 1

Las estrategias y las chances de éxito pueden cambiar, y de hecho cambian, en respuesta, por ejemplo, a modificaciones en las reglas procesales y sustantivas. Pero el objetivo continúa siendo obtener el monto neto más alto posible. En virtud de ello, cualquier teoría plausible de disuasión inducida por el litigio dará por supuesta la finalidad de perseguir el interés propio y diseñará el sistema de litigio, incluyendo las posibles preocupaciones de excesiva disuasión, asumiendo que los reclamantes buscarán maximizar sus indemnizaciones netas.

Los abogados juegan un rol fundamental a la hora de descifrar cómo maximizar las indemnizaciones. Cualquier sistema de litigio, individual o colectivo, debe limitar los medios que pueden ser apropiadamente utilizados para alcanzar esta finalidad. Una discusión de tales límites, que incluyen prohibiciones o restricciones en la publicidad y ofertas personalizadas de servicios legales, abuso del proceso, honorarios máximos y pretensiones frívolas, cae ampliamente fuera del alcance de este proyecto. Sin embargo, hay diversas cuestiones que surgen en los procesos colectivos debido a las múltiples capas de deberes fiduciarios que allí se presentan. Por ejemplo, ordinariamente, un abogado es fiduciario de un reclamante y de nadie más, y ningún reclamante se encuentra obligado con relación a otro abogado. En las acciones de clase, sin embargo, los actores nominales tienen deberes fiduciarios con respecto a los miembros de la clase ausentes. Ver *Blanchard v. Edgemark Fin. Corp.*, 175 F.R.D. 293, 298–300 (N.D. Ill. 1997) (sosteniendo que todo acuerdo individual con el representante de una clase certificada debe ser sometido a la aprobación de la corte porque el representante ha asumido voluntariamente una responsabilidad fiduciaria hacia la clase como un todo, y la corte tiene un fuerte deber de proteger a los miembros de la clase ausentes); 7A Charles Alan Wright et al., *Federal Practice and Procedure: Civil 2d* § 1751 (1986 & Supp. 2002).

Los patrocinantes legales de la clase son fiduciarios de un cliente que también es fiduciario. Una relación similar se genera entre los abogados principales y otros abogados en un litigio multidistrital. Los abogados principales deben “actuar de manera justa, eficiente y económica en interés de todos. . . los patrocinantes legales de las partes.” Ver *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 10.22, p. 24 (2004). Debido a que los patrocinantes legales de las partes son fiduciarios de los clientes que representan en forma directa, en los litigios multidistritales también se produce una doble capa de relaciones fiduciarias. Finalmente, siempre que un grupo de litigantes trabajan juntos sus miembros pueden asumir entre ellos ciertos deberes por medio de acuerdos o por derecho común.

## Capítulo 1

La complicada red de deberes mencionada hace un momento puede requerir a las personas que actúan como fiduciarios que pongan intereses ajenos por sobre los suyos propios. Por ejemplo, un actor nominal que no se encuentra personalmente interesado en una forma particular de respuesta de parte del sistema judicial puede sin embargo, en algunas circunstancias, tener el deber de obtenerla si otros pueden lograr con ella un mayor beneficio.

*Comentario b.* La conexión entre justicia correctiva e incentivos para litigar es más débil en algunos procesos colectivos que en la mayoría de los procesos que involucran reclamantes individuales. Por ejemplo, incentivos para promover acciones de clase que involucran pretensiones individuales de escasa cuantía pueden ser generados mediante el otorgamiento de compensaciones a los actores nominales y la detracción de fondos comunes para pagar los honorarios de abogados y costos del litigio, aun si los miembros de la clase ausentes no reciben nada en forma de pagos. Si no fuera por la posibilidad de recibir un pago no existiría incentivo alguno para que una persona afectada promueva un proceso individual.

*Comentario c.* Los acuerdos entre litigantes o entre litigantes y abogados orientados a establecer los objetivos del litigio pueden registrarse por el derecho que gobierna la celebración de los contratos, los abogados, el mandato, u otras materias. Estos Principios no intentan alterar el régimen establecido por tales cuerpos legales.

*Comentario d.* Para apoyo de la proposición según la cual la principal preocupación de los reclamantes es la suma neta que puedan obtener, ver *In re Cendant Corp. Litig.*, 264 F.3d 201, 254–255 (3d Cir. 2001) (observando que “un cliente racional e interesado en su propia situación busca maximizar las sumas netas que pueda obtener; el o ella quieren que la representación se termine cuando la suma bruta que obtienen, menos los honorarios de sus abogados, es la más alta”); Lucian Arye Bebchuk, *The Questionable Case for Using Auctions to Select Lead Counsel*, 80 Wash. U. L.Q. 889, 890 (2002) (“Desde la perspectiva de la clase, puede ser deseable seleccionar. . . una agenda para el pago de honorarios en orden a maximizar el esperado monto neto para la clase. Este monto neto esperado es, a su turno, igual a (i) el monto que se espera obtener en el caso, menos (ii) el monto esperado de gastos por representación legal”); Charles Silver, *Due Process and the Lodestar Method: You Can’t Get There From Here*, 74 Tul. L. Rev. 1809, 1841 (2000) (“[L]os jueces deben establecer porcentajes en vistas a alentar a los abogados a maximizar el valor de las pretensiones de los miembros de la clase. Deben hacer lo que haría el titular de una serie completa de pretensiones, esto es, seleccionar la fórmula para liquidar honorarios que pueda lograr el mayor

monto neto luego de que los abogados sea pagados.”). Sobre adecuada representación, ver § 1.05.

Si bien la posibilidad de obtener compensación provee un incentivo para litigar, las cortes de derecho común en los Estados Unidos en general no toman en consideración los costos del litigio a la hora de determinar el monto de tal compensación. Ellas establecen la compensación en el monto necesario para resarcir el daño de fondo. Por tanto, cuando un reclamante pierde \$1 millón como consecuencia de una violación civil, normalmente el demandado es encontrado responsable por ese monto y se exige a cada parte pagar sus propios costos del litigio, incluyendo los honorarios de abogados. El reclamante típicamente termina obteniendo una suma neta bastante menor que \$1 millón.

Debido a que los estándares de compensación son criaturas de derecho sustantivo, los montos que los reclamantes pueden ganar en un juicio deben ser los mismos tanto en el marco de procesos tradicionales como en procesos colectivos. La responsabilidad total de un demandado puede variar en función del número de pretensiones que son enjuiciadas conjuntamente, pero no debe hacerlo con relación a cada reclamante individual. Una pretensión que justificaría un veredicto de \$1 millón en un proceso tradicional también debería justificar un veredicto de \$1 millón para el reclamante particular involucrado en un proceso colectivo. Que los dos veredictos deban ser iguales no implica que se requiera una igualdad exacta. Primero, jueces y jurados siempre logran una justicia aproximada, aun cuando los procesos son enjuiciados individualmente. En procesos colectivos no se necesita mayor precisión. Segundo, el abogado de un proceso colectivo puede desarrollar su caso de manera diferente a como lo haría un abogado litigando una pretensión individual (por ejemplo, destinando más recursos a la localización y presentación de prueba). Si la elección del enfoque dado al caso influye al jurado, los veredictos en ambos contextos pueden diferir. Por último, usualmente es imposible saber si la igualdad exacta fue alcanzada ya que uno raramente tiene acceso a la información necesaria para determinar eso.

*Comentario f.* La promediación de daños es una marca distintiva de los procesos de masa, lo que nosotros caracterizamos bajo el término a veces peyorativo de “justicia aproximada”. Ello ocurre cuando un plan de asignación minimiza la importancia de diferencias existentes entre pretensiones (diferencias que pueden o podrían afectar el valor esperado de tales pretensiones en juicio), o bien ignora enteramente tales diferencias. Ver, por ejemplo, John C. Coffee, Jr., *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, 54 U. Chi. L. Rev. 877, 917

## Capítulo 1

(1987). “Los planes de asignación utilizados en acciones de clase inevitablemente involucran algún grado de promediación del daño”. Charles Silver & Lynn A. Baker, *I Cut, You Choose: The Role of Plaintiffs’ Counsel in Allocating Settlement Proceeds*, 84 Va. L. Rev. 1465 (1998). Lo mismo es cierto en los acuerdos transaccionales sobre daños masivos, donde las grillas y fórmulas de asignación comúnmente reúnen personas cuyas pretensiones difieren de alguna manera en tamaño o fortaleza. Por ejemplo, el Vioxx Settlement Calculator, disponible en <http://www.officialvioxxsettlement.com/calculator/> (última visita el 11 de Agosto de 2013), contiene sólo cinco categorías de uso de Vioxx en el tiempo, aun cuando la extensión temporal en el uso es una variable continua y podría haber sido fraccionada en graduaciones mucho más precisas.

El uso extendido de grillas y fórmulas de asignación en acuerdos transaccionales celebrados en acciones de clase o en procesos de daños masivos es un esfuerzo práctico para enfrentar la inherente tensión entre “el bien de todos” y “el bien del individuo” en los procesos colectivos. Aun cuando en teoría es posible diseñar fórmulas de honorarios que alienten a los abogados de grupos a recomendar en los acuerdos el establecimiento de asignaciones que den a cada persona una parte más precisa del total obtenido, en la práctica los problemas de información son abrumadores. Estos problemas ocurren, por ejemplo, cuando los individuos padecieron exposiciones dañosas que aun no se han manifestado o cuando hay pretensiones subjetivas de daño moral particularizado. Ver Paul Edelman, Richard A. Nagareda & Charles Silver, *The Allocation Problem in Multiple-Claimant Representations*, 14 Sup. Ct. Econ. Rev. 95 (2006). Por ello son necesarios otros medios para asegurar que tanto la búsqueda del bien común como la justicia para el individuo reciban un peso apropiado. Estos medios incluyen regulaciones de honorarios atadas a fondos comunes de recupero, sub-clases (cuando los conflictos intra-clase son grandes), comunicación y reglas de votación para los acuerdos transaccionales, como se discute en el Capítulo 3. Las dos razones más comunes para la promediación del daño son, por un lado, que en casos de menor cuantía el costo de distribuir el valor de cada pretensión individual no estaría justificado, y por otro lado, que en los grandes casos resulta difícil obtener un preciso cálculo del monto exacto que correspondería a cada individuo sin una audiencia de prueba completa.

Aun cuando hay una tendencia a pensar que la justicia obtenida es una justicia aproximada más en los procesos colectivos que en los procesos individuales, de hecho la justicia aproximada es la regla en todos lados. En casos de representación individual, los actores que triunfan en juicio a menudo reciben

## Capítulo 1

montos mucho menores que las indemnizaciones establecidas por los jurados. Un estudio de pretensiones cerradas en Texas encontró en los acuerdos transaccionales un descuento promedio que excede el 50%, y descuentos mucho más grandes en casos enjuiciados donde se discutían las indemnizaciones más altas. David A. Hyman, Bernard Black, Kathryn Zeiler, Charles Silver & William M. Sage, *Do Defendants Pay What Juries Award? Post-Verdict Haircuts in Texas Medical Malpractice Cases, 1988-2003* J. Empirical Legal Stud. 3 (2007). El procedimiento de monetizar las pérdidas de los reclamantes también involucra inherentemente juicios y aproximaciones subjetivas. Uno podría razonablemente argumentar que las grillas y fórmulas utilizadas en acuerdos transaccionales colectivos sólo hacen más abierto y transparente un procedimiento que ocurre en todos los tipos de representación que terminan con pagos. Las preocupaciones sobre justicia aproximada en procesos colectivos pueden a menudo reflejar la franqueza con que las distinciones son hechas en estos procesos.

*Comentario h.* Para discusiones y ejemplos de acciones de clase pasivas, ver Robert R. Simpson & Craig Lyle Perra, *Defendant Class Actions*, 32 Conn. L. Rev. 1319 (2000); Note, *Defendant Class Actions*, 91 Harv. L. Rev. 630 (1978). Sobre estrategias defensivas utilizadas por organizaciones religiosas, ver Patrick J. Schiltz, *Defending the Church*, 29 No. 3 Litig. 19 (2003). Sobre el poder de los jueces para designar patrocinantes principales y comités de abogados para los demandados, ver Manual for Complex Litigation (Fourth) § 10.22 (2004).

*Comentario i.* Sobre estrategias para manejar problemas de contribución e indemnización generados por acuerdos transaccionales parciales, ver Manual for Complex Litigation (Fourth) § 13.13 (2004).

### § 1.05 Asegurando una adecuada representación

- (a) En procesos colectivos los jueces pueden limitar el control que las partes y las personas representadas tienen sobre la litigación de pretensiones o defensas.**
- (b) Cuando el control de los procesos colectivos es limitado, los jueces deben asegurar que las partes y las personas representadas sean adecuadamente representadas.**
- (c) A fin de promover una adecuada representación, los jueces pueden:**

## Capítulo 1

- (1) **hacer cumplir los acuerdos entre partes con relación al modo de conducir el litigio;**
- (2) **otorgar a las partes nominales que tienen altos intereses en juego el control sobre las decisiones del litigio;**
- (3) **hacer cumplir los deberes fiduciarios que recaen sobre las partes nominales y sus abogados;**
- (4) **designar un patrocinio letrado competente;**
- (5) **utilizar incentivos financieros, incluyendo pago de honorarios y bonos de incentivo, para recompensar el buen cumplimiento de su trabajo;**
- (6) **requerir notificaciones y otras comunicaciones;**
- (7) **permitir la opción de excluirse del proceso; y**
- (8) **emplear técnicas de gestión de casos tales como la separación de pretensiones, la creación de sub-clases, la coordinación y la consolidación.**

### Comentario:

*a. Alcance.* Esta Sección se enfoca en una característica estructural común de todos los procesos colectivos: la pérdida de control sobre el litigio por parte de personas cuyos intereses se encuentran allí en juego. Todos los procesos colectivos permiten a los gestores, típicamente abogados pero algunas veces también las partes nominales o representativas, influenciar o controlar el progreso del litigio, afectando los intereses de diversos participantes además de los suyos propios. Debido a que los principales pierden control cuando los gestores del litigio son empoderados, los procesos colectivos generan temores de inadecuada representación. Para enfrentar estos temores los jueces deben usar una variedad de herramientas a fin de alentar a los gestores del litigio a perseguir los intereses de sus principales, adhiriendo al mismo tiempo a las normas usuales y de costumbre sobre neutralidad judicial. Esta sección identifica algunas herramientas disponibles y explica como pueden ser utilizadas.

*b. Los jueces pueden limitar el control que las partes y las personas representadas tienen sobre el litigio.* Procesos con pequeños números de actores y demandados (a menudo sólo uno de cada lado) configuran el grueso de las acciones promovidas en cortes estatales y federales. Usualmente, estos procesos son lineales. Debido a que ellos involucran una única transacción y pocas cuestiones discutidas, es probable que se desarrolle poco *discovery* y que la resolución del caso resulte a menudo fácil.

## Capítulo 1

Cuando las partes son pequeñas en número, el control del litigio usualmente también procede en forma lineal. Las partes deciden cómo se desarrollará el proceso. El caso paradigmático puede ser una disputa contractual que involucra dos empresas, las cuales cuentan con establecidas relaciones con abogados, experiencia en litigio y suficientes recursos para afrontar el costo del caso. Aquí, las partes consideran principalmente sus propios intereses y los agentes por lo general llevan adelante sus deseos. El control no es perfecto. Los intereses de los abogados nunca está alineados exactamente con los intereses de los clientes, y los abogados siempre tienen alguna libertad para gestionar los procesos como piensan que es mejor, aunque más no sea porque los clientes no pueden supervisar cada uno de sus movimientos. Pero el litigio generalmente procede sin inconvenientes y el sistema confía en cada parte para custodiar sus propios problemas de control. La gestión judicial aparece en escena principalmente cuando surgen cuestiones entre partes opuestas y éstas no pueden ponerse de acuerdo entre ellas.

Cuando el número de partes o personas representadas es grande, en cambio, surgen problemas que requieren gestión judicial respecto de personas cuyos intereses son nominalmente los mismos. Por ejemplo, cuando se encuentran tramitando múltiples procesos relacionados, la duplicación de esfuerzos puede ser un problema significativo pero ni las partes ni sus abogados pueden estar en condiciones de evitarla. En las acciones de clase surge el problema de cómo alentar inversiones apropiadas en el marco del litigio, así como también el problema de asignar las sumas obtenidas de manera justa entre las personas representadas.

En los procesos colectivos, los jueces pueden enfrentar estos problemas y otros empoderando a ciertas partes o abogados para controlar el litigio, recompensándolos por su comportamiento apropiado, imponiendo deberes sobre ellos y revisando su trabajo. Por ejemplo, los jueces pueden designar actores y abogados líderes o principales, subordinando así a otros actores y abogados a cumplir roles menores. La extensión del poder de los jueces para gestionar el litigio puede variar de un tipo de proceso a otro. Históricamente, los jueces han tenido un extenso poder para gestionar acciones de clase, pero menos poder para gestionar otras agregaciones. Sin embargo, en años recientes los jueces han expandido su autoridad para gestionar agregaciones que no asumen la forma de acciones de clase y las diferencias entre tipos de procesos colectivos se han desvanecido. Por ejemplo, recientemente los jueces han comenzado a importar procedimientos de gestión de acciones de clase hacia litigios multidistritales, incluyendo procedimientos relacionados con la designación del patrocinio letrado y con la regulación de honorarios

## Capítulo 1

de los abogados. Para hacerlo, han argumentado sobre algunos paralelos entre los litigios multidistritales y las acciones de clase. De esta manera, procedimientos al estilo acción de clase han comenzado a ser utilizados en procesos de daños masivos cuando las acciones de clase no podrían ordinariamente ser certificadas.

*c. Los jueces deben asegurar que las partes y las personas representadas son representadas adecuadamente.* Los procesos colectivos pueden dañar a las partes y personas representadas con una representación inadecuada. Muchos factores contribuyen a esto. Por ejemplo, debido a que cada participante individual cuenta por un pequeño porcentaje del monto total obtenido, un reclamante individual puede tener poco incentivo para monitorear el modo en que se conduce el litigio. También debido al hecho que los participantes individuales son una pequeña parte del total del litigio, un abogado puede no tener incentivo suficiente para cuidar que aquéllos sean tratados justamente. Cada participante debe también compartir el control con otros y dividir con ellos costos y beneficios. La necesidad de compartir puede crear conflictos de interés.

Las partes y reclamantes algunas veces utilizan contratos para decidir como quieren que sean tramitados los procesos colectivos. Como regla general, las cortes deben respetar tales acuerdos. Ver §§ 3.15–3.18 (discutiendo acuerdos transaccionales colectivos). En ausencia de contratos o bien cuando los contratos son deficientes, los jueces deben tomar medidas para asegurar una adecuada representación. Algunas veces hay estatutos que autorizan a los jueces a aplicar procedimientos útiles. En acciones de clase que involucran acciones y otros valores bursátiles, por ejemplo, hay una preferencia estatutaria por actores líderes con grandes intereses en juego, quienes deben seleccionar y contratar el patrocinio letrado para la clase y monitorear el progreso del caso. El lenguaje estatutario crea una presunción a favor del abogado seleccionado por el actor y del arreglo que fije la compensación de aquél. Pero también exige a los jueces revisar dichas decisiones y evitar que se produzcan abusos. Las reglas procesales también empoderan a los jueces para mejorar la calidad de la representación. La regla federal que rige las acciones de clase autoriza a los jueces a designar un patrocinio letrado competente y a establecer términos y condiciones en materia de honorarios al inicio del litigio (cuando las compensaciones por honorarios se encuentran autorizadas por otra ley). El establecimiento de honorarios por orden judicial al inicio o cerca del inicio del litigio puede motivar a los abogados de la clase a proveer una celosa representación, tal como ocurre con el establecimiento de honorarios contingentes al inicio de los casos de daños ordinarios. Ver

§ 3.13, Comentario *c*. En ocasiones, los jueces usan sus poderes inherentes para gestionar el litigio. En las consolidaciones multidistritales federales no hay una regla o estatuto que expresamente autorice a los jueces a designar o compensar abogados líderes, pero ha surgido una costumbre de hacerlo. En todas estas situaciones, el objetivo es asegurar una adecuada representación, sin la cual los litigantes no pueden ser vinculados por la decisión a tomarse, y al mismo tiempo perseguir que se haga justicia conforme a derecho de modo más eficiente o justo.

El requisito de adecuada representación es una criatura de debido proceso que existe en las acciones de clase y en otros procesos representativos donde las partes participan del juicio en beneficio de otros. Una parte puede ser vinculada por la decisión cuando ha sido notificada y ha tenido oportunidad de ser escuchada. Hablando en términos generales (y excluyendo específicamente los procesos penales y casos especiales que involucran personas con capacidad deficiente), fuera de los procesos representativos el derecho generalmente asume que las partes siempre se representan adecuadamente a ellas mismas. Esta presunción puede ser incorrecta en procesos colectivos que no asumen la forma de acciones de clase debido a incentivos deficientes, conflictos de interés u otras razones. Esta Sección no cambia el derecho en torno a la noción de debido proceso legal, pero sí alienta a los jueces a asegurar que todas las partes y personas representadas sean representadas adecuadamente.

*d. Herramientas disponibles para alentar una adecuada representación.* La doctrina sobre gobierno corporativo ha identificado muchas fuerzas y mecanismos que pueden ayudar para alentar a los gestores a administrar bien las empresas, incluyendo mercados de capital, daños a la reputación motivados en fracasos de negocios, esfuerzos de agentes para vincularse de modo más cercano con sus principales, el mercado de control corporativo, deberes fiduciarios, incentivos financieros, supervisión por terceras partes, y empoderamiento de los tenedores de acciones. Muchas de estas fuerzas y mecanismos tienen analogías que están o pueden ser desplegadas con efectos beneficiosos en los procesos colectivos.

Esta Sección identifica algunas de las herramientas que los jueces pueden utilizar en procesos colectivos para alentar una adecuada representación. No todas ellas se encuentran disponibles en todos los casos. Por ejemplo, en las acciones litisconsorciales masivas las co-partes contratan directamente sus abogados. Los jueces ordinariamente no son libres para reemplazar a los abogados elegidos por otros abogados. Y tampoco cuentan ordinariamente

## Capítulo 1

con el poder para modificar los términos que las co-partes acordaron pagar como compensación. Estas herramientas están limitadas a consolidaciones multidistritales, acciones de clase y otros procesos donde los jueces son llamados a designar abogados o establecer su compensación.

### Ejemplos:

1. Comprador A promueve una acción de clase contra Vendedores X, Y y Z, alegando violaciones a la libre competencia. Luego de que se esparcieran la noticia del inicio del proceso, Comprador B interviene y solicita ocupar la posición de actor nominal en lugar de A. Comprador B sostiene que es el mayor comprador directo del producto en cuestión, sufrió los daños más grandes y tiene en juego el riesgo financiero más importante en el éxito del caso. La corte tiene discreción para designar a B, si tal designación mejoraría la calidad de la representación proveída a la clase.

*e. Cuando es posible, poner a cargo del litigio a partes nominales con grandes intereses en juego.* El estatuto que regula las acciones de clase en materia de fraude accionario requiere a los jueces otorgar el control del litigio al “actor más adecuado”. Existe una presunción de que el “actor más adecuado” es la persona que sufrió la mayor pérdida.

En muchas acciones de clase, el tamaño de las pretensiones varía demasiado poco como para afectar la elección del actor. Esto es así, por ejemplo, cuando las pretensiones de todas las personas representadas son pequeñas. A veces, en cambio, ciertos miembros de la clase tienen en juego intereses mucho más grandes. En este contexto, tener un actor con un gran interés en juego puede ser una ventaja, especialmente si éste es una persona versada en asuntos de negocios. Cuando se sabe que el tamaño de las pretensiones puede variar, los jueces deben alentar a aquellos abogados que quieren ser designados como patrocinantes líderes para que obtengan al menos un cliente con una pretensión de importancia.

*f. Deberes fiduciarios.* Siendo agentes en el derecho común, los abogados tienen deberes fiduciarios frente a sus clientes y actúan sujetos a su control. Una consecuencia de esto es que un abogado no puede ayudar a un cliente si al hacerlo daña a otro. Otra consecuencia es que un abogado no puede desoír la instrucción de un cliente y continuar representándolo.

Las representaciones colectivas generan tensiones con el deber fiduciario y el deber de obedecer. Un abogado líder debe actuar en beneficio de todas

## Capítulo 1

las partes y personas representadas, incluyendo aquellas que no son clientes individuales con los cuales tal abogado tiene una relación contractual directa. Un abogado líder también puede tener que desobedecer una instrucción que proviene de un cliente con quien tiene contrato si esa instrucción, de acuerdo con el juicio profesional del abogado, entra en conflicto con los mejores intereses del grupo. En un caso exitoso, un abogado líder puede tener que ayudar a diagramar un plan para asignar y distribuir lo obtenido en un acuerdo transaccional entre personas con intereses en conflicto.

Hasta cierto grado, entonces, un abogado líder puede operar en un proceso colectivo sin las usuales ataduras de lealtad y obediencia. Aun así, el deber fiduciario mantiene algún contenido. Este deber requiere al abogado tomar todas las medidas que razonablemente tengan potencial para mejorar la situación de una o más partes o personas representadas sin dañar a otras. Negociar en pos de obtener el mayor fondo posible en el marco de un acuerdo transaccional normalmente satisface este criterio, así como también preparar el caso para juicio de forma tal que pueda generar la mayor compensación posible. También se prohíbe a un abogado líder avanzar sus propios intereses actuando en detrimento de las personas en cuyo beneficio fue empoderado para actuar.

### Ejemplos:

2. Los Abogados I, O, y P ejercen la profesión en Indiana, Ohio y Pennsylvania, respectivamente. Ellos representan contra Fabricante a cientos de clientes con pretensiones relacionadas por exposición al amianto. Luego remiten los casos a Abogado T, quien ejerce la profesión en Texas. Todos acuerdan compartir honorarios con T y satisfacer los requisitos relacionados con las remisiones de casos. A menos que se hubiera acordado de otra manera con los clientes, los Abogados I, O y P continúan debiendo a tales clientes los usuales deberes profesionales, y Abogado T tiene para con los clientes que le fueron remitidos todos los deberes profesionales usuales.
3. Misma situación que en el Ejemplo 2, excepto que en lugar de remitir los casos a Abogado T, los Abogados I, O y P contratan a T para negociar acuerdos con Fabricante, acordando pagar a T el cinco por ciento de sus honorarios. Los abogados I, O y P tienen frente a sus clientes los deberes profesionales usuales. Abogado T puede tener deberes sólo para los clientes, sólo para los Abogados I, O y P, o para ambos, dependiendo de la naturaleza y los tér-

## Capítulo 1

minos de su acuerdo con I, O y P. Los abogados I, O y P pueden contratar a T sin establecer relaciones cliente–abogado entre T y todos los clientes de aquéllos.

4. Misma situación que en el Ejemplo 2, excepto que los casos que están siendo gestionados por los Abogados I, O y P se encuentran consolidados en una única corte de distrito federal por orden del Panel Judicial de Litigio Multidistrital. A partir de allí, el juez de la corte receptora de los casos designa a Abogado T, quien también tiene casos allí, para la posición de abogado líder. Abogado T deviene en fiduciario de todos los actores y demandados en el proceso consolidado y no puede usar su posición para enriquecerse a expensas de éstos.

En lo que respecta al deber fiduciario, entonces, los procesos tradicionales difieren de los procesos colectivos en que éstos últimos requieren que los abogados hagan algunas concesiones. Por esta razón, los procesos colectivos también típicamente contienen salvaguardas que no se encuentran en los procesos tradicionales, las cuales están orientadas a asegurar que tales concesiones se realicen apropiadamente. En una acción de clase, el abogado que ayuda a diseñar un plan de asignación y distribución del producido en el proceso debe presentar este plan para que obtenga aprobación judicial y debe permitir a los miembros de la clase formular comentarios sobre el mismo. En un proceso masivo, el abogado debe obtener la aprobación de los clientes de acuerdo con alguna regla de votación colectiva. Ver § 3.17. Reconociendo que el deber de lealtad se encuentra necesariamente en estado de tensión en los procesos colectivos, otras herramientas son también empleadas.

La comunicación es una herramienta importante para enfrentar los alejamientos o desviaciones de los deberes fiduciarios ordinarios, tan comunes en las representaciones colectivas. Por ejemplo, un abogado que representa a muchos actores con causa en contratos de representación separados puede tener la opción de enjuiciar primero uno de los casos. El abogado debe seleccionar el caso con mayor potencial para incrementar el valor de todo el grupo de pretensiones; esto es, el abogado debe elegir el caso a enjuiciar con la finalidad de perseguir el bien de todos. Al hacer esto, el abogado no violaría ningún deber fiduciario, aun cuando la elección pueda involucrar alguna concesión. Muchos clientes pueden desear ser el primero (o pueden tener ventaja por ser el primero), pero sólo uno puede serlo. El deber fiduciario no impide al abogado seleccionar para el primer juicio aquel cliente que,

## Capítulo 1

de acuerdo con el criterio razonable del abogado, tiene mayor probabilidad de maximizar el valor de todas las pretensiones dentro del grupo. Sin embargo, el abogado debe ordinariamente comunicarse con todos los clientes para informarles sobre la necesidad de elegir un caso testigo y explicarles, en cuanto sea posible, las bases de la decisión tomada. En el supuesto de seleccionar el cliente para el primer juicio por otra razón que la identificada aquí, el abogado podría potencialmente incumplir un deber fiduciario ya que estaría eligiendo entre sus clientes sobre una base que no los beneficia en su conjunto. Esto puede ocurrir, por ejemplo, si el abogado elige un cliente que le prometió un honorario inusualmente alto sólo por esa razón. La situación que involucra dentro del grupo a un actor con derecho preferencial para el juicio por razones de salud genera consideraciones diferentes que no son tratadas en este Comentario.

*g. Seleccionar un patrocinio letrado competente.* Las reglas procesales y los precedentes relacionados requieren a los jueces evaluar la competencia de los abogados que buscan ser designados como patrocinantes legales de la clase. Si bien este requisito no existe en otros procesos colectivos, las consideraciones que lo justifican en las acciones de clase también aplican en otros contextos y los jueces, entendiblemente, prefieren designar también allí a destacados abogados para roles de conducción.

Muchos criterios influyen sobre la adecuación del patrocinio letrado líder o principal, incluyendo la trayectoria de éxito en litigios previos, el número de clientes representados y el tamaño de sus intereses, y la habilidad de tales abogados para financiar el litigio. Los jueces pueden requerir presentaciones concernientes a estos criterios y otros, y pueden proceder a revisarlos privadamente para evitar el descubrimiento de información sensible que de alguna manera pueda avergonzar al abogado o comprometer el producido de su trabajo.

*h. Honorarios y bonos de incentivo.* Cuando contratan a sus representantes en forma directa, los principales a menudo usan acuerdos de compensación para motivarlos a realizar bien su tarea. Los clientes que compran en el mercado de servicios legales hacen esto cuando contratan abogados. Frecuentemente, los clientes que buscan representación para actuar como actores ofrecen a los abogados porcentajes contingentes de honorarios, mientras que los clientes que buscan representación para actuar como demandados pagan a los abogados por hora o usan otros métodos. La decisión de los actores de utilizar porcentajes contingentes refleja muchos factores, incluyendo el deseo de alinear los intereses de los abogados con los de los clientes, reducir la necesidad del cliente de monitorear la conducción del litigio, y hacer a los abogados responsables

## Capítulo 1

por riesgos asociados con el uso de servicios legales. Estos factores son especialmente importantes cuando los actores tienen dificultades para monitorear en forma directa la conducta de los abogados, como usualmente ocurre.

En acciones masivas, los clientes establecen los honorarios de los abogados en forma directa y siempre pagan porcentajes contingentes. Los jueces normalmente respetan estos acuerdos. En otros procesos colectivos, tales como las acciones de clase, contratar no resulta posible. A pesar de eso, los honorarios deben ser pagados y los costos reembolsados si se pretende que los abogados representen a otros celosamente. Otros deben establecer los honorarios de los abogados cuando los clientes no pueden hacerlo. Históricamente, los jueces establecen términos de compensación en los procesos colectivos. La regla federal de acciones de clase reconoce esta responsabilidad explícitamente. En acciones de clase que involucran acciones y otros valores bursátiles, el Congreso trasladó el control primario de los honorarios hacia los actores nominales y otorgó a los jueces un rol de supervisión para asegurar que los abogados líderes o principales no sean pagados en exceso.

Debido a que los honorarios tienen un significativo potencial para armonizar los intereses de abogados y personas representadas, los jueces pueden ayudar a asegurar una adecuada representación mediante la sabia elección de fórmulas de compensación. En este esfuerzo, los jueces deben guiarse por el mercado privado; deben intentar emplear los mismos acuerdos sobre costos y honorarios que las personas representadas hubieran usado en caso de haber podido contratar directamente a los abogados. Esto requiere el uso de compensaciones en modo de porcentajes contingentes para las representaciones de actores. También apoya fuertemente la necesidad de establecer el modo de calcular los honorarios del litigio tan temprano como sea posible. Ver § 3.13(d).

Sin embargo, ningún arreglo de honorarios puede alinear en forma perfecta los intereses de representantes y principales porque un representante siempre recibe sólo una fracción en retorno de su trabajo y puede forzar al principal a afrontar todo o parte del costo de un pobre rendimiento. Consecuentemente, bajo cualquier arreglo de honorarios pueden surgir oportunidades para que el representante se beneficie a sí mismo empleando menos esfuerzo o afrontando menos riesgo del que racionalmente quiere el principal. Para asegurar una adecuada representación, los jueces deben utilizar otras herramientas además de meditados e inteligentes arreglos de honorarios.

Las partes nominales, conductoras del proceso, también deben ser incentivadas para representar bien a las otras. Cuando estas partes tienen grandes

## Capítulo 1

intereses que se superponen fuertemente con los intereses de las personas representadas, el interés propio debe motivar una buena representación. Al actuar de manera beneficiosa para ellas mismas, estas partes benefician a otros automáticamente. Aun así, sin embargo, puede no ser deseable alentarlas a asumir cargas que ordinariamente no hubieran asumido si sólo se encontraran en juego sus intereses. Aun una persona con gran interés en el caso puede no querer monitorear de cerca a los abogados en un litigio que dura años.

Los jueces han alentado a las partes nominales a invertir más fuerte en el litigio al reembolsarles los gastos en que hubieran incurrido y pagarles el tiempo empleado de acuerdo con tarifas por hora razonables. Esta práctica tiene una justificación económica simple. Parte de la justificación es comparable con la práctica, común en muchos estados, de proveer bonos de incentivo a los actores nominales y otros miembros de la clase cuya participación contribuya de modo importante para obtener un resultado exitoso. Es que se trata de personas que en ocasiones deben cargar con responsabilidades adicionales y enfrentar la posibilidad de demandas y consecuencias adversas por haber sido parte nominal en el litigio. Estos bonos, sin embargo, no deben ser un incentivo para asegurar el consentimiento de las partes líderes o los miembros nominales de la clase sobre bases adversas a los intereses de todo el grupo en su conjunto.

*i. Requerir notificación y otras comunicaciones.* Los avances tecnológicos han hecho más fácil y menos costoso para los abogados comunicarse con clientes y miembros de la clase. Muchos abogados hoy consideran a la comunicación vía e-mail y sitios web como técnicas estándares de práctica. Postean importantes documentos online, proveen actualizaciones periódicas del progreso del litigio, comentan sobre la cobertura de prensa y difunden ampliamente otra información. A menudo es mucho más efectivo, en términos de costos, comunicarse con los clientes electrónicamente que hacerlo por correo tradicional.

En grandes casos, los abogados también establecen bancos de llamadas a fin de permitir a clientes o miembros de la clase hablar con operadores entrenados para responder sus preguntas. Estas operaciones son mucho más costosas que las comunicaciones electrónicas. Consecuentemente, los abogados usualmente las reservan para cuestiones mayores, principalmente acuerdos transaccionales.

El deber de comunicar requiere a los abogados brindar a sus clientes toda la información que razonablemente necesiten para tomar decisiones informadas. Los abogados que desean conducir procesos colectivos deben

## Capítulo 1

estar preparados para satisfacer este deber. Pocas comunicaciones pueden ser garantizadas en acciones de clase y otros procesos donde las pretensiones individuales son pequeñas y las personas representadas son generalmente pasivas. Mayores niveles de comunicación son apropiados en otros contextos. Ver § 2.07, Comentario *f*.

*j. Permitir la exclusión del proceso.* Usualmente, los clientes pueden deshacerse de sus abogados a voluntad. Algunos procesos colectivos afectan esta capacidad. Por ejemplo, los miembros de la clase ausentes no pueden despedir a los patrocinantes legales de la clase. Tampoco los actores en consolidaciones pueden despedir a los abogados designados por los jueces para asumir roles de conducción, a menos que sea el abogado propio. Debido a que el poder de despedir a los abogados se encuentra afectado, éstos son liberados de la disciplina que impone tal posibilidad. La incapacidad de los clientes para terminar con su representación letrada requiere que las cortes ofrezcan otros medios de escape de las representaciones indeseadas. El mecanismo más común es permitir a los miembros de la clase optar por excluirse de la acción de clase antes de ser vinculados por la sentencia o un acuerdo transaccional.

*k. Utilizar técnicas de gestión de casos para aliviar conflictos significativos.* Existen muchos procedimientos para mejorar la calidad de la representación en los procesos colectivos. Algunos, tales como la consolidación y la cooperación entre jueces de diferentes cortes, trabajan ampliando el alcance de los procesos colectivos. Otros, tales como la separación y la generación de sub-clases, estrechan ese alcance al separar cuestiones o sub-grupos para ser considerados independientemente. Debido a que estos últimos procedimientos reducen las economías de escala generadas por los procesos colectivos, los jueces deben utilizarlos con cautela. La separación y la generación de sub-clases deben generalmente ser utilizados sólo para enfrentar conflictos o cuestiones centrales, o bien para facilitar el desarrollo de cuestiones que, siendo únicas para ciertos individuos, es poco probable que puedan enfrentarse de otro modo.

## NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Un aporte fundamental de la literatura económica en materia de relaciones de mandato es haber demostrado que la titularidad de los bienes y el control sobre su disposición a menudo deben ser separadas para alcanzar economías de escala, tomar ventaja de la división y especialización

## Capítulo 1

del trabajo, soportar riesgos eficientemente, y lograr otras ventajas. Igualmente básico, sin embargo, es el entendimiento de que cuando la titularidad y el control de los bienes se encuentran divididos, los administradores predeciblemente carecen de incentivos para maximizar el valor de los bienes y pueden incluso beneficiarse actuando en detrimento de sus propietarios. Sobre las ventajas y desventajas de la separación entre titularidad y control, ver Eugene F. Fama & Michael C. Jensen, *Separation of Ownership and Control*, 26 J. Law & Econ. 301 (1983); Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, 3 J. Fin. Econ. 305 (1976); Adolf A. Berle & Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property* (1932). Sobre problemas de mandato relacionados con honorarios contingentes en procesos tradicionales, ver Geoffrey Miller, *Some Agency Problems in Settlement*, 16 J. Legal Stud. 189, 198–202 (1987). Sobre procesos colectivos, ver John C. Coffee, Jr., *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions*, 86 Colum. L. Rev. 669, 712–713 (1986). Esta Sección aborda el problema del fracaso del mandato en los procesos colectivos, establece a la adecuada representación como una meta, e identifica herramientas que pueden ser usadas para colaborar en su aseguramiento.

Normalmente, los procesos tienen efectos preclusivos sólo sobre las partes. Sin embargo, algunos procesos también vinculan a no-partes cuando éstas son adecuadamente representadas. Ver, por ejemplo, *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940) (discutiendo el requisito de adecuada representación en las acciones de clase). Ver también § 1.02 (discutiendo la superposición de intereses requerida en las acciones *parens patriae* para precluir procesos subsiguientes iniciados por individuos). Un deber de adecuación también existe en otros procesos donde las personas representadas pueden ser vinculadas. Esto ocurre, por ejemplo, en procesos promovidos por fiduciarios convencionales, tales como fideicomisarios. Ver Restatement Second of Judgments § 41, Nota de los Reporteros (“[L]os fiduciarios convencionales tienen un deber de adecuada representación comparable con el que se requiere en un proceso de clase.”); id. § 42 (“Una persona no está vinculada por una sentencia a favor o en contra de una parte que pretende representarla si. . . [e]l representante no tramita o defiende el caso con debida diligencia y prudencia razonable, y la parte contraria estaba enterada de los hechos que tornan evidente esa falla”); 18A Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Edward H. Cooper, *Federal Practice and Procedure* § 4454, 444 (3d ed. 2005) (“Una li-

## Capítulo 1

mitación final respecto de la preclusión por representación requiere que el representante alcance un mínimo nivel de adecuada representación”).

El reconocimiento de la importancia de la adecuada representación en diversos contextos sugiere una subyacente “teoría de preclusión de no-partes que es a menudo identificada como ‘representación virtual[,]’” cuya forma más amplia “precluiría la posibilidad de relitigar cualquier cuestión que hubiera sido enjuiciada adecuadamente por una persona que compartía una identidad sustancial de intereses con la no-parte”. Id. § 4457 p. 512. Puede decirse que la nota del Reportero al Restatement Second of Judgments § 41 abraza esta teoría, y que identifica al derecho de las acciones de clase como su fuente. Por ejemplo, esa teoría sostiene que “el asunto de la representación de titulares de intereses futuros está integrado con los procesos de clase, en los cuales el representante es reconocido como tal por la similitud de su situación con respecto a la de la persona representada”.

Al argumentar que una semejanza profunda con las acciones de clase cuenta para la práctica de vincular titulares de intereses futuros por los resultados obtenidos en procesos que involucran titulares de intereses actuales, el Restatement Second of Judgments pretende desviarse del camino trazado por el primer Restatement, del cual se decía que atribuía la vinculatoriedad a la naturaleza de la propiedad. Ver Restatement Second of Judgments § 41, Nota del Reportero (sosteniendo que “[e]l reexamen de las autoridades [citadas en el Restatement of Judgments § 87]. . . indica que la preclusión de los titulares de intereses futuros estaba basada en el concepto representativo más que en la doctrina propia de intereses futuros como tales”). De hecho, la posición tomada en el Restatement Second es menos novedosa de lo que pueda parecer. El primer Restatement también conectaba explícitamente la acción de clase y la capacidad para vincular a no-partes con los resultados de procesos sobre tierras y otras propiedades:

[L]a misma política que permite acciones de clase cuando hay una gran clase de posibles litigantes, en orden a prevenir multiplicidad de acciones y dar a la persona amenazada con tales acciones la seguridad de actuar de acuerdo con una determinación judicial. . . opera para permitir a las reglas de la cosa juzgada actuar a favor y en contra de personas que tienen intereses futuros y que no pueden ser hechas parte. En ambas situaciones, personas que no son parte en el proceso son afectadas por la decisión. *Si hay partes del proceso que se encuentran en posiciones tales que, en orden a proteger sus propios intereses, necesariamente protegen los intereses de aquellos que no son parte, quienes son así protegidos resultan vinculados por la decisión.*

## Capítulo 1

Restatement of Judgments § 87, Comentario *a* (énfasis agregado). La fuerte superposición de intereses identificada en la oración puesta en cursiva es un sello distintivo de la adecuada representación, la cual forma el núcleo del derecho de las acciones de clase y de la teoría general de la representación virtual. Ver *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 41–42 (1940) (“Cuando los intereses de aquellos que no forman parte del litigio son de la misma clase que los intereses de quienes sí lo son, y cuando se considera que estos últimos representan justamente a los primeros en la prosecución del litigio sobre las cuestiones en las cuales todos tienen un interés común, la corte procederá a dictar sentencia”); *id.* p. 44 (“Debido al carácter dual y potencialmente conflictivo de los intereses de quienes son partes putativas en el contrato para forzar o resistir su cumplimiento, es imposible decir. . . que todos ellos son de la misma clase. Tampoco puede permitirse sin más a alguno de ellos, teniendo debidamente en cuenta la protección de los derechos de las partes ausentes que exige el debido proceso, estar en juicio por todos”). Evidentemente, los autores del primer Restatement también reconocieron la aparición de un conjunto general de principios gobernando la capacidad de vincular a no-partes, siendo la adecuada representación el principal requisito para ello.

El principal tratado de derecho procesal mira con sospecha la teoría general de la representación virtual y previene contra ella, advirtiendo que “[l]a adopción de la teoría” en su forma más amplia “podría expandir la preclusión de no-partes mucho más allá de la práctica actual”. 18A Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure* § 4457 p. 512. Luego de notar que “[l]a teoría de la representación virtual tiene obvios lazos no sólo con las doctrinas generales de preclusión de no-partes sino también con la preclusión de las acciones de clase”, el tratado destaca que “el proceso de acción de clase provee muchas salvaguardas explícitas diseñadas para asegurar una adecuada representación” y que “[l]a teoría de la representación virtual”, en contraste, “no tiene salvaguardas explícitas”. *Id.* p. 514. Otros doctrinarios están de acuerdo con esto. Ver, por ejemplo, Howard M. Erichson, *Informal Aggregation: Procedural and Ethical Implications of Coordination among Counsel in Related Lawsuits*, 50 *Duke L.J.* 381, 458–464 (2000) (argumentando contra la “aplicación expansiva de la doctrina de representación virtual [contra no-partes] basada en agregación informal”, la cual facilitaría “eludir las protecciones construidas dentro de los mecanismos formales de agregación, especialmente la regla de acción de clase”).

Al hacer de la adecuada representación una meta en todos los procesos colectivos, esta Sección no crea un requisito de adecuada representación de

## Capítulo 1

“libre utilización”. Por ejemplo, no requiere a los jueces forzar procedimientos de notificación utilizados en acciones de clase para aplicarlos a partes de acciones masivas que no eligieron emplear tal mecanismo. Las partes generalmente deben confiar en los arreglos consensuales con sus propios abogados y en los deberes de derecho común para proveer a la representación de la calidad que desean. Esta Sección tampoco alienta a los jueces para obviar acuerdos celebrados entre partes, o entre partes y abogados, dirigidos a regir el progreso de la representación. Un juez que cree que un acuerdo particular para manejar una representación es imprudente ciertamente puede manifestar su opinión al respecto, pero no surge de esta Sección ningún deber de obviar ni invalidar tal acuerdo. Esta sección no se ocupa de establecer si un deber del género surge con motivo de otras leyes, tales como aquellas que gobiernan a los abogados.

*Comentario b.* En la práctica, cuando existen grandes números de pretensiones relacionadas, la elección no se da entre agregación y procesos individuales con altos grados de control sino, en cambio, entre agregaciones informales y agregaciones formales, donde siempre el control se encuentra necesariamente afectado. Ver Howard M. Erichson, *Informal Aggregation: Procedural and Ethical Implications of Coordination Among Counsel in Related Lawsuits*, 50 Duke L.J. 381, 465–466 (2000) (“Dado el poderoso impulso a coordinar, evidenciado tanto por actores como demandados en una gran variedad de litigios, la verdadera autonomía del litigante puede ser irrealizable en muchas situaciones que involucran múltiples pretensiones relacionadas. . . En otras palabras, los beneficios de la agregación formal pueden llegar sin demasiada pérdida de la autonomía de los litigantes, dada la extensión con que los abogados coordinan de todas maneras”).

El control varía en las distintas formas de litigio.

[C]ada litigante en un proceso que no sea de clase tiene una relación individual abogado-cliente con el abogado que contrató. En los procesos que no son de clase, continúa la explicación, los litigantes y sus abogados toman decisiones sobre la conducción del litigio y el curso de las negociaciones para arribar a un acuerdo transaccional. . . En teoría, el cliente en un proceso que no es de clase puede proteger sus propios intereses indicando sus objetivos, monitoreando la conducta de su abogado, y, sobre todo, tomando sus propias decisiones sobre sí, y en su caso bajo qué términos, celebrar un acuerdo transaccional. En una acción de clase, los miembros de la clase ausentes carecen de tal capacidad para proteger sus propios intereses. Es por ello que las acciones de clase proveen una serie de salvaguardas procesales, in-

**Capítulo 1**

cluyendo la supervisión judicial de acuerdos transaccionales y honorarios, así como también el requisito de la representatividad adecuada. Una corte certifica la clase sólo si está convencida de que los representantes de la clase y sus patrocinantes legales representarán adecuadamente a la clase como un todo.

Howard M. Erichson, *Beyond the Class Action: Lawyer Loyalty and Client Autonomy in Non-Class Collective Representation*, 2003 U. Chi. Legal F. 519, 523.

La siguiente tabla clasifica los procesos colectivos de acuerdo con su tendencia a permitir el control de los términos de la representación por parte de las personas que serán vinculadas por la decisión.

**Tabla 1: Tipos de Procesos Organizados por Nivel de Control Ejercido por las Partes y No-partes Actoras y Demandadas**

Extenso Control	Moderado Control	Mínimo Control
Acciones Litisconsorciales	Consolidación dentro de un sólo Distrito	Acciones de Clase
<i>Interpleader</i>	Consolidación Multidistrital	Acciones <i>parens patriae</i>
Representación por un Mandatario	Representación por un Fideicomisario u Otro Fiduciario	Representación Virtual

En los procesos colectivos donde el grado de control es alto, los participantes poseen los mismos poderes y responsabilidades que las partes en los casos tradicionales. En teoría, ellos también pueden establecer términos para una acción colectiva. Cuando el control es mínimo, los participantes (en ciertos casos incluyendo las partes nominales) no pueden decidir cómo serán litigadas sus pretensiones o defensas individuales, así como tampoco cómo será conducido el grupo completo. Usualmente, las personas representadas pueden expresarse sólo restando dentro del proceso o excluyéndose del mismo, promoviendo o negándose a promover pretensiones, y objetando o manteniéndose en silencio. En comparación con las herramientas que las partes poseen en los procesos tradicionales, ninguna de estas opciones resulta especialmente eficaz. Los casos con control moderado acuerdan a los

## Capítulo 1

participantes algunos poderes importantes, pero les niegan otros. Por ejemplo, ellos continúan siendo representados por sus propios abogados y pueden aceptar o rechazar ofertas de acuerdos transaccionales. Pero en ciertos aspectos importantes continúan a merced de otros. No pueden escapar de la agregación, aun cuando ella se produzca contra sus deseos, y, excepto cuando sirven como parte líder, deben aceptar servicios y pagar honorarios de abogados y otras personas sobre las cuales tienen poco poder de control.

La decisión de permitir la agregación a menudo lleva a otras decisiones que limitan el control de los participantes. Por ejemplo, los jueces ante quienes tramitan procesos consolidados a menudo designan abogados para conducir el trámite y les otorgan el control sobre el modo de plantear las pretensiones, desarrollar la etapa de *discovery* y celebrar acuerdos transaccionales. Esta práctica afecta la capacidad de las partes representadas por abogados que no juegan un rol de conducción para controlar tales eventos, y fuerza a todas las partes a formar grupos que no eligieron. Aun así, esto es aceptable cuando y porque es ventajoso.

*Comentario c.* La calidad de la representación es un componente crítico del sistema procesal. Sin ella, el sistema no puede compensar daños ni disuadir conductas ilícitas de manera eficaz. El procedimiento adversarial opera con base en dos premisas. La primera es que los resultados del juicio serán imparciales, lo cual significa que tenderán a dotar a las pretensiones de valores legales apropiados y que las desviaciones de tales valores (errores) no favorecerán sistemáticamente intereses particulares. La segunda premisa es que la predictibilidad de los resultados imparciales del juicio permitirá a las partes contrarias acordar “a la sombra de la ley” en función de precios que reflejan aquellos que las cortes hubieran fijado. Cuando estas premisas se cumplen, el sistema procesal puede generar apropiados niveles de compensación y disuasión de conductas ilícitas en forma automática, esto es, con poca intervención activa de las cortes.

Al decir que el sistema procesal opera sobre la premisa que los valores asignados a las pretensiones son imparciales, no queremos decir que ellos sean siempre correctos. Somos bien conscientes de la doctrina que argumenta que “los que más tienen” salen ganando, y no negamos que los litigantes habituales cuentan con significativas ventajas a la hora del litigio. También reconocemos que muchas pretensiones son demasiado pequeñas para justificar los costos del litigio y que muchos reclamantes con válidas pretensiones no pueden pagar a un abogado si no es con un porcentaje contingente sobre el resultado a obtener. Dos importantes funciones de la agregación buscan nivelar el campo de

## Capítulo 1

juego en el cual actores y demandados compiten y hacer que las pretensiones de escasa cuantía resulten viables al tomar ventaja de las economías de escala.

La necesidad de asegurar una adecuada representación puede ser particularmente grande en agregaciones judiciales. Por ejemplo, los procedimientos que los jueces despliegan en consolidaciones multidistritales, incluyendo procedimientos que asignan responsabilidades por ciertos servicios y distribuyen costos y honorarios, tienen el potencial de influir en la calidad de la representación y deben ser diseñados para alentar una adecuada representación.

Desde la sanción de la Private Securities Litigation Reform Act del año 1995, muchas cortes han reconocido una presunción a favor de la elección del patrocinio letrado y del acuerdo de honorarios celebrado con los abogados por el actor que conduce el proceso. Ver, por ejemplo, *In re Cendant Corp. Litig.*, 264 F.3d 201, 282 (3d Cir. 2001) (proporcionando “una presunción de razonabilidad sobre toda petición de honorarios que encuentre causa en un contrato celebrado entre la parte que conduce el proceso, apropiadamente seleccionada, y el patrocinio letrado que conduce el proceso, apropiadamente seleccionado”, asegurando así “que el actor que conduce el proceso, no la corte, funcione como el agente primario de la clase frente a sus abogados”). Ver también *In re AT & T Corp.*, 455 F.3d 160 (3d Cir. 2006); *In re Rite Aid Corp. Sec. Litig.*, 396 F.3d 294 (3d Cir. 2005); *In re ECVI Career Colleges Holding Corp. Sec. Litig.*, Nos. 05 Civ. 10240 (CM) et al., 2007 WL 2230177 (S.D.N.Y. 27 de Julio de 2007); *Schwartz v. TXU Corp.*, Nos. 3:02-CV-2243-K et al., 2005 WL 3148350 (N.D. Tex. 8 de Noviembre de 2005); *In Re WorldCom Inc. Sec. Litig.*, 388 F. Supp. 2d 319 (S.D.N.Y. 2005); *In re Global Crossing Sec. & ERISA Litig.*, 225 F.R.D. 436 (S.D.N.Y. 2004); *In re Lucent Tech., Inc. Sec. Litig.*, 327 F. Supp. 2d 426 (D.N.J. 2004). El respeto de los acuerdos celebrados entre sofisticadas partes y abogados que conducen el proceso “refleja la realidad que los precios son mejor establecidos por compradores y vendedores negociando en ambientes competitivos”. Charles Silver, *Reasonable Attorneys’ Fees in Securities Class Actions: A Reply to Mr. Schneider*, 20:3 The NAPPA Report 7, 7 (Agosto de 2006).

Sobre el poder de los jueces para designar y compensar a los abogados que conducen la acción en consolidaciones multidistritales, ver *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 10.22 & 22.6 (2004). Para una crítica de las prácticas judiciales emergentes, ver Charles Silver & Geoffrey P. Miller, *The Quasi-Class Action Method of Managing Multi-District Litigations: Problems and a Proposal*, 63 Vand. L. Rev. 107 (2010); para una defensa de la supervisión ju-

## Capítulo 1

dicial sobre agregaciones que no asumen la forma de acciones de clase, ver Samuel Issacharoff, *Private Claims, Aggregate Rights*, 2008 Sup. Ct. Rev. 183.

El poder de los jueces para designar un patrocinio letrado que conduzca la acción (o ratificar la elección efectuada por el actor que conduce la acción respecto del patrocinio letrado de la clase) no debería autorizarlos para dejar de lado la decisión de una parte de contratar un abogado para ella, ni servir como una expansión general del alcance del control judicial sobre las relaciones abogado-cliente. Ese poder tampoco debería ordinariamente autorizar al juez para deshacerse de un abogado que ha sido contratado por una parte. El poder debería estar limitado a la designación y terminación de la relación de aquellos abogados que tienen en su cabeza la responsabilidad sobre y en beneficio de la agregación.

*Comentario d.* Esta Sección identifica las herramientas disponibles para promover una adecuada representación. Las herramientas son costosas de emplear e imperfectas en su operatividad. Consecuentemente, algún nivel de oportunismo puede prevalecer aun cuando todos los medios para combatirlo sean eficientemente desplegados.

La diferencia fundamental entre agregaciones en las cuales los participantes gozan de extenso, moderado y mínimo control concierne a la capacidad de tales participantes para utilizar el mercado de servicios legales y para planificar la acción colectiva por adelantado. En casos que ofrecen extenso control, los participantes pueden elegir sus abogados y planificar, y pueden hacerlo sabiendo que cualquiera puede dar marcha atrás a menos que se logren diseñar acuerdos de trabajo satisfactorios para todos. En escenarios de control moderado, los participantes pueden elegir buenos abogados para representarlos personalmente, pero también son empujados a formar grupos de los cuales no pueden escapar. Estos participantes y sus abogados retienen alguna libertad para decidir cómo tales acciones colectivas involuntarias serán desarrolladas, pero deben negociar con los demás sabiendo que los jueces impondrán orden sobre ellos si no logran llegar a un acuerdo. En escenarios de control mínimo, los participantes no pueden predeciblemente utilizar el mercado o planificar la acción colectiva por adelantado porque sus pretensiones son demasiado pequeñas, porque se encuentran demasiado dispersos, o por otras razones.

En varios casos se han reportado acuerdos para gobernar los derechos y deberes de los clientes entre sí. En *Hayes v. Eagle-Picher Industries*, 513 F.2d 892 (10th Cir. 1975), 18 clientes que tenían el mismo abogado acordaron decidir si celebrar un acuerdo transaccional o no como un grupo y de acuerdo con la regla de la mayoría. En *Abbott v. Kidder Peabody & Co.*, 42 F. Supp. 2d 1046 (D. Col. 1999), un proceso por fraude accionario que

## Capítulo 1

involucraba más de 100 inversores sofisticados, el contrato con sus abogados establecía un control colectivo del proceso efectuado de muchas maneras, incluyendo la gestión por un comité directivo, el compartir costos y honorarios, el establecimiento de una fórmula para dividir los resultados obtenidos en un eventual acuerdo, y la fijación de penalidades para desalentar a quienes desearan salirse del grupo y celebrar acuerdos transaccionales individuales. En *Tax Authority, Inc. v. Jackson Hewitt, Inc.*, 873 A.2d 616 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2005), 154 operadores de franquicias dedicadas a preparar declaraciones de impuestos suscribieron contratos con sus abogados creando un comité directivo para el litigio y estableciendo que la decisión de celebrar un acuerdo transaccional sólo sería tomada por una mayoría calificada de los clientes. Esta limitada experiencia casuística puede haber ayudado a proveer un modelo para el control colectivo y la disposición de procesos colectivos, tal como se discute en § 3.16 y siguientes. Sin embargo, la decisión recién mencionada fue revocada y reenviada por la Suprema Corte de New Jersey en una interesante opinión. La corte determinó que el modo en que los actores habían dispuesto el funcionamiento del comité directivo violaba el modo de aplicación de la regla de acuerdo colectivo, pero aplicó su decisión sólo prospectivamente y confirmó la validez del acuerdo como un asunto de equidad. La corte luego remitió la cuestión de la aplicación de la regla de acuerdo colectivo a la Comisión sobre Reforma de Ética para que ésta procediera a reconsiderarla en forma completa, con un pedido de mayor revisión a ser enviado a la corte. Para fundar este pedido de reexamen, la corte se apoyó expresamente en los comentarios y preocupaciones académicas tratadas en § 3.15 y siguientes. Ver *Tax Auth., Inc. v. Jackson Hewitt, Inc.*, 898 A.2d 512, 521, 523 (N.J. 2006).

*Comentario e.* Las modernas acciones de clase en materia de acciones y otros valores bursátiles operan sobre la premisa que el interés propio motivará a sofisticados actores con considerables sumas en juego para asumir el rol de actores líderes y reducir así los costos de agencia mediante la selección de buenos abogados, la incentivación apropiada de éstos y el monitoreo de su rendimiento. De este modo otros tenedores de acciones pueden descansar sobre los esfuerzos de los actores que lideran la acción, gozando de los beneficios de un litigio bien conducido en beneficio de todos y sin incurrir en costos adicionales significativos.

La idea de que el interés propio puede llevar a partes con considerables sumas en juego a conducir procesos colectivos en buenos términos no se limita al campo de las acciones de clase en materia de acciones y otros valores bursátiles. Ver, por ejemplo, *Sandwich Chef of Texas, Inc. v. Reliance Nat'l*

## Capítulo 1

Indem. Ins. Co., 202 F.R.D. 484, 493–494 (S.D. Tex. 2001) (una acción de clase por fraude fundada en la RICO en la cual la corte efectuó comentarios positivos sobre el gran tamaño de la pretensión del actor nominal), revocado por otros argumentos, 319 F.3d 205 (5th Cir. 2003). Consecuentemente, cuando hay candidatos aptos disponibles, puede ser deseable poner otros procesos colectivos bajo su control también. Obviamente, esta opción no existirá en muchos procesos de defensa del consumidor y otros casos que involucran sólo a participantes con pretensiones de escasa cuantía.

*Comentario f.* Los mandatarios están sujetos a diversos deberes legales, algunos de los cuales derivan de contratos y otros de otras fuentes, tales como el derecho de agencia o mandato. Ver en general Restatement Third of the Law Governing Lawyers. En los procesos colectivos, los abogados y las partes nominales siempre tienen deberes frente a los clientes y otros participantes. La fuente de tales deberes puede encontrarse, entre otros, en contratos, derecho de mandato o agencia, reglas de responsabilidad profesional, reglas de proceso civil, órdenes de cortes y estatutos. Algunos de estos deberes pueden generar pretensiones por daños en caso de ser vulnerados. Otros son efectivizados por las cortes, las cuales pueden, por ejemplo, deshacerse de los abogados que no cumplen con su deber o reducir sus honorarios. Algunos deberes son mayormente exhortativos o aspiracionales. Ellos establecen normas a las cuales los abogados son orientados aun cuando no se encuentren respaldadas por penalidades.

En la relación abogado-cliente con cada participante, el abogado tiene los deberes profesionales usuales -incluyendo lealtad, obediencia, comunicación y confidencialidad- a menos que haya un acuerdo que los limite.

El asunto es más complejo cuando la relación abogado-cliente se da con respecto a algunos participantes pero no con otros. En el caso más simple de este tipo, el abogado tiene los deberes profesionales de costumbre con respecto a los clientes, mientras que con respecto a quienes no son sus clientes tiene todo aquel deber a que se haya comprometido voluntariamente. Por ejemplo, un abogado participando en un grupo de defensa conjunta puede tener un deber de no compartir información recibida de un demandado que coopera pero no es su cliente, o de no utilizar esa información en detrimento de ese no-cliente sin su autorización. Estos deberes son detallados en un contrato y posiblemente suplementados por el derecho común.

En otros procesos colectivos, los deberes de los abogados frente a los no-clientes tienen fuentes no contractuales. En las consolidaciones, los jueces a menudo designan abogados para posiciones de responsabilidad. Estas designaciones empoderan y obligan al mismo tiempo a los abogados elegidos

## Capítulo 1

para actuar en nombre de otras partes, por ejemplo, descubriendo pruebas que todas las partes puedan compartir. La fuente de estos derechos y responsabilidades es el derecho común de las consolidaciones, usualmente derivado en última instancia de reglas o estatutos procesales, el cual permite a los jueces gestionar tales procedimientos. En las acciones de clase, los abogados designados como patrocinantes legales de la clase devienen fiduciarios de todos los miembros de ésta. Ellos pueden incluso adquirir, frente a los miembros ausentes que triunfan, responsabilidades que priman sobre los deberes que tienen con sus propios clientes, las partes nominales. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(g)(1), nota del comité consultivo (“Ser designado como patrocinante legal de la clase significa que la principal obligación de los abogados es hacia la clase más que hacia cualquier individuo miembro de ella. Los representantes de la clase no tienen un derecho irrestricto a despedir a sus patrocinantes legales. En igual sentido, los representantes de la clase no pueden ordenar a quienes patrocinan legalmente a ésta que acepten o rechacen una propuesta de acuerdo transaccional. Por el contrario, los abogados de la clase deben determinar si buscar la aprobación de la corte con respecto a un acuerdo transaccional será en el mejor interés de tal clase como un todo”).

*Comentario g.* Los abogados manejan los procesos colectivos con base en la contingencia: deben ganar para ser pagados. Debido a que los procesos colectivos son costosos, ellos cargan a los abogados con considerables riesgos que son difíciles de diversificar. Un abogado que maneja casos convencionales gestiona una cartera de pequeños riesgos, cada uno de los cuales involucra una pequeña inversión. Aun cuando el resultado de un caso particular podría ser difícil de predecir, puede esperarse que el grupo conformado por todos ellos generará un flujo de ingresos confiable. En contraste, el abogado involucrado en un proceso colectivo gestiona un único riesgo en el cual hay mucho en juego. Pocos abogados pueden afrontar este riesgo y perder más que unas pocas veces. Por tanto, el fracaso debería llevar a los abogados menos calificados fuera del negocio de los procesos colectivos y, para empezar, desalentar a muchos de ellos a la hora de entrar en esta área de práctica.

El derecho de las acciones de clase hace de la experiencia un factor que los jueces deben considerar a la hora de evaluar la adecuación del patrocinio letrado de la clase. Algunos doctrinarios han ridiculizado el criterio de la experiencia, subrayando (correctamente) que la vasta mayoría de los abogados que se ofrecen como candidatos para la posición de patrocinantes legales de la clase tienen antecedentes de suceso en grandes procesos. Esta crítica no muestra que el éxito en procesos anteriores no sea importante.

## Capítulo 1

Más bien muestra que el fracaso (o el temor a fracasar) está achicando el espectro de candidatos, eliminando a los abogados que fallan (o temen fallar).

El punto válido de la crítica al factor de la experiencia es que ésta, por sí sola, a menudo provee una base insuficiente para elegir entre abogados que compiten por el puesto, todos los cuales han logrado acuerdos transaccionales en casos importantes o, muchas menos veces, los han ganado en juicio. Los antecedentes de éxito pueden ser a lo sumo una condición para la designación en el puesto de patrocinante legal de la clase, pero no una condición suficiente.

Los abogados involucrados en procesos colectivos en ocasiones desbarran. Estos abogados pueden ser reemplazados o suplementados por un nuevo patrocinio letrado. En el famoso caso “Agente Naranja”, los abogados inicialmente a cargo de la acción de clase se quedaron sin dinero y pidieron la asistencia de nuevos abogados-inversores, quienes proveyeron una muy necesaria infusión de recursos para litigar. En efecto, los nuevos abogados compraron el control del caso a los viejos abogados asumiendo la responsabilidad por el flujo de fondos del litigio. El precio de compra consistió en (1) compartir los eventuales honorarios contingentes que (de haberlos) recibirían los viejos abogados, más (2) los recursos (incluyendo tanto tiempo como dinero) que los nuevos abogados comprometieron en el caso (los cuales tornaron viable al caso, incrementando el tamaño esperado de (1)), menos (3) los recursos (nuevamente, tanto tiempo como dinero) que los viejos abogados acordaron proveer en el futuro (los cuales también hicieron al caso viable y redujeron la carga sobre los nuevos abogados). El efecto práctico fue que los nuevos abogados adquirieron control de los activos (las pretensiones de los participantes y el producto del trabajo ya realizado) y determinaron cómo serían utilizados de allí en más. El particular acuerdo celebrado para compartir honorarios fue revocado por razones de conflictos de interés. Ver *In re “Agent Orange” Prod. Liab. Litig.*, 818 F.2d 216 (2d Cir. 1987).

Todos los procesos colectivos requieren a los abogados de los reclamantes asumir el riesgo de agotar sus recursos y tener que rogar por ayuda en el mercado de capitales. Debido a que el mercado predicablemente ofrecerá términos pobres, los abogados tienen incentivos para seleccionar los grandes casos con cuidado y planificar sus necesidades económicas por adelantado. Típicamente, la planificación involucra la creación de un equipo de abogados que proveerá diversos insumos, incluyendo recursos suficientes para financiar el caso. Para conformar un equipo, el abogado debe convencer a otros abogados que el caso puede ser litigado hacia una resolución

## Capítulo 1

favorable con el presupuesto asignado. Los equipos de abogados también proveen otras ventajas, incluyendo el monitoreo interno.

*Comentario h.* En muchas representaciones, los honorarios proveen a los abogados el estímulo más fuerte para proveer un servicio de alta calidad. Esto parece bastante claro en representaciones actoras donde los abogados trabajan por un porcentaje contingente en concepto de honorarios. El atractivo de esta forma de fijar los honorarios deriva en gran medida (pero no exclusivamente) de la fortaleza del vínculo que genera entre el interés propio del agente y el bienestar de su principal. Esta conexión hace a los porcentajes contingentes en concepto de honorarios especialmente atractivos para los clientes que, como muchos reclamantes de daños, no pueden evaluar fácilmente la calidad de los esfuerzos de sus abogados y para quienes las cargas de monitorear qué nivel de gasto es necesario serían abrumadoras. En efecto, estos clientes pagan un premio por un servicio de alta calidad debido a que es mejor para ellos hacerlo que asumir la carga de monitorear que se presentaría si tal premio estuviera ausente.

En muchos procesos colectivos, participantes y abogados acuerdan los honorarios contractualmente. Los jueces deberían respetar estos arreglos privados en la vasta mayoría de los casos. El mercado de servicios legales es altamente competitivo. “Ninguna firma de abogados representa más que una pequeñísima fracción de los servicios legales de toda la nación (aun del sub-mercado especializado en grandes litigios)”. In re *Synthroid Marketing Litig.*, 325 F.3d 974, 979 (7th Cir. 2003) (*Synthroid II*). Por tanto, debería existir una fuerte presunción de que el mercado privado determina eficientemente el precio de los servicios legales.

Esta Sección asume como postura que los jueces deberían imitar el mercado cuando establecen honorarios en acciones de clase y en otros contextos donde abogados y clientes no pueden negociar directamente. Esta recomendación sigue precedentes existentes en el Séptimo Circuito y otras cortes. Ver, por ejemplo, *Synthroid II*, 325 F.3d at 975 (“Una corte debe dar a los abogados la tarifa que fija el mercado para los servicios legales”); In re *Synthroid Marketing Litig.*, 264 F.3d 712, 718 (7th Cir. 2001) (*Synthroid I*) (“[C]uando debe decidirse sobre los niveles apropiados de honorarios en casos de fondos comunes, las cortes deben hacer todo lo que puedan para dar el precio de mercado a los abogados por sus servicios legales, a la luz del riesgo de no ser pagados y de la tasa normal de compensación del mercado en ese momento”); In re *Continental Illinois Sec. Litig.*, 962 F.2d 566, 568, 572 (7th Cir. 1992) (*Continental I*) (“[N]o es función de los jueces, en litigios sobre honorarios, determinar el equivalente al justo precio medieval. Su función es, en cambio, determinar lo que el abogado recibiría si hubiera

## Capítulo 1

vendido sus servicios en el mercado en lugar de ser pagado por orden judicial. . . [L]os patrocinantes legales de la clase tienen derecho a los honorarios que hubieran recibido en el supuesto de haber manejado un proceso similar en base a un porcentaje contingente, con un resultado similar, para un cliente que debe pagar”).

En el mercado privado, donde los clientes contratan directamente a sus abogados con un pacto de cuota litis, los porcentajes contingentes de honorarios son una práctica estándar. Ver *Kirchoff v. Flynn*, 786 F.2d 320 (7th Cir. 1986); see also Herbert M. Kritzer, *Risks, Reputations, and Rewards: Contingency Fee Legal Practice in the United States* (2004). Los acuerdos de honorarios en base a porcentajes contingentes dominan el mercado porque (1) alinean los intereses de los titulares de las pretensiones y los abogados al recompensar un rendimiento superior y castigar el fracaso, (2) minimizan la necesidad de evaluar *ex post* la razonabilidad de los esfuerzos desplegados por los abogados, lo cual consume mucho tiempo y a menudo resulta difícil, y (3) transfieren la carga de financiar los procesos y otros riesgos que éstos implican desde los titulares de las pretensiones hacia abogados que se encuentran en mejores condiciones para asumirlos.

En línea con la recomendación del Séptimo Circuito y la evidencia empírica, esta Sección recomienda el uso de compensación por porcentaje contingente en procesos colectivos donde abogados y clientes no pueden negociar directamente. También recomienda que los porcentajes sean establecidos lo más cerca posible de las tasas del mercado. Para lograr esto, los jueces deben considerar evidencia empírica sobre el alcance de los porcentajes de honorarios. Procedimientos y estándares relacionados con honorarios son discutidos en § 3.13.

Sobre los bonos de incentivo para actores nominales, ver Theodore Eisenberg & Geoffrey P. Miller, *Incentive Awards to Class Action Plaintiffs: An Empirical Study*, 53 UCLA L. Rev. 1303 (2006); Richard A. Nagareda, *Restitution, Rent Extraction, and Class Representatives: Implications of Incentive Awards*, 53 UCLA L. Rev. 1483 (2006); ver también 15 U.S.C. § 78u-4(a) (Private Securities Litigation Reform Act de 1995, eliminando los bonos de incentivo en procesos que versan sobre acciones y otros valores bursátiles, pero autorizando pagos orientados a reembolsar costos razonables a los actores que conducen el proceso). Los bonos de incentivo varían mucho en sus montos, pero pueden ser considerables. Los reembolsos para los actores también pueden ser grandes en casos de fraude accionario, especialmente cuando los actores que conducen la acción son inversores institucionales sofisticados que cuentan con equipos de servicios legales internos. Si bien los estándares

## Capítulo 1

para la concesión de estos bonos y reembolsos están evolucionando, el propósito de utilizarlos debería ser tornar económicamente ventajoso para potenciales actores nominales el hecho de servir voluntariamente en acciones de clase. Sin estos pagos, potenciales actores en condiciones de conducir la acción a menudo encuentran económicamente ventajoso esperar que otros demanden y aprovechar sus esfuerzos, o promover procesos tradicionales sólo para beneficio propio. Los bonos de incentivo y los reembolsos de gastos proveen incentivos selectivos disponibles sólo para actores nominales en acciones de clase. Ver Jay W. Eisenhofer, *Institutional Investors as Trend-Setters in Post-PSLRA Securities Litigation*, PLI Order No. 8588 579, 590–593 (Julio 2006) (discutiendo, para inversores institucionales, los pro y los contra de optar por excluirse de las acciones de clase y demandar por sí solos); James D. Cox & Randall S. Thomas with Dana Kiku, *Does the Plaintiff Matter? An Empirical Analysis of Lead Plaintiffs in Securities Class Actions*, 106 Colum. L. Rev. 1587, 1604 (2006) (“En ciertas ocasiones los inversores institucionales con pretensiones potenciales de gran entidad han encontrado más ventajoso actuar por ellos mismos en lugar de hacerlo en beneficio de todos los demás.”).

*Comentario i.* En muchos contextos los principales alientan a sus agentes o mandatarios a desempeñarse bien ejerciendo sobre ellos un monitoreo. En los procesos colectivos, la utilidad de monitorear puede ser limitada por varias razones. Primero, la calidad de esfuerzos desarrollados por los abogados a menudo es difícil de observar. Segundo, muchos procesos colectivos, tales como las acciones de clase de consumo, involucran personas que carecen de la experiencia necesaria en materia de litigio para monitorear a los abogados de modo efectivo. Muchos procesos colectivos también involucran sólo o principalmente personas cuyas pretensiones son demasiado pequeñas para justificar los gastos que el monitoreo implica. Tercero, el costo del monitoreo puede exceder el retorno privado esperado. La estrategia económicamente racional para todo individuo sería descansar en que otros ejerzan el monitoreo, de modo tal de obtener el beneficio de un mejoramiento en el rendimiento del agente o mandatario sin asumir los costos necesarios para lograrlo. Ver Wayne Schneider, *An Obligation to Pursue Litigation? Really?*, NAPPA Report (1997); Wayne Schneider, *Objections to Attorneys Fee Requests in Securities Class Actions*, 19:1 NAPPA Report 9, 10 (Febrero 2005) (argumentando que los fondos de pensión con grandes intereses en juego en acciones de clase que versan sobre acciones y otros valores bursátiles deberían esperar que otro actúe más que servir como conductores del proceso, ya que el costo marginal de un activo involucramiento excede la ganancia marginal que puede obtenerse). Por supuesto, si todos

## Capítulo 1

descansan esperando que otro lo haga, no habrá ningún monitoreo y los abogados pueden rendir menos de lo esperado.

Para que el monitoreo ocurra, las personas interesadas deben recibir información relevante sobre el progreso del litigio. Cuando resulta costoso proveer esta información, el costo afecta la cantidad de comunicación que debería ocurrir. La efectividad probable de la comunicación también debería ser considerada. La comunicación debería ser alentada cuando es probable que permita a los receptores tomar decisiones informadas y cuando es probable que genere respuestas también informadas. En otras circunstancias, la comunicación es simplemente una carga. En procesos colectivos que involucran grandes números de personas, los abogados deben ser alentados a usar métodos de comunicación de bajo costo para la información rutinaria. Métodos costosos deberían ser empleados sólo cuando se trata de asuntos fundamentales, como ocurre con la comunicación de un acuerdo transaccional o cuando se requieren respuestas en el marco del procedimiento de *discovery*.

## ADJUDICACION COLECTIVA

### TEMA 1 PROVISIONES INTRODUCTORIAS

#### § 2.01 Definición de cuestiones comunes

**Cuestiones comunes son aquellas cuestiones de derecho o de hecho iguales en contenido funcional a lo largo de múltiples pretensiones civiles, sin importar si su disposición resolvería o no todas las cuestiones discutidas en el litigio.**

#### **Comentario:**

*a. Bases para las cuestiones comunes* La sociedad industrial moderna y el rol activo del gobierno han producido complejas relaciones entre los individuos. Estas relaciones se extienden más allá de interacciones contractuales para abarcar relaciones que se dan a través de instituciones compartidas, tales como los mercados de bienes y servicios o las propias instituciones de gobierno. Como resultado, la conducta que produce un daño a una persona tiene el potencial de hacer surgir pretensiones de otras personas que exhiben características tanto comunes como individuales.

*b. Relación con el derecho sustantivo.* Las cuestiones de derecho y de hecho involucradas en cualquier pretensión civil individual son determinadas por el derecho sustantivo aplicable. Las cuestiones de derecho conciernen a los elementos que constituyen propiamente la pretensión del actor y las defensas aplicables. Las cuestiones de hecho conciernen disputas sobre si la prueba producida en el juicio demuestra, de acuerdo con el estándar de prueba aplicable, la existencia de un elemento dado. Al fijar la definición de cuestiones comunes en términos de si ellas son “iguales en contenido funcional a lo largo de múltiples pretensiones civiles”, esta Sección delinea los contornos del examen a la manera en que lo hace la familiar insistencia

## Capítulo 2

acerca de la “misma cuestión” en materia de preclusión de cuestiones. Al mismo tiempo, esta Sección enfatiza la conexión que se da en la práctica entre las cuestiones de hecho y la prueba que recae sobre ellas. Una cuestión de hecho puede alcanzar el nivel de una cuestión común si, sujeto a las limitaciones establecidas en § 2.05 con relación a la selección del derecho sustantivo aplicable, un cuerpo común de pruebas presentado en juicio en beneficio de múltiples reclamantes es capaz de acreditar la existencia de un hecho material con respecto a todos esos sujetos.

### Ejemplos:

1. Múltiples personas, 1–100, tienen pretensiones por fraude contra el demandado. El derecho sustantivo aplicable incluye un elemento de confianza como parte de la causa de acción de todos los reclamantes, y ninguna presunción de la existencia de tal confianza surge del hecho de las manifestaciones engañosas efectuadas por el demandado. Así, el derecho sustantivo aplicable requiere que cada reclamante pruebe haber confiado en las alegadas manifestaciones engañosas efectuadas por el demandado. No obstante, todos los reclamantes buscan acreditar la efectiva existencia de tal confianza por medio de un cuerpo común de pruebas, y este cuerpo de pruebas, si logra convencer al juez o al jurado según sea el caso, es capaz de probar dicho elemento con relación a todos. El demandado discute el cuerpo común de pruebas ofrecidos por los reclamantes pero, al hacerlo, no ofrece ninguna prueba de ausencia de confianza de parte de algunos de ellos en particular. La cuestión de hecho de la confianza constituye una cuestión común para todos los reclamantes.

Antes de permitir el tratamiento colectivo, sin embargo, la corte debería asegurarse de que las limitaciones adicionales implicadas en la agregación y tratadas en este Capítulo se encuentran satisfechas. En particular, la corte debería asegurar que el tratamiento colectivo no comprometa la capacidad del demandado de contestar las alegaciones efectuadas por los reclamantes o bien interponer las pertinentes defensas sustantivas. Ver § 2.07(d). La corte también debería establecer si el uso de un cuerpo común de pruebas para acreditar la efectiva confianza haría surgir un conflicto de interés estructural entre los reclamantes de tal magnitud que no pueda ser mitigado por instrucciones apropiadas por parte del juez o por la posibilidad de excluirse del proceso. Por ejemplo, algunos

## Capítulo 2

miembros de la clase podrían ser perjudicados si el tratamiento colectivo de sus pretensiones los priva de la oportunidad de fortalecer sus casos en lo que respecta al elemento de confianza por medio de la invocación de prueba individual. Ver en general § 2.07(a)(1)(B) (subrayando la necesidad de indagación judicial sobre la existencia de conflictos de interés estructurales dentro de la clase propuesta).

2. Misma situación que en el Ejemplo 1, excepto que el cuerpo común de pruebas, aun si fuera aceptado como verdadero por el juez o el jurado luego de la consideración de toda la prueba en contrario ofrecida por el demandado, no resulta capaz de acreditar la existencia de confianza con relación a todos los reclamantes. La cuestión de hecho de la confianza no constituye una cuestión común para todos los reclamantes. Ver también § 2.03, Ejemplo 2.
3. Misma situación que en el Ejemplo 1, excepto que el demandado ofrece prueba individual de una amplia ausencia de confianza de parte de ciertos reclamantes. La cuestión de hecho de la confianza no constituye una cuestión común para todos los reclamantes.

*c. Relación con cuestiones individuales.* La definición de cuestiones comunes en esta Sección se encuentra en contraste con la de cuestiones individuales. Múltiples pretensiones civiles pueden exhibir cuestiones individuales recurrentes, en el sentido de tener los mismos elementos legales que los titulares de tales pretensiones deben satisfacer. Pero dichas cuestiones individuales recurrentes, sin embargo, no alcanzan el nivel de cuestiones comunes dentro del significado acordado a éstas en la presente Sección. Las cuestiones comunes no sólo son recurrentes a lo largo de múltiples pretensiones civiles, sino que también son iguales en contenido funcional en el sentido de requerir las mismas determinaciones legales y fácticas para su resolución. En líneas generales puede decirse que, a la luz de la experiencia acumulada en el mundo real de las acciones de clase, las cuestiones comunes tienden a surgir más frecuentemente con respecto a asuntos “*upstream*”, focalizados en un curso de conducta general de parte de aquel que se opone a los reclamantes en el litigio, más que en asuntos “*downstream*”, centrados en las situaciones individuales de tales reclamantes. De igual manera -en líneas generales y a la luz de la experiencia- las cuestiones comunes tenderán a surgir más frecuentemente con respecto a daños económicos causados por un curso de conducta generalizado que con respecto a daños personales, respecto de los cuales una indagación “*upstream*” probablemente no avanzaría materialmente la disposición de las pretensiones.

## Capítulo 2

### Ejemplos:

4. Múltiples consumidores, 1-100, tienen pretensiones contra los demandados Empresa Alfa y Empresa Beta. Las pretensiones de todos los consumidores se apoyan en alegaciones de que Alfa y Beta han celebrado acuerdos para fijar los precios de sus productos de consumo en competencia en violación al derecho federal sobre defensa de la competencia, y que los alegados acuerdos han hecho subir los precios para todos los consumidores por encima de niveles competitivos. Si Alfa y Beta han celebrado tales acuerdos constituiría una cuestión común para todos los consumidores. Cómo medir los daños sufridos por los consumidores -esto es, el método para el cálculo de daños- también constituiría una cuestión común para todos los consumidores. Cuánto dinero en concepto de daños cada consumidor debería recibir en el supuesto de demostrarse la práctica ilícita de fijación de precios presenta una cuestión individual recurrente para todos los reclamantes, en el sentido que todas sus respectivas causas de acción tienen al daño como uno de sus elementos. Pero esta cuestión no constituye una cuestión común. Más bien, las cuestiones que rodean el cálculo de daños ocasionados a los consumidores giran en torno a la particular situación fáctica de cada uno de ellos (como por ejemplo el volumen de compras efectuado) y, por tanto, no son susceptibles de una misma determinación fáctica que aplique a todos los consumidores.

El contraste presentado entre cuestiones comunes y cuestiones individuales, sin embargo, se mantiene como un asunto diferente de la cuestión de si corresponde permitir el tratamiento colectivo para una cuestión común. Como fue discutido en § 2.02(a), la decisión de agregar se apoya no sólo en la presencia de una cuestión común tal como la definimos aquí, sin también en diversas indagaciones adicionales entre las cuales se incluyen las de saber si el tratamiento colectivo de tales cuestiones avanzará materialmente la resolución de las pretensiones implicadas y si tal tratamiento estará conforme con los principios establecidos en §§ 1.03–1.05. Las siguientes Secciones describen limitaciones adicionales para permitir la agregación, las cuales exigen atención judicial antes de que el tratamiento colectivo sea permitido.

## Capítulo 2

*d. Pretensiones relacionadas.* Como deja entrever el Comentario *c* y tal como subraya la letra negra de esta Sección, la disposición de cuestiones comunes no necesariamente debe resolver todas las cuestiones que se encuentran en disputa en el litigio. Pueden quedar pendientes cuestiones individuales. A pesar de ello, múltiples pretensiones civiles pueden apropiadamente ser descriptas como “pretensiones relacionadas” cuando exhiben características legales y fácticas superpuestas que dan lugar a un núcleo operativo común de hecho.

El tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas puede ser apropiado, tal como fue descrito en § 2.07. Sin embargo, el tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas se mantiene como algo diferente del tratamiento colectivo de tan sólo una cuestión común, procedimiento este último discutido aparte en § 2.08. El tratamiento colectivo de una cuestión común por medio de una acción de clase de acuerdo con lo sostenido en § 2.08 generaría sólo una preclusión de tal cuestión, dejando al resto de las cuestiones del litigio para ser abordadas en subsiguientes procedimientos. En contraste, el tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas por medio de una acción de clase de acuerdo con lo sostenido en § 2.07 generaría tanto preclusión de cuestiones como *res judicata* (antes conocida como “preclusión de pretensiones”), debido a que el proceso colectivo involucraría todas las cuestiones disputadas en el litigio.

*e. Gestionando cuestiones individuales de modo eficiente.* Más allá de no calificar como cuestiones comunes, las cuestiones individuales pueden poseer ciertas características que facilitan su tratamiento eficiente en clave colectiva. Esto puede ocurrir cuando existe un método común científico, económico o de otro tipo para el cálculo de los daños, el cual permite reducir a un mero ejercicio administrativo el cálculo de lo que debe abonarse a cada reclamante en particular. Para mayor discusión sobre este punto, ver § 2.03, Comentario *c*. Situaciones en que las cuestiones individuales pueden ser manejadas de modo eficiente en clave colectiva se encuentran más frecuentemente en contextos de tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas, como fue descrito en § 2.07. Aquí, nuevamente, en líneas generales y a partir de la experiencia, tales situaciones tienden a surgir con relación a pretensiones de daño económico más que en supuestos de daños personales.

## Capítulo 2

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario b.* El ejemplo 1 se desprende del tratamiento desarrollado en *Klay v. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241, 1258–1259 (11th Cir. 2004), sobre prueba común capaz de acreditar confianza de parte de todos los miembros de la clase en conexión con pretensiones basadas en fraude bajo la ley federal RICO y en el marco de una acción de clase que versaba sobre las prácticas de reembolso de la industria de gestión del servicio de salud. El ejemplo 2 es tomado de *Poulos v. Caesars World, Inc.*, 379 F.3d 654, 667–668 (9th Cir. 2004), donde un cuerpo común de pruebas —aun si aceptado como verdadero por el juez o el jurado— no hubiera podido acreditar confianza de parte de todos los miembros de la clase en el contexto de pretensiones de fraude basadas en RICO con relación a las máquinas de apuestas, debido a las razones individuales y tal vez idiosincráticas por las cuales los clientes de los casinos puede elegir apostar.

Refiriéndose al uso de prueba común en el contexto de una moción para certificar una acción de clase en defensa de la competencia, el Tercer Circuito capturó sucintamente la distinción efectuada aquí entre los resultados de *Klay* y *Poulos*:

La carga de los actores en la etapa de certificación de clase no es probar el elemento de impacto anticompetitivo. . . En cambio, la tarea de los actores en la certificación de clase es demostrar que el elemento de impacto anticompetitivo es *capaz de ser probado* en juicio por medio de prueba común a toda la clase más que de manera individual con relación a sus miembros. Decidir esta cuestión demanda de la corte de distrito un riguroso análisis de las pruebas disponibles y del método o métodos por medio de los cuales los actores proponen usar esas pruebas a fin de acreditar en juicio tal impacto.

In re Hydrogen Peroxide Antitrust Litig., 552 F.3d 305, 311–312 (3d Cir. 2008) (énfasis agregado).

El Ejemplo 3 se desprende de In re St. Jude Medical, Inc., 522 F.3d 836, 840 (8th Cir. 2008) (“Dada la demostración del [demandado] St. Jude respecto a que presentará prueba concerniente a la confianza o ausencia de ella por parte de médicos y pacientes individuales en representaciones desarrolladas por St. Jude [concernientes a su prótesis de válvula de corazón], resulta claro que la determinación de la responsabilidad potencial de St. Jude con respecto a cada actor conforme los estatutos de fraude al consumidor estará dominada por cuestiones individuales de causalidad y

confianza. La necesidad de tales determinaciones actor-por-actor significa que las cuestiones comunes no predominarán en la indagación de la responsabilidad de St. Jude”).

*Comentario c.* Sobre el contraste respecto de la idoneidad del tratamiento colectivo entre casos *upstream* y *downstream* y entre daños económicos y personales:

Es posible dividir las acciones de clase exitosas y no exitosas [en el sentido de aquellas que han logrado obtener tratamiento colectivo] separando los casos que involucran daños económicos, por un lado, y los que involucran daños personales, por el otro. No obstante, hay algo más que aprender de esto que la simple distinción entre daños económicos y personales.

Resulta que, tal vez no sorprendentemente, las cortes se encuentran en su mejor posición cuando se trata de determinar y manejar hechos. Cuanto más nos apartamos del básico rol de las cortes como determinadoras de hechos, más problemas tenemos. La razón de que los casos de daños económicos son básicamente gestionables por las cortes [en clave colectiva] es que en ellos hay sólo unos pocos hechos críticos que dominan todo el caso. Estos son los casos que pueden ser pensados como casos *upstream*; esto es, casos donde el daño alegado se desprende de algún curso de conducta uniforme del demandado, del cual sigue todo lo demás. Usualmente los daños pueden ser calculados administrativamente, con cada actor recibiendo, en caso de prevalecer, una porción de la compensación a prorrata por determinado tipo de daño particular sufrido.

Por otra parte tenemos los casos que involucran daños personales. Lo que los distingue no es que se trate de casos de daños, sino más bien el hecho que la indagación *upstream* no es dispositiva. En casos tales como los originados en exposición al amianto, por ejemplo, aun cuando hay una indagación *upstream* respecto al hecho de que la exposición al amianto causa amiantosis, hay una necesidad inmediata de saltar *downstream* para determinar hecho por hecho la situación de cada actor individual. La historia jurisprudencial muestra que ninguna corte ha sido capaz de manejar eso en un sólo proceso. La historia jurisprudencial advierte que cuanto más nos apartamos de lo que las cortes pueden administrar en su capacidad de determinadoras de hechos, en peor situación nos encontramos. La línea general de demarcación parece ser que los casos de responsabilidad *upstream* son gestionables como acciones de clase; mientras que los casos de daños *downstream* no lo son.

Samuel Issacharoff, *Class Action Conflicts*, 30 U.C. Davis L. Rev. 805, 831–832 (1997).

## Capítulo 2

*Comentario d.* La definición de “pretensiones relacionadas” como aquellas que exhiben un “núcleo operativo común de hecho” toma la expresión históricamente utilizada por el derecho procesal a fin de describir situaciones idóneas para el ejercicio discrecional de competencia por parte de cortes federales con respecto a pretensiones fundadas en derecho estatal. *United Mine Workers of America v. Gibbs*, 383 U.S. 715, 725 (1966) (“Las pretensiones estatales y federales deben derivarse de un núcleo operativo común de hecho. Pero si, consideradas más allá de su carácter federal o estatal, las pretensiones de un actor son tales que ordinariamente se esperaría que sean enjuiciadas todas en un sólo proceso, entonces, asumiendo el carácter sustancial de las cuestiones federales, las cortes federales tienen poder para oír todo el conjunto”).

*Efecto sobre derecho actual.* La definición de “cuestiones comunes” ofrecida aquí está diseñada para reflejar el entendimiento judicial emergente del término en acciones de clase y litigios consolidados.

### § 2.02 Principios para el tratamiento colectivo de cuestiones comunes.

- (a) **La corte puede autorizar discrecionalmente el tratamiento colectivo de una cuestión común por medio de una acción de clase si determina que la resolución de la cuestión común podría:**
- (1) **avanzar materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles al tratar el núcleo básico de la disputa de manera superior a otras alternativas procesales realistas, generando de tal modo una significativa eficiencia judicial;**
  - (2) **se encuentra conforme con los principios generales de los procesos colectivos descritos en §§ 1.03–1.05; y**
  - (3) **no compromete la justicia de los procedimientos para resolver cualquier cuestión remanente que pudieran presentar tales pretensiones.**
- (b) **Alternativas procesales realistas conforme la sub-sección (a)**
- (1) **pueden, en una situación dada, incluir:**

- (1) *discovery* coordinado;
  - (2) resoluciones previas al juicio, tales como las que versan sobre una moción de sentencia sumaria o las relativas a la admisibilidad de pruebas relacionadas con la cuestión común;
  - (3) enjuiciamiento del caso de un reclamante o de múltiples casos individuales;
  - (4) una agregación administrativa dentro del significado dado a ésta en § 1.02(b); u
  - (5) otra acción de clase ya pendiente en otro sistema judicial.
- (c) El tratamiento colectivo de una cuestión común de acuerdo con la sub-sección (a) debe sujetarse a revisión en instancia de apelación tal como se provee en § 2.09.
- (d) Si se autorizan desarrollos fácticos para informar a la corte a efectos de permitirle determinar si autoriza el tratamiento colectivo de acuerdo con la sub-sección (a), entonces la corte debe establecer un plan donde los reclamantes y los demandados puedan desarrollar un *discovery* controlado de los hechos pertinentes para tal determinación.
- (e) Como parte de sus obligaciones según lo previsto en § 2.12, la corte debería
- (1) identificar las cuestiones abarcadas por el tratamiento colectivo y
  - (2) explicar cómo la agregación resolverá de modo justo y eficiente las cuestiones comunes identificadas y cómo avanzará materialmente la resolución de cualquier cuestión o pretensión remanente.

### Comentario:

*a. Avanzar materialmente la resolución de múltiples pretensiones.* La Sub-sección (a) establece los principios que animan el tratamiento colectivo de acuerdo con este Capítulo. El foco aquí está puesto sobre las cortes como instituciones con autoridad y responsabilidad para determinar si el litigio puede proceder en clave colectiva. La Sub-sección (a) parte del punto fundamental que el tratamiento colectivo en sede judicial es un asunto de discreción judicial que fluye de la autoridad general de las cortes para ejercitar una temprana y efectiva su-

## Capítulo 2

pervisión del litigio y, a menudo, de un particular estatuto o regla que autoriza el tratamiento colectivo. Al ejercer esta discreción las cortes deberían considerar si el tratamiento colectivo de una cuestión común por medio de una acción de clase avanzará materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles por enfrentar el núcleo fundamental de la disputa de una manera superior a otras alternativas procesales realistas y generará, de tal modo, una significativa eficiencia judicial. En una situación determinada, las alternativas procesales realistas pueden incluir agregaciones administrativas, como fueron definidas en § 1.02(b), o el uso de alternativas no colectivas, tales como los *bellwether trials*. De esta manera, la presente Sección sitúa a las acciones de clase en continuidad con emergentes procedimientos para agregaciones administrativas que algunas cortes han dado en llamar –con algún grado de ambigüedad– “quasi-acciones de clase”. La terminología desarrollada en estos Principios busca dotar de mayor precisión a esta noción.

Con la frase “avanzar materialmente la resolución,” la sub-sección (a)(1) subraya la naturaleza limitada de la autoridad judicial allí reconocida. Esa locución se encuentra en consonancia con invocaciones de la frase por las cortes, sea en forma exacta o bien con palabras similares. En consecuencia, no se espera que la aplicación de la sub-sección (a)(1) produzca un cambio sustancial en el derecho de los procesos colectivos sino, más bien, busca sintetizar la aplicación de ese cuerpo del derecho que ha surgido a lo largo de décadas de experiencia con la moderna acción de clase. Este procedimiento de aplicación se realiza en la actualidad en términos de predominancia de cuestiones comunes, y la autorización para tramitar como acción de clase resulta confinada a cuestiones particulares. La presente Sección trabaja sobre la experiencia concreta en la aplicación del derecho existente en materia de acciones de clase, de modo tal de enmarcar el concepto de predominancia y la autorización de acciones de clase para el tratamiento de ciertas cuestiones de una forma más coherente. En particular, esta Sección como un todo –no sólo la frase “avanzar materialmente” mencionada en la sub-sección (a)(1)– delinea los alcances de las indagaciones multifacéticas comprendidas en la actualidad en el concepto de predominancia.

Además, la Sección (a)(1) confina el tratamiento colectivo de una cuestión común en una acción de clase a aquellas situaciones en las cuales dicha cuestión define el núcleo fundamental de la disputa presentada por múltiples pretensiones civiles, no meramente sus dimensiones tangenciales o secundarias. La identificación de una cuestión común, cuya resolución “avanzará materialmente la resolución” de tales pretensiones, va entonces mucho más allá de la identificación de cuestiones comunes mínimas que se

## Capítulo 2

encuentra entre los requisitos generales para certificar una acción de clase conforme a las actuales reglas de proceso civil. Se trata de una indagación cualitativa, no de una enfocada simplemente en el esfuerzo que se espera que los abogados y la corte destinen a la resolución de la cuestión común. La referencia a avanzar “la resolución de múltiples pretensiones civiles”, además, no intenta sugerir que la tendencia del tratamiento colectivo a hacer más probables las chances de un acuerdo transaccional —simplemente como un asunto descriptivo— deba operar, por sí misma, como una consideración a favor del tratamiento colectivo.

La frase “materialmente avance la resolución” también opera en tándem con los principios generales de los procesos colectivos —de allí la referencia cruzada entre la sub-sección (a)(2) y §§ 1.03–1.05. Como subrayan los Comentarios *c–f*, tales principios generales —particularmente, el contenido y estructura del derecho sustantivo aplicable así como los principios en materia de preclusión y las consideraciones prácticas relacionadas— limitan las situaciones en las cuales el tratamiento colectivo de una cuestión común “avanzará materialmente la resolución” de múltiples pretensiones. La aplicación de la sub-sección (a) resulta así informada por los diversos ejemplos presentados en § 2.03–2.10. Dado que tales ejemplos se refieren a varias restricciones a la agregación, ellos se encuentran mejor en sus respectivos escenarios que replicados aquí íntegramente. En líneas generales, la experiencia acumulada con el mecanismo de acciones de clase sugiere que el tratamiento colectivo de una cuestión común avanzará materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles con mayor frecuencia cuando las cuestiones se refieren a asuntos “*upstream*”, enfocados en la conducta general de quienes se oponen a los reclamantes en el proceso, que cuando se trata de asuntos “*downstream*”, enfocados en la situación de los reclamantes. Ver § 2.01, Comentario *c*. Nuevamente, en línea con la amplia generalización tomada de la experiencia y volcada en § 2.01, el tratamiento colectivo de una cuestión común que versa sobre una conducta generalmente aplicable de la cual se alega resultaron daños económicos, puede avanzar materialmente la resolución de múltiples pretensiones al reducir a una tarea administrativa aquellos asuntos individuales tales como el cálculo de los daños. Ver también § 2.03(b), Comentario *c*. La experiencia con el mecanismo de acciones de clase sugiere que el tratamiento colectivo de cuestiones comunes en litigios por daños personales tiene muchas menos chances de avanzar materialmente la resolución de tales pretensiones, particularmente en comparación con la alternativa procesal de acudir a un juicio que verse sobre todas las cuestiones presentes en los casos individuales.

## Capítulo 2

La corte que emprende el proceso colectivo no puede predeterminar, ordenar o garantizar que la agregación “avanzará materialmente la resolución” de múltiples pretensiones en los términos de la sub-sección (a)(1), ni que el proceso colectivo vinculará tanto a los reclamantes como a los demandados. Esto, sin embargo, no significa que la corte deba evitar el análisis del efecto preclusivo potencial derivado del tratamiento colectivo. Por el contrario, la referencia cruzada a la noción de “facilitando resoluciones vinculantes” contenida en § 1.03(c) refleja la centralidad de la indagación sobre el potencial efecto preclusivo como parte de la determinación inicial sobre si agregar o no. En particular, cuando el tratamiento colectivo por medio de una acción de clase abarca sólo una o más cuestiones dentro de la constelación de todas las cuestiones surgidas de las pretensiones relacionadas, una importante duda sobre la capacidad de la acción de clase para alcanzar la preclusión de cuestiones debería, ante todo, aconsejar fuertemente contra una agregación del género.

*b. Superioridad con respecto a otras alternativas procesales realistas.* La indagación judicial descrita en la sub-sección (a)(1) es inherentemente comparativa, llamando a la corte a considerar las alternativas procesales realistas frente a la agregación por medio de una acción de clase y el grado con el cual ellas, también, avanzarían materialmente la resolución de las pretensiones implicadas. Esto se encuentra en línea con el reconocimiento de que las acciones de clase son sólo uno de los diversos métodos por medio de los cuales el proceso civil puede facilitar la resolución de pretensiones civiles relacionadas.

Las consideraciones que influyen sobre esta indagación comparativa incluyen, por ejemplo, la viabilidad de las pretensiones en ausencia de tratamiento colectivo y el grado de variación entre las pretensiones. “Viabilidad” se refiere a la posibilidad, en la práctica, de que los reclamantes puedan obtener representación en el mercado de servicios legales en ausencia de tratamiento colectivo. “Variación” retoma la sugerencia previa de enfocar el tratamiento colectivo en cuestiones comunes que definan el núcleo fundamental de la disputa. El propio grado de variación puede variar, dependiendo de si el tratamiento colectivo servirá como una vía para resolver todas las cuestiones surgidas de las pretensiones en disputa o bien algún sub-conjunto compuesto de ciertas cuestiones comunes. Ver §§ 2.03–2.04. La “variación” también tenderá, en general, a seguir la línea de las distinciones mencionadas más arriba entre asuntos *upstream* y *downstream* y entre daños económicos y personales. Ver Comentario *a*.

Diferentes combinaciones de viabilidad y variación tienen diferentes implicaciones para la agregación. En situaciones de baja viabilidad en ausencia

## Capítulo 2

de agregación y también baja variación entre las pretensiones individuales, el derecho procesal ha reconocido desde hace mucho tiempo la importancia de la agregación para vindicar causas de acción privadas. La elección inicial sobre si reconocer tales derechos, sin embargo, se mantiene en las instituciones de derecho sustantivo y no en el derecho de los procesos colectivos. En contraste, las situaciones de alta viabilidad y alta variación presentan los escenarios más débiles para la agregación, debido a que probablemente hay alternativas procesales realistas para el tratamiento y resolución de las pretensiones subyacentes. Las pretensiones por daños personales frecuentemente encajan en esta última descripción.

Los litigios por daños personales caracterizados por una alta viabilidad y alta variación bien pueden presentar una o más cuestiones comunes de acuerdo con el significado dado a éstas en § 2.01, pero el tratamiento colectivo confinado a tal cuestión común corre un significativo riesgo de obtener una determinación fuera de contexto y aislada de las demás cuestiones relacionadas. No es necesario que la corte corra este riesgo cuando la viabilidad económica de las pretensiones por daños personales consideradas individualmente tornan a los juicios individuales en una alternativa procesal realista en los términos de § 2.02(b)(3) –una alternativa que permitiría presentar cualquier cuestión común dentro de un contexto más amplio, junto con las cuestiones remanentes. Como se sostiene en § 2.03, Comentario *b*, los juicios individuales evitarían además la necesidad práctica de reconsiderar sustancialmente, en el marco del proceso a desarrollar para tratar las cuestiones remanentes, la prueba producida sobre la cuestión común en el proceso colectivo. Finalmente, los juicios individuales evitarían situar a reclamantes y demandados ante el riesgo de enfrentar una determinación “a-todo-o-nada” del mérito de la cuestión común en clave colectiva. En algunas circunstancias, el estándar de prueba que aplica en los casos civiles (predominancia de la prueba) puede resultar en una situación donde algunos reclamantes ganan y otros pierden en las primeras etapas de procesos donde se discuten pretensiones similares que surgen de daños masivos. Múltiples juicios individuales -procesos que podrían alcanzar resultados diferentes- pueden reflejar más exactamente el grado de incertidumbre asociado con determinada cuestión común, informando de mejor manera la resolución total del litigio.

En términos operativos, los principios para el tratamiento colectivo de cuestiones comunes pueden ser de mayor uso en el campo de lo que podríamos llamar “combinaciones mixtas”. En virtud de ello, los principios establecidos en este Capítulo buscan proveer mayor precisión al análisis judicial

## Capítulo 2

sobre agregación de cuestiones con particular atención a tales escenarios. En situaciones de alta viabilidad pero baja variación, la agregación puede avanzar materialmente la resolución de las pretensiones subyacentes pero sólo si es acompañada de la oportunidad de los titulares de tales pretensiones para excluirse individualmente del proceso. Ver § 2.07(a)(1). En cambio, en situaciones de baja viabilidad y alta variación, el tratamiento colectivo de todas las cuestiones surgidas de las pretensiones subyacentes difícilmente nos lleve a la resolución de las pretensiones en comparación con avenidas procesales alternativas. La corte, sin embargo, debería considerar si el tratamiento colectivo de tan sólo las cuestiones comunes lograría eso. Ver §§ 2.03–2.04.

La sub-sección (b) elabora, por medio de ejemplos no taxativos, las “alternativas procesales realistas” que, en una situación dada, pueden informar la indagación de la corte sobre si el tratamiento colectivo de una cuestión común por medio de una acción de clase avanzará materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles. Varias de las alternativas mencionadas en la sub-sección (b) probablemente serán bastante familiares para la corte por provenir del escenario del litigio tradicional individual. En ese escenario, el tipo de *discovery* coordinado mencionado en la sub-sección (b) (1) es un lugar común en el sistema judicial federal cuando se presentan múltiples pretensiones civiles que involucran cuestiones de hecho comunes. Las referencias efectuadas en la sub-sección (b)(2) con relación a decisiones tomadas en mociones de sentencia sumaria (incluyendo sentencia sumaria parcial) y decisiones sobre la admisibilidad de prueba que pertenece a la cuestión común, sirven como recordatorios de que tales decisiones también pueden materialmente avanzar la resolución de múltiples pretensiones a un grado tal de tornar inapropiado, desde el punto de vista comparativo, al tratamiento colectivo por medio de una acción de clase.

Como fuera anticipado en la discusión previa sobre pretensiones por daños personales, la sub-sección (b)(3) reconoce la potencial utilidad de los juicios tradicionales -sea en el caso de un reclamante individual o de múltiples casos del género- como una vía que puede, en determinadas situaciones, avanzar materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles. Tales juicios pueden consistir en *bellwether trials*, a los cuales los reclamantes y demandados en otros casos pueden voluntariamente consentir ser vinculados. Aun cuando no resultan formalmente vinculantes sobre otros reclamantes o demandados, los *bellwether trials* pueden informar tanto a la corte como a otros potenciales litigantes sobre cuestiones críticas concernientes a los beneficios de otras herramientas de agregación y a los méritos de la disputa

## Capítulo 2

subyacente, y pueden servir también como base para lograr efectos de preclusión contra las partes en cuestiones que han sido efectivamente litigadas. Los *bellwether trials*, además, no necesariamente deben tener lugar ante una única corte de primera instancia sino que, más bien, pueden tramitar en múltiples cortes en las cuales se encuentran pendientes casos individuales —por ejemplo, mediante coordinación informal entre los jueces relevantes o con un juez en particular actuando por designación en los distintos lugares donde los casos individuales podrían ser enjuiciados. No obstante, la corte debe tener en mente que la conducción de múltiples *bellwether trials* es cualquier cosa menos económica, tanto para las partes como para el sistema judicial, y por ello debe evaluar apropiadamente tales costos en comparación —nuevamente— con cualquier eficiencia que pudiera anticiparse habrá de ser generada por el tratamiento colectivo.

La sub-sección (b)(4) también presta atención a la posibilidad que, en una determinada situación, la agregación administrativa puede ofrecer una alternativa plausible al tratamiento colectivo por medio de una acción de clase. Como fuera definida en § 1.02(b), la agregación administrativa consiste en “procesos relacionados, que pueden ser o no procesos colectivos, tramitando bajo supervisión o control judicial común”. Recientemente, en algunas ocasiones las cortes han ido tan lejos como para apodarar a ciertas formas de agregación administrativa con la denominación de “quasi-acciones de clase”. La referencia a la agregación administrativa guarda relación con las consideraciones descritas en el Comentario *a* respecto de la viabilidad de las pretensiones en clave individual. Si las pretensiones son individualmente viables y se encuentran pendientes ante un número gestionable de cortes, entonces la supervisión o control judicial común podría reducir sustancialmente la necesidad práctica de una acción de clase. En una situación que comprende más de una corte con casos pendientes, la coordinación informal entre los jueces involucrados puede generar una suerte de supervisión judicial en términos funcionales. En cualquiera de estas coordinaciones informales se debería informar efectivamente a todas las partes sobre todas las determinaciones procesales relevantes.

Como fuera establecido en § 2.02(a)(1), la generación de “significativa eficiencia judicial” dota de fuerza adicional a la noción de avance material a la hora de la comparación con las alternativas procesales realistas. Las consideraciones pertinentes para esta indagación exigen evaluar no sólo si el tratamiento colectivo sería más eficiente, sino también si es probable que los procesos sobre cualquiera de las cuestiones remanentes no resueltas en la agregación vayan a tener lugar ante la misma corte. Cuando es la misma

## Capítulo 2

corte la que debe manejar tanto el proceso colectivo para tratamiento de una cuestión determinada como cualquier cuestión remanente en el litigio —como podría ocurrir cuando la disputa concierne asuntos de naturaleza geográficamente limitada o localizada— el tratamiento colectivo de la cuestión común tiene más probabilidad de generar significativa eficiencia judicial que cuando las cuestiones remanentes deben ser tratadas por otras cortes lejanas. Esta observación se elabora sobre jurisprudencia existente. Las cortes federales de apelación que han revocado el tratamiento colectivo de cuestiones en litigios por daños masivos han, no obstante, autorizado tal tratamiento en litigios ambientales y de discriminación laboral focalizados en una zona geográfica específica o en un establecimiento particular. De hecho, en algunos de estos últimos casos las cortes federales de apelación han sostenido que las cortes de distrito abusaron de su discreción al *no* certificar la clase conformada por los afectados por el daño ambiental o la discriminación laboral en discusión.

La sub-sección (b)(5) aborda situaciones en las cuales la acción de clase propuesta es meramente una de múltiples acciones de clase que comprenden a los mismos (o fuertemente superpuestos) reclamantes. Como se sostuvo en § 3.02, Comentario *a*, una situación con múltiples acciones de clase demanda una fuerte atención judicial por la posibilidad de lo que se ha dado en conocer como “subasta inversa”, donde la parte que se opone a la clase puede buscar enfrentar a los abogados que compiten por ser patrocinantes legales del grupo a fin de obtener un acuerdo transaccional colectivo que subvalore las pretensiones de sus integrantes. En las acciones de clase propuestas al sólo efecto transaccional, la corte debería considerar la posibilidad de denegar la certificación a la luz de la superioridad que otras acciones de clase pendientes pudieran significar en cuanto vía para la resolución de las pretensiones subyacentes.

*c. Aplicando los principios generales para la agregación.* Como fuera anticipado en el Comentario *a*, la sub-sección (a)(2) restringe la determinación de la corte para autorizar el tratamiento colectivo de una cuestión común mediante la referencia a los principios de la agregación establecidos en §§ 1.03–1.05. Esta restricción tampoco anticipa cambios sustanciales en el derecho existente sino que, más bien, establece con mayor precisión consideraciones que actualmente informan la aplicación del concepto de predominancia en las acciones de clase. Como son aplicados aquí, los principios de § 1.03 aconsejan que la agregación debería respetar los derechos y responsabilidades delineadas por el derecho sustantivo aplicable; debería permitir que las determinaciones efectuadas en clave colectiva puedan generar resoluciones

## Capítulo 2

vinculantes para todos los reclamantes; y debería proteger los intereses de las partes, las personas representadas, los reclamantes y los demandados.

*d. Derecho sustantivo.* Dado que la existencia de cuestiones comunes depende en sí misma del derecho sustantivo subyacente, como fuera discutido en § 2.03, Comentario *b*, el contenido del derecho sustantivo influencia la decisión de acordar o no tratamiento colectivo al asunto. El derecho sustantivo define las relaciones entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho -en ocasiones interrelacionándolas y en ocasiones separándolas claramente de modo tal de crear un “conjunto” con respecto al cual puede haber el tratamiento colectivo. Ver § 2.03(a). La agregación debe respetar estas elecciones sustantivas ya que las reglas procesales generalmente existen para describir los modos de adjudicación de pretensiones civiles sin alterar el contenido de los derechos sustantivos. Uno puede entender esta restricción sobre los procedimientos colectivos en términos de una distinción entre (1) la ampliación de pretensiones civiles tal como fueran delineadas por el derecho sustantivo y (2) la distorsión del derecho sustantivo subyacente. De acuerdo con § 1.03(b), la presente Sección vislumbra la agregación de cuestiones comunes en el litigio como operando sin problemas con el derecho sustantivo, en el sentido de colaborar en la justa y eficiente resolución de tales cuestiones sin alterar su contenido sustantivo. Así, el tratamiento colectivo es posible cuando un juicio podría autorizar la presentación de prueba suficiente para demostrar la validez o invalidez de todas las pretensiones con respecto a una cuestión común conforme al derecho sustantivo aplicable, sin alterar los estándares sustantivos que hubieran aplicado en el supuesto que cada pretensión fuera enjuiciada independientemente y sin comprometer la capacidad del demandado de disputar las alegaciones efectuadas por los titulares de las pretensiones o de presentar las defensas sustantivas pertinentes. Ver § 2.01, Comentario *b* (discutiendo la relación de las cuestiones comunes de hecho con la prueba anticipada en el juicio). La existencia de este tipo de prueba común es una manifestación de la baja variación existente entre las pretensiones a ser agregadas.

*e. Alcance de la preclusión.* El tratamiento colectivo de cuestiones comunes en un litigio no tendría razón de ser si no aliviara, en la práctica, la necesidad de visitar las mismas cuestiones en otros procesos. En concordancia, la decisión de proveer tratamiento colectivo al asunto debe tener lugar prestando mucha atención tanto al potencial efecto de cosa juzgada como de preclusión de cuestiones que pueden provocar las determinaciones logradas en el proceso colectivo. Conforme § 2.01, Comentario *d* (señalando que el tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas de acuerdo con § 2.08

## Capítulo 2

sólo dará lugar a preclusión de cuestiones, mientras que el tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas de acuerdo con § 2.07 generará tanto preclusión de cuestiones como cosa juzgada). Si la determinación de una cuestión dada con respecto a un reclamante no determinaría esa misma cuestión con respecto a todos, o si una determinación colectiva sólo ocurriría en medio de dudas acerca de sus efectos preclusivos, entonces estas preocupaciones deben ser tomadas como signos de alerta que aconsejan fuertemente contra la agregación. Como se sostiene en § 2.07, el alcance de la preclusión se encuentra estrechamente relacionado con dictados constitucionales en materia de debido proceso y con consideraciones de justicia hacia los reclamantes y los demandados. Ambos argumentos representan los fundamentos más relevantes para no asignar efecto preclusivo al resultado de los procesos colectivos.

El énfasis puesto aquí en el efecto preclusivo brinda claridad adicional a la operación señalada en la sub-sección (a)(1). El tratamiento colectivo de cuestiones comunes puede avanzar materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles en comparación con otras alternativas procesales realistas al hacer más transparente y directa la determinación de si hay o no preclusión de cuestiones en subsiguientes procesos concernientes a las cuestiones remanentes en el litigio. Ver § 2.03, Comentario *b*; § 2.12, Comentario *b*. Esta clarificación del efecto de preclusión de cuestiones -nuevamente, un tema que será determinado en última instancia en subsiguientes procesos- opera notablemente aun cuando aquellos que se oponen a la agregación están preparados para conceder las cuestiones comunes respecto de las cuales se solicita un tratamiento colectivo. La consideración de la preclusión no se limita al momento en el cual la corte toma la determinación de agregar. Cuando la corte autoriza el tratamiento colectivo de una cuestión común, ella debería revisitar su análisis del potencial preclusivo al final del proceso en la medida que la tramitación de éste hubiera traído a la luz hechos o consideraciones adicionales que pudieran influir en el alcance de la preclusión.

*f. Protegiendo los intereses de los participantes.* Como se observa en el Capítulo 1, los procesos colectivos atribuyen a los participantes diferentes niveles de control. Ver § 1.05, Notas de los Reporteros. En particular, algunas formas de agregación tales como las acciones de clase implican un control de los participantes relativamente limitado. En la medida que el control retrocede, el marco para la agregación debe asumir por sí mismo un mayor rol en lo que hace a la protección de los intereses de todos los participantes. Parte de esta protección involucra el respeto de los derechos y remedios establecidos por el derecho sustantivo aplicable. Ver Comentario *d*. Asimismo, hay aspectos adicionales de

protección que conciernen a los derechos individuales de los participantes en el proceso colectivo. Como se sostiene en § 2.07, estos derechos individuales asumen diversas formas, incluyendo notificaciones, oportunidades para participar o excluirse e indagación judicial sobre los arreglos de representación concertados para el proceso colectivo.

La sub-sección (a)(2) subraya la importancia de un aspecto particular del principio general tratado en § 1.04(a), a saber: que los procesos colectivos deberían tener en consideración tanto los objetivos de los titulares de las pretensiones como los objetivos de los demandados. El tratamiento colectivo de una cuestión común no debería comprometer la justicia de los procedimientos para la resolución de las cuestiones remanentes presentadas por las múltiples pretensiones involucradas. La cuestión de la justicia, no obstante, se mantiene informada por el derecho sustantivo aplicable y por tanto debería ser analizada por la corte a la luz de éste.

### Ejemplos:

1. Múltiples empleados, 1-100, tienen pretensiones contra Demandado, todas ellas basadas en la alegación que Demandado ha desarrollado en su lugar de trabajo un patrón de prácticas de tratamiento diferencial basado en el sexo. El derecho sustantivo aplicable establece que la prueba de tal patrón o práctica dispara una presunción de tratamiento dispar en las particulares acciones laborales de las cuales se quejan los empleados. Demandado contesta que el derecho sustantivo también exige acordarle a éste una oportunidad para rebatir tal presunción con respecto a empleados particulares. En orden a determinar si corresponde autorizar o no el tratamiento colectivo y, en caso de autorizarlo, el alcance apropiado del mismo, la corte debería determinar si el derecho sustantivo requiere que Demandado tenga la oportunidad de rebatir la presunción de tratamiento dispar en instancias individuales. Si el derecho sustantivo efectivamente así lo dispone, y si tales instancias individuales no presentan cuestiones comunes a todos los empleados en beneficio de los cuales se solicita la agregación, entonces el proceso colectivo -de haberlo- no debería abarcar el procedimiento correspondiente para rebatir la presunción.

*g Revisión en instancia de apelación.* La sub-sección (c) de esta Sección enfatiza desde el inicio la profunda conexión existente entre la autoridad discre-

## Capítulo 2

cional para agregar pretensiones aquí descripta y el marco de revisión en instancia de apelación -revisión tanto de la propia determinación de agregar, como se encuentra ya previsto en el derecho de las acciones de clase, como de la resolución sobre el mérito de la cuestión en el supuesto que la agregación abarque sólo una cuestión común. La Sección 2.09 elabora con mayor especificidad el procedimiento de revisión en instancia de apelación del mérito de una cuestión común tratada en clave colectiva.

*h. Informando la determinación de la corte sobre la agregación.* La sub-sección (d) se refiere al procedimiento a través del cual la corte debería posicionarse para decidir si autorizar o no el tratamiento colectivo. La aplicación de los principios desarrollados en este Capítulo a menudo exigirá a la corte mirar más allá de los escritos postulatorios. La atención prestada en la sub-sección (d) a la potencial necesidad de un “*discovery* controlado” sobre asuntos fácticos pertinentes para resolver sobre la agregación se desprende del reconocimiento emergente según el cual la cuestión de si agregar o no es una cuestión mixta de hecho y de derecho, no un asunto postulatorio. La insistencia en la sub-sección (a) para que la corte afirmativamente “determine” que la agregación satisfará los criterios allí establecidos, subraya la obligación de la corte de resolver cada una de esas cuestiones como presupuesto para autorizar el tratamiento colectivo. Ver también § 2.06 (subrayando la obligación judicial de decidir todas las cuestiones de derecho que pudieran influir sobre la decisión de agregar).

La dimensión fáctica de la decisión puede requerir un *discovery* controlado en determinado momento para informar el modo en que la corte debe aplicar los principios establecidos aquí. El *discovery* sobre cuestiones relativas a la agregación no es un derecho de los titulares de las pretensiones ni de los demandados sino, más bien, una facultad discrecional de la corte a la luz de la naturaleza de los asuntos fácticos que influyen para determinar si agregar o no. Si la corte considera que es necesario proceder a un *discovery* controlado, entonces debería establecer un plan para organizarlo. La siguiente frase “pertinente para esa determinación” refleja igualmente que el *discovery* controlado, cuando es autorizado por la corte, no debería abarcar todas las disputas fácticas presentes en las múltiples pretensiones, sino más bien sólo aquellas que influyen sobre la idoneidad del tratamiento colectivo. Las disputas fácticas que no son pertinentes para el tratamiento colectivo son apropiadamente abordadas por la corte bajo el marco ordinario de la sentencia sumaria o del enjuiciamiento tradicional.

*i. Identificación del alcance del tratamiento colectivo.* La sub-sección (e)(1) subraya la necesidad que tiene la corte de identificar las cuestiones o pretensiones

## Capítulo 2

comunes que serán abarcadas por el tratamiento colectivo. Esta identificación sirve al propósito inmediato de poner a la corte en condiciones de proveer notificaciones, como se garantiza en § 2.07(a)(3), concernientes a los asuntos que pueden ser precluidos como resultado del proceso colectivo. Adicionalmente, la precisión judicial sobre el alcance de la agregación facilita la determinación de los efectos preclusivos en cualquier proceso subsiguiente que verse sobre otras cuestiones presentes en las múltiples pretensiones involucradas. La identificación del alcance de la agregación también facilita la práctica de notificaciones importantes para aquellos cuyas pretensiones o defensas puedan precluir con motivo del proceso colectivo. Finalmente, la clara articulación de las bases de la agregación facilita una informada revisión en instancia de apelación.

*j. Explicación de las razones que justifican el tratamiento colectivo.* La sub-sección (e)(2) opera en tándem con los criterios establecidos en las sub-secciones (a) y (b), insistiendo en que cualquier autorización judicial para agregar pretensiones debería ser acompañada por la explicación de cómo ese tratamiento resolverá justa y eficientemente las cuestiones o pretensiones comunes identificadas y cómo avanzará materialmente la resolución de cualquier cuestión o pretensión remanente. La necesidad de una justificación expresa por parte de la corte se desprende del reconocimiento efectuado en el Comentario *a* respecto de la naturaleza discrecional de la decisión de agregar. La Sección 2.12 profundiza en el plan de adjudicación que la corte debería desarrollar en esta línea.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* La naturaleza discrecional de la decisión de agregar pretensiones por medio de acciones de clase y consolidaciones es una característica bien reconocida del derecho vigente. Ver 7AA Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Mary Kay Kane, *Federal Practice and Procedure* § 1785, 370–371 (3d ed. 2005) (“La corte de juicio tiene amplia discreción para decidir si certifica una acción de clase, y su decisión será revocada sólo si se demuestra un abuso en tal discreción”.); 9A Charles Alan Wright & Arthur R. Miller, *Federal Practice and Procedure* § 2383, 437–438 (3d ed. 2005) (“La corte de distrito ha sido dotada con amplia discreción para decidir si la consolidación. . . sería deseable y la decisión del juez de distrito es, inevitablemente, altamente contextual. . .”). La referencia a la autoridad general de las cortes para

## Capítulo 2

ejercitar una “temprana y efectiva supervisión” sobre el litigio se desprende del Manual for Complex Litigation (Fourth) § 10 (2004).

El derecho existente reconoce la posibilidad de brindar un tratamiento de clase a todas las cuestiones involucradas en una “controversia” más grande si “la corte encuentra demostrado que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre cualquier cuestión que afecte sólo a miembros individuales, y que la acción de clase es superior a otros métodos disponibles para la justa y eficiente adjudicación de la controversia”. Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(b)(3). Al mismo tiempo, el derecho vigente también reconoce la posibilidad de que una corte, “[c]uando resulte apropiado”, pueda realizar un tratamiento de clase “con respecto a cuestiones particulares” dentro de una constelación más grande de cuestiones generadas por una controversia determinada. Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(c)(4).

Esta Sección procede sobre la premisa de que tanto el requisito de predominancia, establecido en la Regla 23(b)(3), como la autorización para tratar colectivamente sólo ciertas cuestiones, reconocida en la Regla 23(c)(4), son valiosos componentes del derecho de los procesos colectivos. El marco aquí establecido no contempla el abandono de estas previsiones en el derecho vigente ni tampoco la necesidad de su modificación. Más bien, al presentar el tratamiento colectivo de cuestiones comunes en términos de si tal tratamiento avanzará materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles, esta Sección trabaja sobre prácticas actuales de una manera más sistemática. El objetivo es asistir tanto a las cortes como a los abogados mediante la identificación, con mayor precisión, de las consideraciones reflejadas en la interacción que se da entre las Sub-secciones (b)(3) y (c)(4) de la Regla 23, tal como se encuentran establecidas en el derecho vigente.

Las cortes están divididas sobre la precisa relación que existe entre el requisito de predominancia establecido en la Regla 23(b)(3) y la autorización de brindar tratamiento colectivo sólo a ciertas cuestiones establecida en la Regla 23(c)(4). Comparar, por ejemplo, *Castano v. Am. Tobacco Co.*, 84 F.3d 734, 745 n.21 (5th Cir. 1996) (“Leer la Regla 23(c)(4) como autorizando a una corte para separar cuestiones hasta que la cuestión común remanente predomine sobre las cuestiones individuales remanentes vaciaría de contenido el requisito de predominancia establecido en la Regla 23(b)(3); ya que el resultado sería una certificación automática en cada caso donde haya una cuestión común, un resultado que no puede haber sido el buscado”), con, por ejemplo, *In re Nassau County Strip Search Cases*, 461 F.3d 219, 227 (2d Cir. 2006) (“[U]na corte debe emplear la sub-sección (c)(4) para certifi-

**Capítulo 2**

car una clase en lo que hace a la responsabilidad civil, con independencia de que la pretensión como un todo satisfaga el requisito de predominancia establecido en la Regla 23(b)(3)”). La división en las cortes, a su turno, ha generado divergentes recomendaciones de parte de la doctrina. Comparar Laura J. Hines, *Challenging the Issue Class Action End-Run*, 52 Emory L.J. 709 (2003) (criticando el uso de la certificación de cuestiones por socavar los requisitos de la regla 23(b)(3)), con Jon Romberg, *Half a Loaf is Predominant and Superior to None: Class Certification of Particular Issues Under Rule 23(c)(4)(A)*, 2002 Utah L. Rev. 249 (bregando por un mayor uso de la certificación de cuestiones para tratamiento colectivo).

Según sus términos, el requisito de predominancia establecido en la Regla 23(b)(3) requiere una comparación entre “las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros de la clase” y “cualquier cuestión que afecte sólo a miembros individuales”. Quienes abogan por la certificación de cuestiones tienen un incentivo para encuadrar las cuestiones de derecho y de hecho en un alto nivel de generalidad de modo tal de argumentar sobre su carácter común, mientras que los oponentes a este tipo de tratamiento colectivo tienen un incentivo para catalogar con detalles microscópico cada variación fáctica o legal que sugiera la existencia de cuestiones individuales. La especificación de que las cuestiones comunes deben “predominar” sobre las individuales, además, es susceptible de ser leída incorrectamente como sugiriendo que el mero apilamiento de cuestiones comunes justifica de algún modo la certificación de la clase, aun en presencia de cuestiones individuales que impedirían al proceso brindar respuestas comunes con respecto a los asuntos allí comprendidos. El lenguaje de la Regla 23(c)(4), a su turno, provee poca guía sobre las consideraciones que deberían determinar cuándo la certificación parcial encuadra en la calificación “cuando sea apropiado”. Para una discusión de los factores relevantes a la hora de decidir si certificar una clase con respecto a una cuestión particular, ver *Hohider v. United Parcel Service, Inc.*, 574 F.3d 169, 200–202 (3d Cir. 2009).

Buscando entender la Regla 23(b)(3) y la Regla 23(c)(4) como un todo integrado, el actual Manual for Complex Litigation reconoce que las cortes deberían emprender el tratamiento colectivo de cuestiones comunes “sólo si éste permite una justa presentación de las pretensiones y defensas, y avanza materialmente la disposición del litigio como un todo”. Ver Manual for Complex Litigation (Fourth) § 21.24, p. 273 (2004). Ver también Barbara J. Rothstein & Thomas E. Willging, *Managing Class Action Litigation: A Pocket Guide for Judges* 10 (2d ed. 2009) (“El test pasa por determinar si la resolución de la cuestión común avanza el litigio como un todo, en oposición a dejar

## Capítulo 2

un gran número de cuestiones para una adjudicación caso por caso.”). La misma locución aparece en la jurisprudencia. Ver, por ejemplo, *McLaughlin v. Am. Tobacco Co.*, 522 F.3d 215, 234 (2d Cir. 2008) (declinando autorizar una acción de clase para el juzgamiento de cuestiones porque no “avanzaría materialmente el litigio”). El lenguaje de la sub-sección (a)(1) de esta Sección incorpora dicha noción de avance material como diferente de un avance sólo marginal o trivial. Una noción muy similar sobre avance material es parte del derecho vigente en materia de autorización de apelaciones interlocutorias. Ver 28 U.S.C. § 1292(b) (proveyendo que las cortes de distrito pueden autorizar apelaciones interlocutorias de órdenes no finales, a discreción de las cortes de apelación relevantes, con respecto a “cuestiones de derecho controlantes” de modo tal que la “apelación inmediata” podría “avanzar materialmente la resolución última del litigio”). En esta Sección, la formulación “avanzar materialmente” está diseñada para transmitir un sentido similar de importancia central para todo el litigio.

Las especificaciones adicionales contenidas en la sub-sección (a)(1) respecto a que la cuestión común apropiada para tratamiento colectivo debería ser un “núcleo fundamental” del litigio y no algo tangencial o secundario, refleja el análisis para certificación de clase efectuado conforme la Regla 23(b)(3) en *Klay v. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241, 1254–1255 (11th Cir. 2004). Allí, la corte evaluó la conveniencia de certificar la clase basada, en gran medida, en si la resolución de las cuestiones comunes de manera colectiva podría avanzar la disposición global de las pretensiones subyacentes. Ver el mismo precedente, p. 1254 (señalando que, al tomar la decisión de certificar una clase, la corte debería “evaluar el grado en que la resolución de cuestiones en clave colectiva avanzará la pretensión de cada miembro individual contra el demandado”). A pesar de esto, la certificación de clase en *Klay* no abarcó todas las cuestiones que presentaba el litigio subyacente. La certificación abarcó sólo las pretensiones federales de los miembros de la clase que encontraban causa en RICO, mas no sus pretensiones de derecho estatal por incumplimiento de contrato. No obstante, la resolución de únicamente las pretensiones federales con causa en RICO, en el análisis efectuado por la corte en *Klay*, podía avanzar materialmente la disposición global de las pretensiones de los miembros de la clase.

La determinación de lo que significa una cuestión que configura un “núcleo fundamental” del litigio, no obstante, es sensible al particular derecho sustantivo involucrado en el caso. En línea con el reconocimiento efectuado en esta Sección respecto de la dificultad de certificar clases en casos de daños personales, la corte de distrito responsable del caso de la droga

## Capítulo 2

—litigio federal consolidado en materia de responsabilidad derivada de productos elaborados— declinó certificar una clase para tratar colectivamente la cuestión de la causalidad general. La corte sostuvo que “[e]s poco probable que la resolución de la causalidad general afecte el curso de este litigio” porque “[p]oco tiempo y gasto, o ninguno, serán ahorrados en los juicios individuales en virtud del juicio colectivo precedente sobre la causalidad general”. In re Vioxx Prods. Liab. Litig., 239 F.R.D. 450, 462 (E.D. La. 2006) (citas internas omitidas). Ver también Roger L. Transgrud, *Mass Trials in Mass Tort Cases: A Dissent*, 1989 U. Ill. L. Rev. 69, 79 (“Raramente. . . un juicio masivo [sobre causalidad general] llevará a una rápida decisión a favor de un gran grupo de actores contra uno o más demandados, porque aun si el jurado encuentra demostrado, por ejemplo, que el producto del demandado pudo haber causado el daño padecido por el actor, todavía serán necesarios juicios individuales para determinar la causalidad específica, establecer si el demandado cuenta con alguna defensa afirmativa disponible, y determinar la extensión de los daños sufridos por los actores. Poco tiempo y gastos, o ninguno, será ahorrado en estos juicios individuales en virtud del juicio masivo precedente sobre causalidad general.”). Una corte de apelación canadiense arribó a igual conclusión en la acción de clase promovida en dicho país por daños causados por la misma droga. Ver *Wuttunee v. Merck Frosst Canada Ltd.*, [2009] 5 W.W.R. 228 (Can. Sask. C.A.).

El rechazo de la certificación de clase pedida en el litigio de Vioxx para tratar la cuestión de la causalidad general aplica el enfoque que puede verse en todos lados en materia de litigios de responsabilidad por productos elaborados, y puede servir como indicativo de la preocupación sobre la inhabilidad para dictar decisiones precisas reflejando pretensiones individuales diversas. Ver, por ejemplo, *Castano*, 84 F.3d at 741, 746 (rechazando el enjuiciamiento en clave colectiva de “cuestiones fundamentales en materia de responsabilidad” porque la agregación de pretensiones “magnífica y refuerza el número de pretensiones sin mérito”); In re *Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, 51 F.3d 1293, 1297 (7th Cir. 1995) (revocando el tratamiento en clave colectiva de cuestiones relativas a la negligencia, destacando “el loable deseo del juez de distrito de experimentar con un procedimiento innovador para racionalizar la adjudicación de un ‘hecho de daños masivos’”, pero sosteniendo que en la práctica las cuestiones enjuiciadas excederían “los límites permisibles de discreción para la gestión de litigios federales”).

No obstante, las cortes han reconocido la viabilidad de clases certificadas para ciertas cuestiones en circunstancias ajenas al campo de la responsabilidad por productos elaborados. Ver *Mejdrech v. Met-Coil Systems Corp.*,

## Capítulo 2

319 F.3d 910 (7th Cir. 2003); *Allen v. Int'l Truck & Engine Corp.*, 358 F.3d 469 (7th Cir. 2004). Los detalles específicos de *Mejdrech* y *Allen* son trabajados más adelante, en §§ 2.03 y 2.04, respectivamente. En lo que interesa para esta Sección, el punto es que en *Mejdrech* y *Allen* el Séptimo Circuito revocó por abuso de discreción los rechazos de la corte de distrito a certificar clases para el tratamiento de cuestiones en casos de contaminación ambiental y discriminación laboral, respectivamente, en contraste con el rechazo de certificación de clases para tratamiento de cuestiones en casos de responsabilidad por productos elaborados. Ver *Rhone-Poulenc*, 51 F.3d 1293.

Al mismo tiempo, el Comentario *a* advierte que la tendencia del tratamiento colectivo a incrementar la presión para llegar a un acuerdo transaccional no debería, por sí misma, dotar de mayor sustento a una determinación de la corte sobre si la agregación avanzaría materialmente el litigio. Esta advertencia se encuentra en línea con el reconocimiento de que la realidad descriptiva de la presión para acordar que genera la agregación es diferente de la cuestión normativa sobre si tal presión es deseable o indeseable a la luz del derecho sustantivo. Ver Richard A. Nagareda, *Aggregation and its Discontents: Class Settlement Pressure, Class-Wide Arbitration, and CAFA*, 106 Colum. L. Rev. 1872, 1879–1895 (2006).

El Comentario *a* advierte igualmente contra una indagación basada simplemente en términos del nivel de “esfuerzo” que los patrocinantes legales y la corte esperan dedicar a una cuestión común considerada fundamental para la agregación. En las etapas tempranas del litigio es dificultoso intentar cuantificar el tiempo judicial necesario para atender cuestiones que podrían ser resueltas por mociones previas al juicio, *discovery* o de otro modo. En general, no parece probable que una indagación cuantitativa del género rinda frutos. Una corte estatal aparentemente adoptó una visión de este tipo respecto de su regla de acciones de clase con modalidad de optar por excluirse del proceso. Ver, por ejemplo, *Sw. Refining Co. v. Bernal*, 22 S.W.3d 425, 434 (Tex. 2000) (presentando la indagación sobre la predominancia en términos de “si las cuestiones comunes o individuales serán objeto de la mayoría de los esfuerzos de los litigantes y la corte”) (citando *Central Power & Light Co. v. City of San Juan*, 962 S.W.2d 602, 610 (Tex. Ct. App. 1998)). Una asignación anticipada de “esfuerzos” seguramente podría arrojar alguna luz sobre si una cuestión común determinada propuesta para tratamiento colectivo estaría en condiciones de “avanzar materialmente la resolución” de múltiples pretensiones. De hecho, inmediatamente antes de su referencia a “los esfuerzos de los litigantes y la corte”, la corte de *Bernal* presentó la indagación sobre el requisito de predominancia en términos de

## Capítulo 2

“las cuestiones sustantivas del caso que controlarán el resultado del litigio”. Id. El lenguaje de la sub-sección (a)(1) está diseñado para enfatizar la naturaleza cualitativa de la indagación, una indagación potencialmente informada —pero no necesariamente dictada— por la anticipada asignación de esfuerzos entre las cuestiones involucradas.

Sobre la familiar proposición de que una corte no puede, como parte de la certificación de clase, predeterminar el efecto preclusivo de sus propias decisiones sino que, más bien, la cuestión de la preclusión será determinada en última instancia en el contexto de otros procesos, ver, por ejemplo, Reg. F. de Proc. Civ. 23, notas del comité consultivo (reforma del año 1966); *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Epstein*, 516 U.S. 367, 396 (1996) (Ginsburg, J., concurriendo en parte y disintiendo en parte); ver también *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis* § 5.05, Comentario *b*, 285 (“[L]a corte, al decidir un caso complejo, no determinará el alcance exacto de la preclusión que provocarán las decisiones del litigio”). No obstante, una corte que debe decidir si autorizar o no el tratamiento colectivo debería indagar con detenimiento el *potencial* efecto preclusivo de tal procedimiento. Conf. Reg. F. Proc. Civ. 23, nota del comité consultivo (reforma de 1966) (“La corte. . . al enmarcar la decisión de cualquier proceso promovido como una acción de clase, debe decidir cuál será el alcance de su cobertura. Si el asunto es considerado cuidadosamente resulta menos probable que se produzcan más tarde planteos de *cosa juzgada* y, de presentarse, serán respondidos de forma más satisfactoria”).; Tobias Barrington Wolff, *Preclusion in Class Action Litigation*, 105 *Colum. L. Rev.* 717, 722 (2005) (“Ninguna corte puede legítimamente resolver un pedido de certificación en una acción de clase -al menos, una acción de clase que podría proceder hacia un resultado litigioso- sin haber alcanzado un entendimiento claro del probable efecto preclusivo que una decisión en el caso podría tener sobre los miembros de la clase y las opciones que la corte tiene a disposición para alterar o restringir tales efectos”).

*Comentario b.* El derecho vigente reconoce la importancia de una indagación comparativa sobre si la acción de clase “es superior a otros métodos disponibles para la justa y eficiente adjudicación de la controversia”, locución utilizada por la Reg. F. de Proc. Civ. 23(b)(3). La Suprema Corte ha reforzado este punto, señalando que “las acciones de clase constituyen uno de varios métodos para producir la agregación de pretensiones, esto es, son sólo uno de diversos métodos por los cuales múltiples partes situadas en posición similar logran que pretensiones similares sean resueltas de una sola vez y en

## Capítulo 2

una sola jurisdicción federal”. *Sprint Communications Co. v. APCC Services, Inc.*, 128 S. Ct. 2531, 2545 (2008).

Como en § 2.01, las referencias efectuadas en esta Sección a las distinciones entre asuntos *upstream* y *downstream* y entre daños económicos y daños personales es tomada de Samuel Issacharoff, *Class Action Conflicts*, 30 U.C. Davis L. Rev. 805, 831–832 (1997). Ver § 2,01, Notas de los Reporteros. El encuadramiento de esta indagación efectuado en el Comentario *b* en términos de consideraciones adicionales, tales como la viabilidad de las pretensiones en ausencia de agregación y la variación entre pretensiones, se basa en un enfoque similar presente en la doctrina, si bien con algunas diferencias terminológicas:

	Baja Variación Entre Pretensiones Individuales	Alta Variación Entre Pretensiones Individuales
Bajo Valor de las Pretensiones Individuales	Acciones de clase indispensables para la prosecución privada	Prosecución privada colectiva dificultosa debido a problemas de gestión
Alto Valor de las Pretensiones Individuales	Acciones de clase necesarias, pero mayor preocupación por la posibilidad de excluirse del proceso y otros derechos de control	Tratamiento colectivo no esencial y acción de clase considerada sospechosa

Samuel Issacharoff, *Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the U.S. Experience*, 34 Tex. Int'l L.J. 135, 149 (1999). La fuerza de la justificación para certificar la clase en el escenario de baja viabilidad y baja variación es bien reconocida en el derecho de las acciones de clase. Ver *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 617 (1997) (“La idea que se encuentra en el núcleo fundamental del mecanismo de acciones de clase es superar el problema de que las pequeñas sumas no proveen incentivo para ninguna persona a fin de promover una acción individual en defensa de sus derechos. La acción de clase soluciona este problema agregando las relativamente insignificantes potenciales sumas a recuperar y convirtiéndolas en algo que valga la pena el trabajo de alguien (usualmente un abogado)”) (citando *Mace v. Van Ru Credit Corp.*, 109 F.3d 338, 344 (7th Cir. 1997)).

## Capítulo 2

El *discovery* coordinado a lo largo de múltiples pretensiones pendientes en cortes federales tiene lugar por aplicación de la Multidistrict Litigation Act, 28 U.S.C. § 1407(a) (“Cuando acciones civiles que involucran una o más cuestiones comunes de hecho se encuentran pendientes en diferentes distritos, tales acciones pueden ser transferidas a cualquier distrito para desarrollar los procedimientos previos al juicio coordinados o consolidados”). Ver también *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis*, 21–24 (describiendo en general el proceso de litigio multidistrital y los problemas con las transferencias de casos conforme la Sección 1407).

Las decisiones previas al juicio en materia de admisibilidad de prueba pertinente para cuestiones que son comunes a múltiples pretensiones emergen como una importante dimensión de los litigios federales consolidados por el Panel Judicial de Litigio Multidistrital. Ver, por ejemplo, *In re Ocean Bank*, 481 F. Supp. 2d 892, 896 (N.D. Ill. 2007) (haciendo lugar parcialmente y rechazando parcialmente una moción de los actores contra cierto testimonio experto en acciones basada en la Fair Credit Reporting Act); *In re Fedex Ground Package System, Inc. Employment Practices Litigation*, No. 3:05-MD-527 RM (MDL-1700), 2007 WL 3027405, \*1 (N.D. Ind. 15 de Octubre de 2007) (invalidando por razones de admisibilidad una moción del actor contra parte de los reportes del experto presentado por la demandada).

Para una discusión sobre los juicios individuales tradicionales como medios para avanzar materialmente la resolución de múltiples pretensiones en el contexto de consolidaciones dispuestas por el Panel Judicial de Litigio Multidistrital, ver *DeLaventura v. Columbia Acorn Trust*, 417 F. Supp. 2d 147, 156 (D. Mass. 2006) (alabando los esfuerzos del juez de distrito en el litigio de Vioxx orientados a “empujar a la mesa de negociación a actores y fabricantes del medicamento mediante *el enjuiciamiento* de casos representativos, dejando que los resultados de éstos pongan *en los tribunales* un precio de referencia para el acuerdo transaccional global”). Ver también Edward F. Sherman, *The MDL Model for Resolving Complex Litigation If a Class Action is Not Possible*, 82 Tul. L. Rev. 2205 (2008). Como explica otra corte:

Un *bellwether trial*. . . permite a la corte y al jurado acordar debida consideración a los principales argumentos de ambas partes sin enfrentar la desalentadora perspectiva de resolver cada cuestión en cada caso. Cabe recordar que un demandado no es responsable meramente porque ha sido demandado por un gran grupo de actores. Y todo litigante experimentado entiende que a menudo hay un manejo de cuestiones cruciales sobre las cuales gira primariamente el litigio. Un *bellwether trial* permite a cada parte presentar sus mejores argumentos sobre estas cuestiones para que sean

## Capítulo 2

resueltas por un juzgador de hecho. Más aun, la resolución de estas cuestiones frecuentemente facilita el acuerdo sobre las pretensiones remanentes.

Por supuesto que los *bellwether trials* no pueden exceder los límites impuestos por la Constitución, pero estos procesos no provocan necesariamente altos riesgos de hacerlo.

In re Methyl Tertiary Butyl Ether (MTBE) Prods. Liab. Litig., No. 1:00-1898, MDL 1358(SAS), M21-88, 2007 WL 1791258, \*2 (S.D.N.Y. 15 de Junio de 2007). Ver también Morgan v. Ford Motor Co., No. 06-1080 (JAP), 2007 WL 1456154, \*6-7, \*9-10 (D.N.J. 17 de Mayo de 2007); Alexandra D. Lahav, *Bellwether Trials*, 76 Geo. Wash. L. Rev. 576 (2008).

El juez de distrito responsable del litigio federal sobre Vioxx consolidado por el Panel Judicial de Litigio Multidistrital explica que los *bellwether trials* pueden generar información apta para facilitar la resolución de casos relacionados y aun no enjuiciados, aun cuando tales procesos no producen efectos preclusivos con respecto a los restantes:

Un típico caso *bellwether* comienza a menudo como un simple proceso individual, el cual procede a través del *discovery* previo al juicio, y en el juicio mismo, de la tradicional manera binaria: un actor contra un demandado. Sin embargo, tal caso puede asumir cualidades de “*bellwether*” cuando resulta seleccionado para enjuiciamiento porque involucra hechos, pretensiones o defensas que son similares a los hechos, pretensiones y defensas presentes en un grupo más amplio de casos relacionados. . . [E]n orden a beneficiar el proceso de litigio multidistrital, los resultados de *bellwether trials* no necesitan ser vinculantes sobre las partes consolidadas con pretensiones o defensas relacionadas. Es que con el sólo hecho de inyectar jurados y determinación de hechos en el litigio multidistrital, los *bellwether trials* asisten en la maduración de las disputas al proveer una oportunidad, para el patrocinio letrado que coordina, de *organizar* los productos del *discovery* común previo al juicio, *evaluar* las fortalezas y debilidades de sus argumentos y pruebas, y *comprender* los riesgos y costos asociados con el litigio. De mínima, el proceso *bellwether* debería llevar a la creación de “paquetes de juicios” que puedan ser utilizados por los patrocinantes legales locales luego de la disolución del litigio multidistrital consolidado, un subproducto valioso por sí mismo que provee al menos una justificación parcial para la tradicional demora asociada con la práctica del litigio multidistrital. Además, y tal vez más importante, el conocimiento y la experiencia ganada durante el proceso *bellwether* puede precipitar negociaciones para lograr un acuerdo transaccional global y asegurar que tales negociaciones no se produzcan en el vacío, sino más bien a la luz de evaluaciones del litigio producidas en el mundo real por múltiples jurados.

## Capítulo 2

Eldon E. Fallon, Jeremy T. Grabill & Robert Pitard Wynne, *Bellwether Trials in Multidistrict Litigation*, 82 Tul. L. Rev. 2323, 2325 (2008).

Sobre el surgimiento de agregaciones administrativas que las cortes han considerado al nivel de “quasi-acciones de clase”, ver *In re Zyprexa Prods. Liab. Litig.*, 424 F. Supp. 2d 488, 491 (E.D.N.Y. 2006) (señalando “el gran número de actores sujetos a la misma matriz de acuerdo transaccional aprobada por la corte” en un litigio multidistrital consolidado). Para lecturas similares, ver *In re Vioxx Prods. Liab. Litig.*, 574 F. Supp. 2d 606, 611 (E.D. La. 2008); *In re Guidant Corp. Inflatable Defibrillators Prods. Liab. Litig.*, MDL No. 05-1708 (DWF/AJB), 2008 WL 682174, \*17–18 (D. Minn. 7 de Marzo de 2008). La agregación administrativa puede presentar significativas cuestiones procesales. Para un análisis con referencia al contexto de daños masivos, ver Elizabeth Chamblee Burch, *Procedural Justice in Nonclass Aggregation*, 44 Wake Forest L. Rev. 1, 16–23 (2009) (distinguiendo entre actitudes de “individuos orientados al grupo” e “individuos dentro del colectivo” en agregaciones que no son acciones de clase).

Con respecto a la comunicación entre cortes para coordinar el manejo de pretensiones civiles relacionadas, uno puede mirar como guía —por analogía— el desarrollo de las comunicaciones entre cortes en el contexto de procesos de quiebra transnacionales. Ver *Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases*, <http://www.ali.org/doc/Guidelines.pdf> (última visita el 11 de Agosto de 2013), adoptadas y promulgadas por el American Law Institute en el 2000, e incluidas como Apéndice B en *Transnational Insolvency: Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries* (2003). La referencia adicional a la posibilidad de que un juez particular juzge por designación en los diversos lugares donde pueden ocurrir los *bellwether trials* de casos individuales, está diseñada para reflejar una práctica emergente en los litigios multidistritales consolidados. En ese contexto, es posible obtener los beneficios de los *bellwether trials* como modo de informar a la corte receptora de los casos multidistritales consolidados, a pesar de las restricciones impuestas por *Lexecon Inc. v. Milberg Weiss Bershad Hynes & Lerach*, 523 U.S. 26 (1998) (sosteniendo que la corte receptora de los casos multidistritales consolidados sólo tiene autoridad para conducir procedimientos previos al juicio conforme lo dispone 28 U.S.C. § 1407(a), y, por tanto, debe reenviar los casos consolidados a las cortes de origen para su enjuiciamiento). Ver también *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis* § 3.06, Comentario *g*, 125 (“[U]na vez que el juez receptor separa las cuestiones comunes y las individuales . . . [l]a solución más común probablemente será que las cuestiones indivi-

## Capítulo 2

duales no resueltas, como los daños, sean reenviadas a las cortes de origen para su adjudicación”).

La discusión de más arriba sobre la capacidad de una corte en un proceso colectivo para manejar procesos sobre las cuestiones remanentes está vinculada a la jurisprudencia divergente, también mencionada más arriba, sobre certificación de clases para el tratamiento de cuestiones. Una serie de decisiones del Séptimo Circuito refleja la distinción entre el escepticismo judicial sobre la certificación de clases para el tratamiento de cuestiones en el contexto de daños masivos y el apoyo judicial a un tratamiento de este tipo en algunas áreas de litigios ambientales y discriminación laboral. Comparar *In re Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*, 51 F.3d 1293 (7th Cir. 1995) (litigio de daños masivos con causa en productos de sangre contaminados), con *Mejdrech*, 319 F.3d 910 (contaminación ambiental); *Allen*, 358 F.3d 469 (discriminación laboral).

*Comentario d.* Sobre la agregación en el contexto de acciones de clase como vía para amplificación y como una fuente potencial de distorsión del derecho sustantivo, ver Richard A. Epstein, *Class Actions: Aggregation, Amplification, and Distortion*, 2003 U. Chi. Legal F. 475. La proposición de que el tratamiento colectivo de cuestiones comunes en un litigio debe respetar las divisiones entre cuestiones formuladas por el derecho sustantivo aplicable, se desprende de la advertencia de que las cortes, al autorizar el tratamiento colectivo de cuestiones particulares, “deben construir sobre tal articulación”. *Rhone-Poulenc*, 51 F.3d at 1302. Para una discusión más extensa, ver § 2.03, *Comentario a.* La metáfora de conjuntos creados por el derecho sustantivo enfoca apropiadamente la atención sobre la existencia y naturaleza de divisiones hechas entre varias cuestiones, tal como son delineadas por los elementos de una causa de acción o defensa. Otros tipos de conjuntos pueden desprenderse no tanto de diferentes elementos legales como de la organización de la prueba en el juicio, tal como sucede con las distinciones efectuadas por el derecho en materia de discriminación laboral entre los componentes del caso *prima facie* de los actores y aquellos asuntos defensivos respecto de los cuales la carga de producción de la prueba pesa sobre el demandado. Ver, por ejemplo, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 432 (1971) (describiendo el caso *prima facie* para los actores y la carga de producción de la prueba para los demandados en acciones por discriminación laboral planteadas conforme a la teoría del impacto dispar).

*Comentario e.* El efecto preclusivo del tratamiento colectivo ha generado considerables discusiones en el contexto de las acciones de clase. Para dos artículos ilustrativos entre las muchas discusiones sobre este tema, ver, por

## Capítulo 2

ejemplo, Samuel Issacharoff, *Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Actions*, 77 Notre Dame L. Rev. 1057 (2002); Geoffrey C. Hazard, Jr. et al., *An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits*, 146 U. Pa. L. Rev. 1849 (1998). Para tratamientos previos acordados a este tema por el American Law Institute, ver *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis*, 5.05 y Comentarios.

Sobre los problemas especiales que pueden presentarse cuando una acción de clase propuesta abarca sólo algunas de las pretensiones con aptitud para ser adjudicadas en clave colectiva, ver *Citizens Ins. Co. of Am. v. Daccach*, 217 S.W.3d 430 (Tex. 2007). Allí, la Suprema Corte de Texas sostuvo que su regla estatal de acciones de clase “requiere a la corte de juicio, como parte de su riguroso análisis [sobre la certificación de clase], considerar el riesgo de que una decisión dictada en la acción de clase podría precluir la litigación subsiguiente de pretensiones no alegadas, abandonadas o divididas en tal proceso.” Id. p. 457. “La corte de juicio abusa en su discreción si omite considerar el efecto preclusivo de una decisión sobre pretensiones abandonadas, ya que la cosa juzgada podría socavar el requisito de la representatividad adecuada”. Id. (citando a Wolff, *Preclusion in Class Action Litigation*, 105 Colum. L. Rev. at 722).

Sobre la conveniencia del tratamiento colectivo de cuestiones comunes por medio de una acción de clase aun cuando la parte que se opone a la agregación está preparada para conceder tales cuestiones, ver *Nassau County Strip Search Cases*, 461 F.3d at 227–229. Allí, el Segundo Circuito vinculó la procedencia del tratamiento colectivo con el efecto de preclusión de cuestiones que ese tratamiento tendría en procesos posteriores concernientes a las cuestiones remanentes del litigio. El Segundo Circuito dijo que, ausente el tratamiento colectivo por medio de una acción de clase de las cuestiones comunes implicadas en la responsabilidad reconocida por los demandados con relación a una política de búsqueda inconstitucional, las cortes en posteriores procesos “podrían diferir en torno a si. . . los requisitos para la preclusión de cuestiones se encuentran reunidos”. Id. p. 228.

*Comentario f.* La necesidad de salvaguardar los intereses de los participantes debido a la reducción de su poder de control en el litigio colectivo ha sido reconocida desde hace largo tiempo. Ver, por ejemplo, *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 42 (1940) (definiendo la garantía constitucional de debido proceso en acciones de clase en términos de si el procedimiento adoptado “asegura de manera justa la protección de los intereses de las partes ausentes que serán vinculadas por [el litigio]”). Como se observa en § 2.07(d), la necesidad de proteger los intereses de los participantes en procesos colectivos no está confinada a las personas alineadas con el lado activo

## Capítulo 2

del litigio, sino que se extiende también a las personas que se oponen a los reclamantes.

El Ejemplo 1 es elaborado a partir de la situación presentada en *Dukes v. Wal-Mart, Inc.*, 509 F.3d 1168 (9th Cir. 2007). Sin embargo, el Ejemplo no toma posición sobre la cuestión legal de si el derecho sustantivo en materia de discriminación laboral requiere conceder al demandado, en un caso de patrón “o” práctica que involucra un alegado tratamiento dispar, la oportunidad de rebatir la presunción derivada de dicho tratamiento con respecto a empleados individuales miembros de la clase. El Ejemplo tampoco toma posición sobre la cuestión última en materia de agregación presentada en *Dukes*. El Ejemplo simplemente subraya la importancia central de la cuestión legal concerniente a la oportunidad de rebatir y su relación con la capacidad del tratamiento colectivo. Ello a fin de evitar comprometer la justicia del proceso de refutamiento tal como es delineado por el derecho sustantivo.

*Comentario h.* El derecho vigente en el campo de las acciones de clase reconoce que “[r]eunir la información necesaria a efectos de decidir sobre la certificación puede requerir tiempo”. Reg. F. de Proc. Civ. 23(c)(1), nota del comité consultivo (reforma del año 2003). “[U]n *discovery* controlado” bajo “[a]ctiva supervisión judicial” puede estar justificado para “identificar la naturaleza de las cuestiones que serán efectivamente presentadas en juicio”. Id. Sobre la importancia de la reforma del año 2003, ver *Oscar Private Equity Investments v. Allegiance Telecom, Inc.*, 487 F.3d 261, 267 (5th Cir. 2007) (“Estos cambios sutiles. . . reconocen que la orden de certificación dictada por una corte de distrito a menudo concede a los actores un extraordinario poder de negociación, y que su relevancia debería dictar el procedimiento que la precede. Estos cambios son el producto de años de estudio del Comité Consultivo sobre Reglas Civiles, incluyendo muchas audiencias abiertas y simposios. Esta sabiduría colectiva no debe ser dejada de lado. El hecho de que hay ‘importantes preocupaciones en materia de debido proceso inherentes a la decisión de certificar y concernientes tanto a actores como demandados no puede ser contradicho.’”) (citando *Unger v. Amedisys Inc.*, 401 F.3d 316, 320 (5th Cir. 2005)). Ver también Geoffrey P. Miller, *Review of the Merits in Class Action Certification*, 33 Hofstra L. Rev. 51, 87 (2004) (concluyendo que las cortes deberían “investigar el mérito en la medida que ello sea conveniente y útil para analizar los requisitos de certificación aplicables a la clase”).

La caracterización de la decisión de agregar como un asunto mixto conformado por cuestiones de hecho y de derecho —con la dimensión fáctica implicando la necesidad, en ciertos casos, de desarrollar un *discovery* contro-

## Capítulo 2

lado— se desprende de la tendencia dominante en recientes decisiones sobre el alcance apropiado de la indagación judicial en el marco de la certificación de clase. Ver *In re IPO Sec. Litig.*, 471 F.3d 24, 40 (2d Cir. 2006) (“Si bien a menudo hay disputas fácticas en conexión con los requisitos de la Regla 23 y tales disputas deben ser resueltas con determinaciones sobre hechos, la cuestión final con relación a cada requisito es realmente una cuestión mixta de hecho y de derecho. Un estándar legal como puede ser la impracticabilidad del litisconsorcio, la existencia de cuestiones comunes o lapredominancia, es aplicado sobre una serie de hechos, algunos de los cuales pueden estar en disputa”). *Id.* p. 41 (“Para evitar el riesgo de que una audiencia en el marco de la Regla 23 se extienda y convierta en un prolongado mini-juicio de porciones sustanciales del litigio subyacente, debe acordarse considerable discreción al juez de distrito para limitar tanto el *discovery* como la extensión de la audiencia sobre los requisitos previstos en la Regla 23. Pero aun con algunos límites sobre el *discovery* y la extensión de la audiencia, el juez de distrito debe recibir suficiente prueba por declaración jurada, documentos o testimonios para encontrarse satisfecho de que cada requisito previsto en la Regla 23 ha sido cumplido”); *In re Hydrogen Peroxide Antitrust Litig.*, 552 F.3d 305, 324 (3d Cir. 2008) (citando el pasaje precedente de *IPO*); *Oscar Private Equity*, 487 F.3d at 268 (“[La decisión de la Suprema Corte en] *Eisen* [v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156, 177–178 (1974)] no ha quitado a la Regla 23 todo su rigor. Una corte de distrito todavía debe acordar peso completo e independiente a cada requisito de la Regla 23, sin importar si ese requisito se superpone con el mérito del asunto”; *Szabo v. Bridgeport Machines, Inc.*, 249 F.3d 672, 676 (7th Cir. 2001) (“Un juez no debería y no podría aceptar como decisiva la afirmación del actor [con respecto a la impracticabilidad del litisconsorcio]; en cambio, el juez podría recibir pruebas (aunque sea una declaración jurada) y resolver las disputas antes de decidir si certificar la clase.”); *Dukes v. Wal-Mart, Inc.*, 509 F.3d 1168, 1181 (9th Cir. 2007) (llamando a una “determinación de hechos [por parte de la corte] que, basada en toda la evidencia presentada, demuestre la existencia de cuestiones comunes de hecho suficientes para justificar la certificación de la clase”).

Sobre el punto específico de que el cumplimiento de los recaudos necesarios para la certificación de clase no se presenta como una cuestión de apropiada postulación, ver *Hydrogen Peroxide*, 552 F.3d at 316 (“[L]os requisitos establecidos en la Regla 23 no son sólo meras reglas postulatorias.”).

*Comentario i.* El derecho vigente en materia de acciones de clase también reconoce que, como parte de la decisión de certificar, la corte “debe definir

## Capítulo 2

la clase y las pretensiones de la clase, cuestiones o defensas . . .” Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(c)(1)(B). La práctica judicial ha tendido, en ocasiones, a poner más atención en la primera tarea y menos en la última. El Tercer Circuito observa que “[l]as órdenes de certificación tienden a tratar los parámetros de la propia clase de manera mucho más clara y deliberada que las pretensiones, cuestiones o defensas planteadas por la clase.” *Wachtel v. Guardian Life Ins. Co.*, 453 F.3d 179, 184 (3d Cir. 2006). Analizando el lenguaje de la Regla 23(c)(1)(B), el Tercer Circuito insiste en que “los precisos parámetros que definen a la clase y una completa lista de las pretensiones, cuestiones o defensas a ser tratadas en clave colectiva” deben ser “fácilmente discernibles del propio texto de la orden de certificación o de un memorándum de opinión a ella incorporado”. *Id.* p. 185. Ver también *id.* pp. 187–188 (insistiendo en una “fácilmente discernible, clara y completa lista de pretensiones, cuestiones o defensas a ser tratadas en clave colectiva”). La sub-sección (e) y el Comentario *i*, a su turno, elaboran la justificación funcional para insistir en que las cuestiones comunes a ser determinadas en clave colectiva deben resultar “fácilmente discernibles” desde el inicio del proceso. Ver *id.* p. 185 (“El claro y completo tratamiento de la clase y de las pretensiones de esa clase, cuestiones o defensas en la etapa de certificación incuestionablemente facilitará la oportuna ejecución de lo que casi siempre es el siguiente paso. . . en los litigios de clase, esto es, la distribución de notificaciones a los miembros de la clase, supervisada por la corte”).

La notificación de las pretensiones específicas a ser litigadas colectivamente es especialmente importante cuando hay posibilidad de que se produzca cosa juzgada con respecto a otras pretensiones de los miembros ausentes que el representante de la clase hubiera elegido abandonar en el proceso colectivo por razones estratégicas. Aquí, la delimitación específica de las pretensiones a ser abarcadas por los procesos de clase podría ser necesaria en orden a conceder a los miembros putativos de la clase “una oportunidad para excluirse de la clase de forma tal de preservar pretensiones individuales que de otro modo no podrían plantear en litigios posteriores.” *Citizens Ins.*, 217 S.W.3d at 457.

*Efecto sobre el derecho vigente.* El enfoque ofrecido aquí está diseñado para dotar de precisión a la indagación que actualmente realizan las cortes dentro del vocabulario del derecho procesal existente, particularmente con relación al requisito de predominancia y la autorización de clases para el tratamiento de ciertas cuestiones prevista en Regla 23. En gran medida, para implementar el enfoque de esta Sección no sería necesario efectuar cambio alguno en las reglas procesales existentes. Como se explica con mayor pro-

## Capítulo 2

fundidad en § 2.09, sí sería necesaria cierta legislación para autorizar el tipo de apelación interlocutoria sobre determinaciones del mérito de una cuestión común en una acción de clase -una apelación adicional a la existente apelación interlocutoria contenida en la Regla 23(f) con respecto a la decisión de certificar la clase.



## TEMA 2

### EL DERECHO SUSTANTIVO COMO RESTRICCIÓN A LA AGREGACIÓN

#### § 2.03 Cuestiones de responsabilidad versus cuestiones de remedio al certificar una acción de clase

**Sujeto a los principios generales establecidos en § 2.02 y las limitaciones adicionales contempladas en §§ 2.07–2.08, la corte**

- (a) puede autorizar el tratamiento colectivo de una cuestión común concerniente a la responsabilidad por medio de una acción de clase cuando el derecho sustantivo separa esa cuestión de la elección y distribución de remedios apropiados y de otras cuestiones concernientes a la responsabilidad; y**
- (b) puede autorizar el tratamiento colectivo de cuestiones comunes de responsabilidad y cuestiones individuales de remedio por medio de una acción de clase cuando la resolución de las cuestiones de responsabilidad a favor del titular de la pretensión determinará, en la práctica, tanto la elección del remedio como el método para su distribución en clave individual.**

#### **Comentario:**

*a. Distinguiendo la responsabilidad del remedio.* Esta sección aplica el principio de eficiencia de § 1.03(b) a la distinción entre cuestiones de responsabilidad y cuestiones de remedio, permitiendo el tratamiento como acción de clase cuando el derecho sustantivo aplicable permite encontrar un punto de junctura en función del cual puede separarse la cuestión común concerniente a la responsabilidad de las cuestiones de remedio. Las cuestiones de responsabilidad son a menudo comunes a lo largo de múltiples reclamantes en tanto requieren la misma determinación legal o fáctica para cada uno de éstos. Ver § 2.01. La identidad de la indagación legal o fáctica que debe realizarse a través de todos los reclamantes hace que el tratamiento como acción de

## Capítulo 2

clase pueda potencialmente servir los principios generales de los procesos colectivos identificados en § 1.03, dejando las cuestiones de remedio para tratamiento en clave individual.

El tratamiento como acción de clase de una cuestión común de responsabilidad, no obstante, configura un asunto sujeto a la discreción judicial. La corte debería considerar si el tratamiento colectivo de una cuestión común de responsabilidad avanzará materialmente la resolución de múltiples pretensiones por abordar el núcleo fundamental de la disputa de una manera superior a otras alternativas procesales realistas, de modo tal de generar significativa eficiencia (ver § 2.02(a)(1)), y si dicho tratamiento colectivo se conformará con los principios generales de la agregación (ver § 2.02(a)(2) (referenciando §§ 1.03–1.05)). Una vez más, merece atención aquí la distinción efectuada a grandes rasgos entre asuntos *upstream* y *downstream* y entre daños económicos y daños personales (ver § 2.01, Comentario *c*), así como también la interacción entre la viabilidad de las pretensiones en clave individual y la variación de tales pretensiones (ver § 2.02, Comentario *b*).

Nada en la identificación de una cuestión común de responsabilidad invalida el derecho sustantivo concerniente a la asignación del poder de decisión sobre tal cuestión –por ejemplo, el derecho a un juicio por jurados con respecto a las pretensiones subyacentes. Esta restricción es consistente con la advertencia general de que la agregación debería respetar el contenido del derecho sustantivo. Ver § 1.03(a).

*b. Identificando cuestiones de responsabilidad.* Las cuestiones de responsabilidad aptas para tratamiento en acciones de clase bajo la sub-sección (a) pueden abarcar la gama completa de elementos necesarios para establecer la responsabilidad del demandado frente a todos los reclamantes o sólo ciertos elementos particulares de tales pretensiones. Con respecto a las cuestiones de responsabilidad como un todo o a particulares elementos de la responsabilidad, la pregunta para la corte sigue siendo si hay cuestiones comunes que son iguales en contenido funcional a través de todas las pretensiones a ser agregadas, ver § 2.01 –una pregunta estrechamente vinculada al derecho sustantivo. Además, la corte debe identificar en detalle los elementos cuya evaluación colectiva avanzará materialmente la resolución global del litigio por abordar el núcleo fundamental de la disputa; y debe permitir una determinación final y una revisión de tales cuestiones en instancia de apelación, tal como fue descrito en § 2.09. Los veredictos especiales sobre cuestiones de responsabilidad en el proceso colectivo son uno de los medios por los cuales la corte podría implementar esta específica identificación. En este aspecto, la corte se encuentra restringida por la necesidad práctica que pesa

## Capítulo 2

sobre otros jurados o cortes, en los eventuales procesos sobre las cuestiones remanentes, para determinar el efecto de preclusión de cuestiones generado por la acción de clase sobre la responsabilidad como un todo o sobre particulares elementos de la misma. Cuando el proceso de acción de clase no produce tal efecto de preclusión de cuestiones, desaparece la justificación práctica para la agregación. Ver § 1.03(c) (especificando que la agregación debería “facilitar resoluciones vinculantes de las disputas civiles”).

La sub-sección (a) agrega la significativa limitación de que la corte debería considerar también si el derecho sustantivo separa claramente la cuestión común de las cuestiones de remedio y de otras cuestiones concernientes a la responsabilidad. El tratamiento de una cuestión común en una acción de clase no podría avanzar materialmente la resolución de pretensiones relacionadas cuando la cuestión común permanece entrelazada, según el derecho sustantivo aplicable, con otras cuestiones que no son comunes, incluyendo las defensas individualizadas. Como mínimo, un entrelazamiento de ese tipo probablemente provocará la necesidad práctica de revisar en otros procesos, a efectos de abordar las cuestiones remanentes del litigio, la prueba producida sobre la cuestión común en el proceso colectivo. La prospectiva de una sustancial duplicación de esfuerzos tanto para las partes como para las cortes se presenta como una señal de peligro que aconseja fuertemente contra el tratamiento colectivo de la cuestión común.

El potencial de reconsideración de la prueba se desprende del reconocimiento que, en muchas áreas, el derecho sustantivo no delinea los elementos de una determinada causa de acción o de las defensas afirmativas aplicables de manera tal que dichos elementos sean completamente distintos y separados unos de otros. Más bien, los elementos pueden superponerse conceptualmente, con el resultado que la prueba relevante para uno puede también influir sobre los otros. En otras palabras, cuando el derecho sustantivo aplicable no delinea distintos puntos de juntura a partir de los cuales separar estos varios elementos, la prueba sobre ellos puede tender a superponerse. En el lenguaje de § 2.02(a)(1), el tratamiento colectivo de una cuestión común no avanzará materialmente la resolución de múltiples pretensiones cuando la prueba en el proceso colectivo deba ser sustancialmente reconsiderada en posteriores procesos sobre otras cuestiones.

Dada la tendencia de la prueba a ser, en muchas instancias, relevante para múltiples aspectos de la pretensión, no es realísticamente posible insistir en que no ocurrirá ningún tipo de reconsideración de la misma a través del proceso colectivo y los posteriores procesos. Se trata de una cuestión de grados y, en cuanto tal, demanda el ejercicio de discreción judicial en línea

## Capítulo 2

con la naturaleza discrecional de la determinación sobre si autorizar o no el tratamiento colectivo. Ver § 2.02, Comentario *a*. Cuanto más grande sea la necesidad práctica de reconsiderar la prueba, menor será la posibilidad de que el tratamiento colectivo avance materialmente la resolución de múltiples pretensiones en comparación con otras alternativas procesales realistas.

A esto cabe agregar que, en litigios donde aplica el derecho a un juicio por jurados reconocido en la Séptima Enmienda, la reconsideración de prueba a través del proceso colectivo y los posteriores procesos debe respetar las limitaciones de la Cláusula de Reexamen, la cual dispone que “ningún hecho de que haya conocido un jurado será objeto de nuevo examen en tribunal alguno de los Estados Unidos, como no sea con arreglo a las normas del derecho común”.

Una restricción adicional sobre el tratamiento colectivo de cuestiones comunes fluye de la consecuencia procesal tratada en § 2.09(a)(2). Al autorizar el tratamiento colectivo la corte también debe autorizar la apelación interlocutoria de cualquier determinación del mérito de una cuestión común, quedando la consideración de la apelación, en última instancia, como una cuestión discrecional de la Cámara de Apelaciones pertinente. Esta apelación interlocutoria sobre el mérito se suma al procedimiento de apelación disponible con respecto a la decisión judicial de agregar. Como se elabora en § 2.09, Comentario *b*, la prospectiva de una apelación interlocutoria sobre el mérito de la cuestión común está diseñada para funcionar como una barrera adicional contra el tratamiento colectivo de cuestiones triviales o insignificantes que, a pesar de ello, son comunes en un litigio dado. En esta barrera adicional puede verse un modo de impartir cierto grado de autovigilancia sobre los esfuerzos orientados a lograr el tratamiento colectivo de la controversia. Ocurre que poco ganarán cualquiera de las partes en litigio en el supuesto que la atención de las cortes se dirija a cuestiones que no son centrales para la disposición del caso en tratamiento. Por otra parte, la presente Sección refuerza el rol de supervisión que como terceros ejercen las cortes de distrito y de apelaciones en la aplicación de los principio de este Capítulo.

### Ejemplos:

1. Múltiples personas, 1–100, tienen pretensiones de daños contra Demandado, todas ellas fundadas en la alegada falta de cuidado de parte de éste con relación a productos estandarizados consumidos por dichas personas. Todas las pretensiones contra Demandado surgen bajo el mismo cuerpo de derecho sustantivo, pero ese mis-

## Capítulo 2

mo derecho sujeta las acciones por daños fundadas en negligencia a una defensa afirmativa de negligencia concurrente. Quien evalúa la prueba, juez o jurado, debe analizar en última instancia cualquier falta de cuidado razonable de parte de Demandado en comparación con cualquier falta de cuidado razonable de parte de cada reclamante determinado. Si Demandado no asumió un cuidado razonable con respecto a los productos en disputa constituye una cuestión común, pero el tratamiento colectivo de la misma no avanzará materialmente la resolución de las pretensiones implicadas en el caso. La prueba concerniente a la falta de cuidado razonable de parte de Demandado debería ser reconsiderada sustancialmente en procesos subsiguientes para resolver el resto de las cuestiones en litigio, incluyendo la indagación sobre la existencia de negligencia concurrente de parte de cada uno de los reclamantes. En la práctica, la indagación comparativa no podría ocurrir sin reconsiderar tal evidencia. De acuerdo con § 2.02(b), la corte debería, no obstante, considerar si un **discovery** coordinado, juicios en casos individuales o una agregación administrativa podrían avanzar materialmente la resolución de las pretensiones involucradas.

2. Múltiples personas, 1–100, tienen pretensiones contra Demandado, todas ellas fundadas en supuestas tergiversaciones de las probabilidades asociadas a las máquinas de juegos de azar en video propiedad de Demandado. Si Demandado de hecho tergiversó las probabilidades de juego es una cuestión común, pero el tratamiento colectivo de la misma no podría avanzar materialmente la resolución de las pretensiones subyacentes. La prueba sobre la naturaleza de las alegadas tergiversaciones deberá ser sustancialmente reconsiderada en subsiguientes procesos para abordar cuestiones de confianza y causalidad próxima específica con respecto a los reclamantes -personas que pueden haber elegido jugar, y hacerlo en las máquinas de Demandado, por razones que nada tienen que ver con las tergiversaciones concernientes a las probabilidades del juego.
3. Múltiples personas, 1–100, tienen pretensiones de daños contra Demandado, todas ellas fundadas en la alegación de que un establecimiento industrial operado por este último liberó una sustancia peligrosa en la comunidad local que, a su turno, se filtró en el suelo por debajo de las propiedades de los titulares de tales pretensiones. Todas las pretensiones contra Demandado surgen bajo el mismo

## Capítulo 2

cuerpo de derecho sustantivo. La responsabilidad de Demandado con respecto a los reclamantes, de haber alguna, gira en torno a si el establecimiento propiedad de aquel liberó la sustancia en cuestión y a dónde fueron a parar en última instancia cada una de esas emanaciones. El tratamiento colectivo del hecho y del alcance geográfico de las filtraciones podría ser permisible, dejando para ser tratada en procesos individuales subsiguientes —de ser necesario y en cuanto resulte relevante para determinar la responsabilidad o el remedio a otorgar— la cuestión de la magnitud de la filtración debajo de la propiedad de cada reclamante. El tratamiento colectivo del alcance geográfico de las filtraciones podría avanzar materialmente la resolución de las pretensiones al definir el grupo de personas que estarían en condiciones de proceder contra Demandado para determinar las cuestiones remanentes en materia de responsabilidad y remedio, tales como la causalidad específica y el alcance de los daños.

4. Múltiples consumidores, 1–100, tienen pretensiones contra Demandado, todas ellas fundadas en la alegación que Demandado tergiversó fraudulentamente los términos financieros asociados con pólizas de seguro vendidas a través de sus agentes a cada uno de los consumidores. Las alegadas tergiversaciones consisten en variadas técnicas de venta utilizadas por agentes de seguro individuales a lo largo y ancho del país con relación a las pólizas implicadas. Todas las pretensiones contra Demandado surgen bajo el mismo cuerpo de derecho sustantivo, pero este derecho exige, como parte de la causa de acción de cada consumidor, la prueba de haber confiado individualmente en las alegadas tergiversaciones efectuadas por los agentes de Demandado. Además, no hay un cuerpo común de pruebas por medio del cual los titulares de las pretensiones pueden buscar acreditar tal confianza. El tratamiento colectivo no sería permisible para la cuestión de la tergiversación ni para la cuestión de la confianza, debido a que ninguna de ellas califica como una cuestión común. Determinar si la tergiversación ocurrió importaría indagar en las técnicas de venta particulares utilizadas por los agentes que vendieron las pólizas a cada consumidor. La determinación de la confianza depende de los hechos que rodean la situación de cada consumidor que alega haberla tenido, no de la misma indagación fáctica para todos los consumidores.

## Capítulo 2

5. Misma situación que en el Ejemplo 4, excepto que las alegadas tergiversaciones se desprenden exclusivamente de una charla promocional estrictamente estandarizada prescripta por Demandado para ser utilizada por los agentes de seguro en la venta de las pólizas implicadas. En este supuesto el tratamiento colectivo de la cuestión de la tergiversación sería permisible, aun cuando el tratamiento colectivo de la cuestión de la confianza continuaría siendo inapropiado.
6. Misma situación que en el Ejemplo 5, excepto que los reclamantes se apoyan sobre un cuerpo común de pruebas que, de convencer al juez o al jurado, es capaz de acreditar el requisito de confianza con respecto a todos. El demandado disputa el cuerpo común de pruebas ofrecido por los reclamantes pero, al hacerlo, no invoca ningún tipo de prueba individualizada de falta de confianza con respecto a algunos de ellos en particular. El tratamiento colectivo, tanto de la cuestión de la tergiversación como de la cuestión de la confianza, sería permisible.
7. Misma situación que en el Ejemplo 6, excepto que el demandado ofrece prueba individualizada de una amplia ausencia de confianza de parte de reclamantes particulares. El tratamiento colectivo de la cuestión de la tergiversación podría ser permisible, pero no el tratamiento colectivo del requisito de confianza debido a la necesidad de una indagación individualizada sobre la situación de cada reclamante particular.
8. Misma situación que en el Ejemplo 5, excepto que el derecho sustantivo aplicable utiliza un estándar de confianza objetivo basado en la “persona razonable”, presume la existencia de confianza cuando se acredita la tergiversación, o reconoce de alguna otra manera una base para establecer la existencia de este requisito a partir de la prueba de alguna cuestión de hecho común. El tratamiento colectivo, tanto de la cuestión de la tergiversación como de la cuestión de la confianza, podría ser permisible en la medida que ninguno de ellos implique una indagación individualizada en la particular transacción celebrada por cada uno de los consumidores. La necesidad de una indagación individualizada puede verse afectada por defensas sustantivas opuestas con relación a cualquiera de las dos cuestiones (tergiversación y confianza).
9. Múltiples consumidores, 1-100, tienen pretensiones por daños económicos contra Demandado, todas ellas fundadas en la alegación que éste vulneró la garantía implícita de comercialización estable-

## Capítulo 2

cida por el derecho comercial aplicable al vender un producto que no está de acuerdo con estándares de calidad aceptados. El tratamiento colectivo de la cuestión de la vulneración —esto es, si el producto de Demandado, de hecho, no se conformaba a los estándares de calidad aceptados— podría ser permisible en la medida que se trata de una cuestión común concerniente a la responsabilidad del demandado que puede ser determinada sin referencia a la elección o distribución de remedio alguno. El presente Ejemplo de daños económicos es diferente del contexto de pretensiones por daños personales relacionados con una alegada vulneración de la garantía implícita de comercialización. Este último contexto puede generar complicaciones adicionales capaces de impedir que el tratamiento colectivo avance materialmente la resolución de tales pretensiones. Ver § 2.02, Comentario *a* (señalando, a partir de una amplia generalización de la experiencia ganada hasta la actualidad con acciones de clase, la mayor idoneidad del tratamiento colectivo para las pretensiones por daño económico en comparación con las pretensiones por daños personales).

Ciertas defensas sustantivas o particulares elementos pueden por ellos mismos constituir cuestiones comunes, relativas a la responsabilidad, idóneas para ser determinadas en clave colectiva. Ciertas defensas sustantivas -por ejemplo, algunas formas de compensación frente a pretensiones por restitución de sumas de dinero en casos de discriminación laboral- pueden no exigir una indagación en las situaciones particulares de los reclamantes sino, más bien, pueden ser susceptibles de una determinación general para todos los miembros del grupo afectado.

*c. Responsabilidad que deriva en la concesión de un remedio capaz de efectivizarse administrativamente.* Las cuestiones de remedio frecuentemente implican consideraciones individualizadas sobre los reclamantes -por ejemplo, el alcance y la naturaleza de sus pérdidas- como paso necesario para el cálculo de los daños. Sin embargo, la naturaleza de la responsabilidad en algunos contextos es tal que el hecho de encontrarla acreditada efectivamente determinará tanto la elección del remedio como la metodología para su distribución. Cuando la naturaleza del daño sufrido por los reclamantes se desprende de su relación con el demandado y con el resto a través de un mecanismo de mercado, como ocurre en muchos de los litigios que involucran daños económicos, encontrar configurada la responsabilidad a menudo determinará que el remedio de cada reclamante particular debe tomar la forma de daños a ser

calculados en función de alguna referencia subyacente que refleje la posición de cada reclamante en el mercado pertinente.

**Ejemplos:**

10. Múltiples consumidores, 1-100, tienen pretensiones contra los demandados Corporación Alfa y Corporación Beta, todas ellas fundadas en la alegación que ambas corporaciones forman parte de una conspiración ilegal para fijar, frente a los compradores directos, los precios de sus productos de consumo competidores. Todas las pretensiones surgen bajo el derecho federal de defensa de la competencia. El tratamiento colectivo de las cuestiones de responsabilidad y remedio podría ser apropiado si el hecho de encontrar configurada la responsabilidad -centrada en la existencia y naturaleza de cualquier fijación de precios por parte de Alfa y Beta y en la presencia de daños en cabeza de los consumidores- efectivamente dictará la necesidad que los reclamantes reciban una respuesta retrospectiva en forma de daños y determinará también el método para la distribución de los daños padecidos por los reclamantes individuales (por ejemplo, basado en una fórmula adecuada para determinar el incremento estimado del precio por unidad atribuible al acuerdo de fijación de precios entre ambas demandadas). Otros remedios también pueden estar disponibles, tales como una orden dirigida a Alfa y Beta para que se abstengan de conspirar a fin de fijar precios en el futuro. Incluso en este supuesto el tratamiento colectivo de los daños también sería permisible.
11. Múltiples inversores, 1-100, tienen pretensiones contra Demandado, todas ellas fundadas en la alegación que Demandado efectuó afirmaciones engañosas respecto de sus operaciones de negocios, las cuales inflaron artificialmente el precio con que las acciones de Demandado fueron comerciadas en un mercado eficiente de capitales -mercado en el cual los inversores que actúan como actores compraron sus acciones. Todas las pretensiones surgen bajo el derecho federal en materia de acciones y otros valores bursátiles. El tratamiento colectivo de las cuestiones de responsabilidad y de remedio podría ser apropiado en la medida que el hecho de encontrar configurada la responsabilidad -centrada en si las afirmaciones en cuestión eran engañosas dentro del significado que a esta expresión le acuerda el derecho federal en materia de acciones y

## Capítulo 2

otros valores bursátiles, y sin estar involucradas defensas individualizadas- efectivamente dictará la necesidad de que los inversores reciban una respuesta en forma de daños y determinará también el método de distribución de los daños a los inversores particulares (por ejemplo, basado en una estimación de la diferencia del precio de las acciones durante los períodos de tiempo pertinentes).

*d. Acuerdo transaccional sobre una cuestión común de responsabilidad.* Al abordar el tratamiento colectivo de una cuestión común concerniente a la responsabilidad, esta Sección no asume que la determinación de tal cuestión debe necesariamente proceder por medio de una sentencia dictada en juicio en lugar de un acuerdo transaccional. Al autorizar una acción de clase para el tratamiento colectivo de una cuestión de responsabilidad en línea con § 2.02(a), esta Sección no afecta el requisito de que la corte debe aprobar todo acuerdo transaccional colectivo, ver § 3.05, ni tampoco afecta cualquiera de los otros requisitos procesales establecidos por el derecho vigente en materia de acciones de clase. Sin embargo, cuando un acuerdo transaccional se deriva de una acción de clase restringida a una cuestión particular de responsabilidad, el mismo debería, en general, abarcar tan sólo esa cuestión. La corte debería examinar de cerca una propuesta de acuerdo transaccional colectivo que sentaría los términos para procesos individuales subsiguientes en materia de remedio o que extinguiría aspectos de las pretensiones que van más allá de la cuestión común de responsabilidad. Ver Comentario *e*. Las cortes deberían igualmente examinar de cerca la extensión de las pretensiones abarcadas en el acuerdo transaccional en comparación con la demanda colectiva inicial. El tratamiento de clases certificadas al sólo efecto transaccional es abordado en extenso en § 3.06.

*e. Preclusión limitada a las cuestiones comunes identificadas.* Las demandas a menudo contienen pretensiones apropiadas para ser litigadas colectivamente (porque presentan cuestiones de hecho o de derecho comunes) y pretensiones que no son apropiadas para este tipo de tratamiento (porque carecen de tales cuestiones comunes). En tal situación, una corte puede adjudicar algunas cuestiones colectivamente y separar las restantes cuestiones o pretensiones para ser tratadas en un juicio aparte, o bien para enjuiciarlas concurrentemente pero en clave individual. En cualquiera de estos casos, la preclusión del proceso colectivo se extiende sólo a las cuestiones seleccionadas para ser enjuiciadas colectivamente y sólo a aquellos reclamantes que no hayan elegido excluirse de la resolución común del asunto.

**Ejemplos:**

12. Múltiples reclamantes, 1-100, tienen pretensiones por daños económicos contra Demandado, todas ellas fundadas en alegaciones de que el producto de Demandado no se conforma a los estándares aceptados de comercialización en materia de calidad y en que todos los reclamantes han sufrido daños como consecuencia de los defectos de tal producto. La corte determina que la comercialización del producto de Demandado constituye, en las circunstancias presentadas, una cuestión común. Se basa para ello en el cumplimiento de la definición establecida en § 2.01. Pero, al mismo tiempo, la corte también determina que la pretensión fundada en el defecto del producto no presenta una cuestión común debido a que depende del modo en que tal producto fue utilizado y el daño que causó. Si la corte considera acreditado que se encuentran reunidas las restantes condiciones para el tratamiento colectivo del asunto, entonces podrá procederse con un juicio colectivo aunque limitado a la pretensión relativa a la comercialización. Cualquiera sea el resultado del juicio, los titulares de las pretensiones no serán precluidos en su derecho a promover pretensiones por producto defectuoso en otros procesos. Nuevamente, como en el Ejemplo 9, el presente Ejemplo habla sólo de pretensiones por daños económicos y no se refiere a pretensiones por daños personales, respecto de las cuales diversas y adicionales complicaciones generadas por el derecho sustantivo pueden impedir que el tratamiento colectivo de la cuestión avance materialmente la resolución de todas las pretensiones involucradas en el asunto.

**NOTAS DE LOS REPORTEROS**

*Comentario b.* El Ejemplo 1 construye sobre el análisis de negligencia concurrente y las dificultades que el mismo puede generar para el tratamiento colectivo de la cuestión de vulneración que presentan las pretensiones por negligencia en el contexto de la responsabilidad por productos elaborados. In re Rhone-Poulenc Rorer, Inc., 51 F.3d 1293, 1303 (7th Cir. 1995). Sin embargo, el análisis efectuado en el Ejemplo 1 caracteriza las dificultades presentadas para la agregación en este escenario como dificultades prácticas, no como problemas de dimensión constitucional. Ver más abajo estas

## Capítulo 2

Notas de los Reporteros (distinguiendo los problemas prácticos causados por la necesidad de reconsiderar evidencia en procesos posteriores de los problemas constitucionales que surgen de la Cláusula de Reexamen incorporada en la Séptima Enmienda).

El Ejemplo 2 es elaborado partiendo de la situación presentada en *Poulos v. Caesars World, Inc.*, 379 F.3d 654, 665–666 (9th Cir. 2004) (“[L]os juegos de azar no son un contexto en el cual podemos asumir que los potenciales miembros de la clase se encuentran siempre situados en posición similar. Los apostadores no comparten un universo común de conocimiento y expectativas -una motivación no ‘sirve para todos’”).

El Ejemplo 3 construye sobre el análisis efectuado en *Mejdrech v. Met-Coil Systems Corp.*, 319 F.3d 910 (7th Cir. 2003) respecto de la certificación de clase para el tratamiento de una cuestión concerniente a contaminación ambiental localizada. Los Ejemplos 4-8 presentan variaciones fácticas sobre la serie de procesos concernientes a las denominadas “primas que desaparecen” en la industria de seguros. Ver, por ejemplo, *In re Prudential Ins. Co. Am. Sales Practices Litig.*, 148 F.3d 283 (3d Cir. 1998). Ver también *Reg. Fed. de Proc. Civ. 23*, notas del comité consultivo (reforma del año 1966) (“[S]i bien tiene algún núcleo común, un caso de fraude puede ser inadecuado para tramitar como acción de clase si hubo variaciones materiales en las representaciones efectuadas o en los tipos o grados de confianza prestada por las personas hacia las cuales el fraude estaba drigido”). Los mismos Ejemplos también elaboran sobre el tratamiento comparativo de las cuestiones de confianza en la protección del consumidor, casos comerciales, de daños y del derecho federal de acciones y otros valores bursátiles efectuado en Samuel Issacharoff, *The Vexing Problem of Reliance in Consumer Class Actions*, 74 *Tul. L. Rev.* 1633 (2000). El Ejemplo 7, en particular, refleja que la prueba de una falta de confianza generalizada ofrecida por la parte que se opone a la agregación puede derrotar la existencia de una cuestión común en el elemento de confianza. Ver § 2.01, Ejemplo 3; *In re St. Jude Medical, Inc.*, 522 F.3d 836, 840 (8th Cir. 2008); *Sandwich Chef of Texas, Inc. v. Reliance Nat’l Indem. Ins. Co.*, 319 F.3d 205, 220 (5th Cir. 2003).

Para una discusión académica sobre posibilidades adicionales para una “polifurcación” -la identificación de “uno o más elementos de la causa de acción, defensa o daños” para su tratamiento colectivo- ver Laurens Walker, *A Model Plan to Resolve Federal Class Action Cases by Jury Trial*, 88 *Va. L. Rev.* 405, 412–415 (2002). Ver también *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis* § 3.01(d), 38 y § 3.01, *Comentario f*, 61 (dirigiendo la

## Capítulo 2

indagación sobre la agregación al hecho de si las cuestiones, no los procesos enteros, contienen suficiente carácter común para justificar la agregación).

Para las fuentes que permiten en el derecho vigente el uso de cuestionarios escritos con un veredicto general, ver, por ejemplo, Reg. Fed. de Proc. Civ. 49(b).

Al enfocar como una limitación práctica la necesidad de reconsiderar la prueba a lo largo del proceso colectivo y los procesos subsiguientes, el Comentario *b* generaliza, para todas las certificaciones de clase al sólo efecto de tratar una cuestión, una preocupación que se presenta en el marco de litigios que disparan la aplicación de la Séptima Enmienda en cuanto reconoce el derecho a tener un juicio por jurados. El derecho a un juicio por jurados reconocido por la Séptima Enmienda se extiende sólo a “procesos de derecho común”. Constitución de los Estados Unidos de América, VII Enmienda. Ver también *Ross v. Bernhard*, 396 U.S. 531, 533 (1970) (sosteniendo que la Séptima Enmienda “otorga a las partes el derecho a un juicio por jurado en acciones por daños a una persona o su propiedad, por calumnias e injurias, por el recupero de la tierra, y para la conversión de propiedad personal”); *Curtis v. Loether*, 415 U.S. 189, 194 (1974) (sosteniendo que la Séptima Enmienda también se extiende a “acciones para hacer efectivos derechos reconocidos estatutariamente, y requiere un juicio por jurados a demanda si el estatuto crea derechos y remedios legales que pueden hacerse valer en una acción por daños en las cortes ordinarias de derecho”).

La atención judicial sobre la aplicación de la Cláusula de Reexamen en litigios colectivos surge de *In re Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*, 51 F.3d 1293, 1303 (7th Cir. 1995), y *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F.3d 734, 751 (5th Cir. 1996). Ambos casos involucran litigios de daños masivos. Pero ver *Robinson v. Metro-North Commuter R.R. Co.*, 267 F.3d 147, 169 n.13 (2d Cir. 2001) (rechazando un cuestionamiento, fundado en la Cláusula de Reexamen, para evitar la certificación en los términos de la Regla 23(b)(2) de una clase nacida de una supuesta responsabilidad por discriminación laboral). Ninguna de estas cortes, sin embargo, considera detenidamente el texto o el contexto histórico de la Cláusula de Reexamen. Para un análisis de este tipo publicado en una importante publicación legal “del lado de la defensa”, ver W. Russell Taber, *The Reexamination Clause: Exploring Bifurcation in Mass Tort Litigation*, 73 Def. Counsel J. 63 (2006). Para un análisis de la bifurcación entre cuestiones de responsabilidad y de daños pre-*Rhone-Poulenc*, ver *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis* § 3.06, Comentario *e*, 118.

## Capítulo 2

El Comentario *b* refleja las preocupaciones expresadas por las cortes que resolvieron *Rhone-Poulenc* y *Castano* respecto de las dificultades prácticas que afectan el tratamiento colectivo de las cuestiones de responsabilidad cuando el derecho sustantivo aplicable no separa claramente las cuestiones de responsabilidad de las defensas afirmativas en disputa. Elaborando específicamente sobre la situación presentada en *Rhone-Poulenc*, el Ejemplo 1 refleja que la indagación sobre la existencia de negligencia concurrente en el contexto de juicios individuales involucra, como una cuestión práctica, una sustancial reconsideración de la prueba ya presentada y discutida en el juicio colectivo respecto al hecho de la alegada vulneración de parte del demandado. En virtud de ello, el tratamiento colectivo de la cuestión del incumplimiento o vulneración del derecho no avanzaría materialmente la resolución de las múltiples pretensiones involucradas sino, más bien, implicaría una reiteración de la prueba a lo largo del proceso colectivo y los procesos subsiguientes.

Si —y, en su caso, cuándo— la reconsideración de prueba alcanza el nivel de una violación constitucional a la luz de la Cláusula de Reexamen continúa siendo algo incierto en la jurisprudencia de la Suprema Corte. En una decisión fuera del contexto de los procesos colectivos, *Gasoline Products Co. v. Champlin Refining Co.*, 283 U.S. 494, 500 (1931), la Suprema Corte señaló que un nuevo juicio parcial en un litigio tradicional de uno frente a uno “puede no ser posible a menos que claramente aparezca que la cuestión a ser relitigada es tan distinta y separable de otras cuestiones que un juicio sobre ella sola puede desarrollarse sin injusticia”. La Corte de *Gasoline Products*, no obstante, agregó que la Séptima Enmienda “no prohíbe la introducción de nuevos métodos para determinar cuáles son los hechos en cuestión. . . ni tampoco requiere que una cuestión que ya fue correctamente determinada, de acuerdo con el mandato constitucional, sea enjuiciada una segunda vez, aun cuando la justicia demande que otra cuestión distinta, por haber sido erróneamente determinada, deba nuevamente ser analizada por un jurado”. *Id.* at 498. La Corte simplemente sostuvo que “la cuestión de los daños” planteada en una reconvencción en un caso contractual estaba “tan entrelazada con la cuestión de responsabilidad que la primera no puede ser sometida al jurado” en forma de un nuevo juicio parcial “de manera independiente de la segunda”. *Id.* at 500. Brevemente, la preocupación en *Gasoline Products* se enfocaba en la relitigación de la cuestión de responsabilidad -cuestión respecto de la cual ningún error había ocurrido en el juicio original- y no en la reconsideración de pruebas presentadas inicialmente con relación a cuestiones *diferentes* de aquellas que en el nuevo proceso se sometían a determinación del jurado.

## Capítulo 2

*Comentario c.* Los Ejemplos 10–11 provienen del tratamiento brindado a cuestiones de responsabilidad y remedio en escenarios de acciones de clase sobre defensa de la competencia y sobre acciones y otros valores bursátiles. “La determinación de los daños padecidos por los miembros individuales de la clase en el marco de acciones de clase que versan sobre acciones y otros valores bursátiles es a menudo una tarea mecánica que involucra la administración de una fórmula determinada sobre una base común para toda la clase. Estos necesarios mecanismos no impiden la certificación de la clase”. 3 Herbert R. Newberg et al., *Newberg on Class Actions* § 10.8, 492 (4th ed. 2002). Ver, por ejemplo, *Blackie v. Barrack*, 524 F.2d 891, 905 (9th Cir. 1975). Para un reconocimiento similar en cuanto a que el cálculo de los daños en acciones de clase en defensa de la competencia puede constituir una tarea administrativa a la luz de la determinación de la responsabilidad, ver, por ejemplo, *In re Cardizem CD Antitrust Litig.*, 200 F.R.D. 297, 324 (E.D. Mich. 2001); *In re NASDAQ Market-Makers Antitrust Litigation*, 169 F.R.D. 493, 521 (S.D.N.Y. 1996); *In re Domestic Air Transp. Antitrust Litig.*, 137 F.R.D. 677, 692–693 (N.D. Ga. 1991).

Calcular daños en casos promovidos con fundamento en otros estatutos puede ser una tarea igual o más administrativa todavía. Ver, por ejemplo, *Roper v. Conserve, Inc.*, 578 F.2d 1106, 1116 (5th Cir. 1978), confirmado por otros fundamentos, 445 U.S. 326 (1980) (uso de computadoras para determinar cargos excesivos en tarifas de tarjetas de crédito de conformidad con derecho local en materia de usura). Los daños estatutarios pueden “fluir directamente” de la determinación de responsabilidad, de modo tal de estar “listos para ser calculados en clave colectiva”. *Young v. Meyer & Njus, P.A.*, 183 F.R.D. 231, 235 (N.D. Ill. 1998) (discutiendo la Federal Debt Collection Practices Act). En algunos casos, sin embargo, el derecho aplicable puede imponer limitaciones a los daños estatutarios. Ver *Shady Grove Orthopedic Assoc. v. Allstate Ins. Co.*, 549 F.3d 137 (2d Cir. 2008), cert. granted, 129 S. Ct. 2160 (2009) (No. 08-1008) (presentando la cuestión de si la legislación del estado de New York que prohíbe con carácter general el reclamo de daños estatutarios por vía de acciones de clase es vinculante en una acción de clase propuesta ante una corte federal basada en diversidad de jurisdicción).

Al autorizar que la agregación abarque tanto la cuestión de la responsabilidad como la del remedio cuando la determinación de la primera sienta las bases para el cálculo administrativo del segundo, la sub-sección (b) guarda cierto parecido con el concepto de “predominancia” propio del derecho vigente en materia de acciones de clase. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(b)(3). Sin embargo, como ya fuera señalado, § 2.02 provee de mayor precisión a la

## Capítulo 2

indagación sobre la predominancia y la coordina con la autorización de clases para el tratamiento de cuestiones. Ver § 2.02, Notas de los Reporteros. La sub-sección (b) de la presente Sección clarifica que la agregación de las cuestiones de responsabilidad y remedio en litigios civiles no debería girar en torno al amontonamiento de cuestiones comunes favoreciendo la agregación y de cuestiones individuales indicando lo contrario, sino, en cambio, en torno a una indagación orientada a establecer si la determinación de la responsabilidad reducirá a una tarea administrativa la distribución de los resultados del proceso.

*Comentario d.* El requisito de aprobación judicial de un acuerdo transaccional colectivo se encuentra bien establecido en el derecho vigente. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(e). Sobre la importancia de permitir a los abogados de la clase conducir las negociaciones para el acuerdo en un contexto donde exista la amenaza de llevar a juicio las cuestiones sobre las que se negocia, aun cuando no se proceda necesariamente en la forma de la acción de clase propuesta, ver *Reynolds v. Beneficial Nat'l Bank*, 288 F.3d 277, 280–281 (7th Cir. 2002); *Epstein v. MCA, Inc.*, 179 F.3d 641, 652–653 (9th Cir. 1999) (Thomas, J., disidencia); Samuel Issacharoff, *Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions*, 1999 Sup. Ct. Rev. 337, 390; Marcel Kahan & Linda Silberman, *Matsushita and Beyond: The Role of State Courts in Class Actions Involving Exclusive Federal Claims*, 1996 Sup. Ct. Rev. 219, 235.

*Comentario e.* El derecho vigente en el ámbito de las acciones de clase reconoce que el efecto preclusivo de un proceso colectivo se extiende sólo a las cuestiones comunes allí abordadas. Por ejemplo, la demostración de que el demandado no desarrolló un patrón o práctica general —para toda la clase— de discriminación laboral no precluye el derecho de los empleados a promover acciones alegando instancias individuales de discriminación prohibida. Ver *Cooper v. Federal Reserve Bank of Richmond*, 467 U.S. 867, 880–881 (1984). Este enfoque es consistente con principios generales en materia de preclusión, según los cuales “un litigante no debería ser penalizado por fallar en la búsqueda de una respuesta unificada a asuntos que no hubieran podido ser combinados en un proceso singular”. 18 Charles Alan Wright, Arthur R. Miller, & Mary Kay Kane, *Federal Practice and Procedure* § 4412, 276 (3d ed. 2005).

*Efecto sobre el derecho vigente.* La discusión desarrollada en esta Sección sobre la relación entre cuestiones de responsabilidad y remedio no está diseñada para buscar reformas en las reglas de proceso civil existentes. Como reflejan las Notas de los Reporteros al § 2.02, las decisiones judiciales generalmente no han certificado clases al sólo efecto de tratar ciertas cuestiones en los contextos de responsabilidad por productos elaborados y daños personales.

Ningún cambio en el lenguaje actual de la regla sería necesariamente requerido para que las cortes puedan implementar esta Sección.

### § 2.04 Remedios indivisibles versus remedios divisibles

- (a) **Remedios divisibles son aquellos que implican la distribución de los resultados del proceso en forma individual a uno o más reclamantes, sin determinar en la práctica la aplicación o disponibilidad del mismo remedio para cualquier otro reclamante.**
- (b) **Remedios indivisibles son aquellos en los cuales la distribución de los resultados del proceso para algún reclamante determina, en la práctica, la aplicación o disponibilidad del mismo remedio para otros reclamantes.**
- (c) **La corte puede autorizar el tratamiento colectivo de cuestiones comunes concernientes a un remedio indivisible por medio de una acción de clase sin que aplique el requisito establecido en § 2.07 en cuanto exige proveer a los reclamantes la oportunidad de excluirse de tal tratamiento. El tratamiento colectivo de cuestiones que derivan en remedios indivisibles puede ser apropiado aun cuando también se encuentren disponibles remedios divisibles adicionales que permitan un tratamiento individual o un tratamiento colectivo con oportunidad para los reclamantes de excluirse en lo que hace a los remedios divisibles, tal como se especifica en § 2.07.**

#### **Comentario:**

*a. Aptitud de los remedios indivisibles para ser tratados colectivamente.* La presente Sección refina la terminología utilizada por el derecho vigente en algunas áreas de los procesos colectivos, tales como las acciones de clase, al efectuar una distinción entre remedios basada en su divisibilidad. Al hacerlo, esta Sección busca dotar de mayor precisión a las indagaciones conducidas actualmente con referencia a la distinción entre derecho y equidad.

La línea trazada aquí entre remedios divisibles e indivisibles dirige su atención a cuestiones de funcionalidad y operatividad práctica más que a etiquetas categóricas heredadas. Es por ello que el contraste efectuado entre

## Capítulo 2

remedios divisibles e indivisibles en las sub-secciones (a) y (b) se enfoca en si la distribución de los resultados del proceso hacia un reclamante determinará “en la práctica” la aplicación o disponibilidad de esos resultados para otros reclamantes. En términos generales, “remedios indivisibles” son aquellos manejados principalmente bajo las Reglas 23(b)(1) y (b)(2) de las Reg. Fed. de Proc. Civ. En contraste, los “remedios divisibles” son típicamente tramitados bajo la Regla 23(b)(3).

Cuando un reclamante busca obtener una orden de no hacer o una sentencia declarativa con respecto a una política o práctica general llevada adelante por el demandado, esos remedios —de ser otorgados— generalmente beneficiarán o afectarán a todas las personas sujetas a la política o práctica en cuestión aun cuando sean formalmente otorgados sólo a favor del reclamante nominal. Aun en litigios contra entidades gubernamentales, a las cuales pueden aplicar formalmente ciertas limitaciones en materia de preclusión, la naturaleza de aplicación general de la política o práctica en cuestión típicamente significa que el gobierno demandado estará, en la práctica, en una posición donde deberá mantener o discontinuar dicha política o práctica como un todo, sin poder proveer respuesta sólo al reclamante nominal. Los litigios que buscan obtener órdenes de no hacer o sentencias declarativas contra una política o práctica general son en la práctica, de por sí, litigios colectivos. Ello se debe a que en estos supuestos la respuesta que podría ser dada a un reclamante individual es la misma que podría ser dada a un colectivo conformado por tales reclamantes. Proveer de un tratamiento colectivo a estos remedios indivisibles es poner al proceso en línea con dicha realidad práctica. El tratamiento colectivo tiene, además, ventajas adicionales. Por un lado, brinda a todas las personas con interés en la política o práctica discutida la oportunidad de ser oídas. Por otro lado, permite a la corte diseñar el remedio indivisible teniendo a todos los intereses relevantes en mente. Para el demandado, el tratamiento colectivo elimina la posibilidad de múltiples reclamantes litigando repetidamente las mismas cuestiones en procesos sucesivos, reduciendo de tal modo la posibilidad de remedios en conflicto y resultados inconsistentes, así como también los costos de transacción asociados con los litigios repetitivos sobre las mismas cuestiones. El tratamiento colectivo también puede ayudar a asegurar que una denegatoria del remedio indivisible redunde en desventaja para todos los reclamantes afectados, resultado consistente con el tipo de preclusión en ambos sentidos contemplado en la moderna acción de clase.

Los remedios indivisibles también pueden surgir con relación a la distribución de un fondo limitado. En esta situación, cualquier distribución efec-

## Capítulo 2

tuada a favor de un reclamante invariablemente afecta el potencial de recuperarlo de los otros. También aquí, el tratamiento colectivo no impone una relación entre los reclamantes sino que reconoce la preexistente interdependencia de sus pretensiones. El tratamiento colectivo, además, probablemente sea preferible a los litigios en serie debido a su capacidad de proveer una distribución equitativa del fondo limitado entre todos los reclamantes.

Esta Sección deja en claro que el tratamiento colectivo de las cuestiones comunes concernientes a remedios indivisibles resulta permisible aun cuando también existan remedios divisibles disponibles —tales como daños fuera del escenario de un fondo limitado— que permitan un tratamiento individualizado o, posiblemente, un tratamiento colectivo con oportunidad para los reclamantes de excluirse del proceso. No obstante, la corte debería tener en mente el escenario descrito en § 2.03(b). Si la determinación de cuestiones comunes con respecto a remedios indivisibles determinará, como efecto práctico, la metodología de distribución de los remedios divisibles, entonces la corte debería proveer un tratamiento colectivo a ambas categorías de remedio.

La decisión de otorgar tratamiento colectivo se mantiene independiente de la cuestión adicional relativa a si el proceso colectivo debería ser obligatorio en su naturaleza. Esta última cuestión implica consideraciones constitucionales en materia de debido proceso que son abordadas separadamente en § 2.07. Como se explica allí, la garantía de debido proceso legal generalmente requiere que la corte determine la distribución de remedios divisibles en clave colectiva sólo luego de haber otorgado a los reclamantes la oportunidad de escapar a los efectos preclusivos de tal determinación. Ver § 2.07(a)(2). Sin embargo, ninguna oportunidad del género debe ser proveída con relación a remedios indivisibles. La letra negra de esta Sección anticipa y formula referencias cruzadas con respecto al más extenso tratamiento brindado al tema en § 2.07(c).

Al contemplar un tratamiento colectivo del remedio indivisible que no aplicaría a los remedios divisibles, esta Sección se apoya en la observación general efectuada en § 2.02, Comentario *e*, relativa a que un proceso colectivo limitado a determinadas cuestiones sólo podrá generar preclusión de cuestiones con relación a los asuntos allí abarcados, mientras que un proceso colectivo que abarque todas las cuestiones podrá generar tanto cosa juzgada como preclusión de cuestiones. No obstante, hay un importante escenario en el cual el efecto derivado de la preclusión de cuestiones operada como consecuencia del tratamiento colectivo de remedios indivisibles puede, como efecto práctico, extenderse más ampliamente.

## Capítulo 2

El derecho sustantivo frecuentemente provee tanto remedios indivisibles como divisibles basados en cuestiones comunes concernientes a la responsabilidad. En estas circunstancias, el tratamiento colectivo de remedios indivisibles —en particular, el tratamiento colectivo en clave obligatoria— hace que la preclusión de cuestiones tenga el potencial de generarse sobre la cuestión común de responsabilidad, lo cual, a su turno, podría precluir la búsqueda de remedios divisibles. La preclusión operada, no obstante, mantiene su naturaleza de preclusión de cuestiones por la efectiva discusión y determinación de la responsabilidad común en la acción de clase obligatoria. Reconocer el potencial de la preclusión de cuestiones para operar con respecto a la búsqueda de remedios divisibles en este escenario está en línea con la aspiración de los procesos colectivos de generar preclusión en ambos sentidos —aquí, porque una victoria de la defensa respecto de la cuestión común de responsabilidad en el marco de un proceso colectivo obligatorio donde se pretende obtener remedios indivisibles será vinculante frente a todos los miembros de la clase, tal como una victoria de la clase actora sobre la misma cuestión podría ser invocada como preclusiva frente al demandado por todos los miembros de la clase.

*b. Problemas de caracterización.* La distinción entre remedios divisibles e indivisibles efectuada en esta Sección se enfoca en las características estructurales de los propios remedios. Al caracterizar un remedio particular con el propósito de decidir si acordar o no tratamiento colectivo al asunto, la corte debería mirar la operatividad práctica del remedio más que su caracterización en el contexto de la división derecho-equidad. Las órdenes de no hacer generalmente encuadran en la descripción de un remedio indivisible, pero otros tipos de órdenes inyuntivas, tales como aquellas que compelen a llevar adelante una acción remedial específica, pueden generar cuestiones de caracterización más difíciles en ciertas situaciones. La acción remedial específica requerida en una orden inyuntiva afirmativa puede revestir características que hagan que, en la práctica, ella sólo pueda ser ejecutada en forma tal de no diferenciar entre las personas afectadas por la conducta del demandado. Nuevamente, el punto importante es que la corte se enfoque en la operatividad práctica de la orden inyuntiva en la particular situación que se le presenta.

La corte también debería mantenerse alerta ante la posibilidad de que un remedio determinado pueda ser erróneamente caracterizado como indivisible en el intento de facilitar la agregación, aun cuando tal remedio, en su operatividad práctica, funcionaría como un remedio divisible. Un examen judicial cuidadoso siguiendo esta línea puede tener el beneficio adicional, en

algunos supuestos, de evitar la clausura inadvertida de remedios divisibles por operación del principio de la cosa juzgada.

**Ejemplos:**

1. Múltiples beneficiarios de un plan de retiro tienen pretensiones contra el administrador del plan. Todos los beneficiarios alegan que la fórmula que determina los beneficios ha sido mal aplicada, y todos pretenden obtener una sentencia declarativa que fije el modo de aplicar correctamente dicha fórmula. Si el pedido de una sentencia declarativa tiene éxito, luego los beneficiarios demandarán daños en forma de pagos suplementarios para cubrir los descuentos que sufrieron en años previos. El tratamiento colectivo de la pretensión orientada a obtener la sentencia declarativa podría ser permisible, porque el remedio pedido es indivisible. Cualquier cambio resultante en el método para calcular los beneficios del plan inevitablemente afectará a todos los beneficiarios porque el plan de retiro no podría ser realísticamente administrado de modo tal de aplicar diferentes métodos de cálculo a beneficiarios que se encuentran situados en una posición similar. De acuerdo con lo expuesto en § 2.03(b), la corte debería considerar si cualquier pedido adicional de daños también puede ser idóneo para un tratamiento colectivo, en la medida que la sentencia declarativa solicitada, de otorgarse, haría del cálculo de tales daños una tarea administrativa.
2. Múltiples personas, 1–100, alegan que se encuentran ante un elevado riesgo de sufrir enfermedades en el futuro como consecuencia del exceso de exposición a sustancias tóxicas de las cuales Demandado es responsable. Como remedio, cada una de estas personas expuestas busca el establecimiento y la financiación, por parte de Demandado, de un programa bajo supervisión de la corte en el marco del cual todos recibirán monitoreo médico. Sin embargo, la cuestión de la responsabilidad girará en torno a hechos particulares relativos a la exposición de cada individuo -por ejemplo, la magnitud de sus respectivas exposiciones y su relación con el nivel de monitoreo médico requerido, las advertencias proveídas (si las hubo), o si tales individuos tienen algún grado de responsabilidad por la exposición de conformidad con los principios de negligencia concurrente. Esta indagación individual controlará el resultado de los procesos, independientemente de si el derecho sustantivo

## Capítulo 2

aplicable requiere daños físicos más allá de la mera exposición o, alternativamente, reconoce el derecho a monitoreo médico en ausencia de daños físicos. Debido a que la indagación sobre la responsabilidad gira en torno a las circunstancias individuales de la exposición de las personas involucradas, el tratamiento colectivo no resulta procedente.

La disponibilidad de monitoreo médico en ausencia de daño físico, como un remedio o como una pretensión independiente, es una cuestión que ha dividido a las cortes. La aceptación inicial del monitoreo médico ha disminuido, y la última década ha visto más estados declinando su reconocimiento que adoptándolo. El Instituto nunca ha tomado posición sobre si el monitoreo médico debería ser permitido en estas circunstancias, y estos Principios tampoco toman posición sobre el monitoreo médico como un asunto de derecho sustantivo, excepto en cuanto sostienen que las adjudicaciones de las controversias deberían ser conducidas con fidelidad al derecho sustantivo aplicable, tal como se establece en §1.03(a).

El Ejemplo 2 describe un resultado común cuando la certificación de la clase ha sido solicitada para pretensiones de monitoreo médico. Aun cuando las pretensiones de monitoreo médico están permitidas, no hay base para agregar pretensiones que, en última instancia, descansan en consideraciones individuales para probar la responsabilidad.

### Ejemplos:

3. Misma situación que en el Ejemplo 2, excepto que: (1) la prueba a ser ofrecida por personas 1-100 consiste en estudios epidemiológicos u otras pruebas colectivas pertinentes para todos aquellos que fueron expuestos a las discutidas sustancias tóxicas; (2) la conexión entre el elevado riesgo de enfermedad futura y el nivel de exposición a la sustancia de la cual Demandado es legalmente responsable no involucra una indagación individualizada en las circunstancias particulares de las personas afectadas; (3) todas las personas alegan que, a la luz de tal exposición, un profesional de la medicina razonablemente prescribiría un régimen de monitoreo médico por sobre y más allá de los servicios médicos que el mismo profesional hubiera recomendado en otra situación; y (4) tal monitoreo será un instrumento de guía para la intervención médica a fin de mitigar los efectos de las manifestaciones de la enfermedad en el supuesto

## Capítulo 2

que estas últimas ocurran. Si el remedio solicitado respeta el derecho sustantivo aplicable como fue discutido en § 2.05, entonces la corte debería determinar que el remedio pedido exige una forma de cumplimiento diferente a la distribución de dinero. El monitoreo médico con capacidad para guiar la intervención médica a fin de mitigar los efectos de la enfermedad difiere de la distribución de dinero para compensar por daño pasado. Ello así debido a que la base para el programa pretendido se encuentra en el riesgo compartido entre personas situadas en posición similar. De conformidad con § 1.03, la corte tiene discreción para caracterizar tal remedio como indivisible y, por tanto, susceptible de tratamiento en clave colectiva. Una caracterización de este tipo operaría con independencia de si el derecho sustantivo aplicable trata al monitoreo médico como un remedio legal o de equidad. La posición del monitoreo médico a lo largo de la división derecho-equidad puede ser importante para otros propósitos, pero no afecta la caracterización del remedio a los fines de la decisión de la corte sobre si agregar o no.

La supervisión de la corte destaca la calidad vinculante del programa de monitoreo médico frente a las personas expuestas, quienes reciben los indicados servicios médicos adicionales y no una indemnización por daños que puedan utilizar como ellos elijan. No obstante, la discreción judicial a la hora de definir la caracterización resulta apropiada debido a las considerables variaciones que presentan los hechos y detalles subyacentes en cada programa de monitoreo médico requerido.

### **Ejemplos:**

4. Misma situación que en el Ejemplo 3, excepto que lo petitionado es la creación de un fondo con una suma fija de dinero equivalente al costo anticipado de servicios médicos apropiados, y una supervisión judicial continua para asegurar que las personas expuestas obtengan efectivamente los servicios médicos indicados. La corte debería caracterizar el remedio pedido como divisible y, por tanto, no idóneo para tratamiento colectivo de acuerdo con esta Sección. Aun cuando nominalmente se refiera a una demanda por monitoreo médico, el remedio petitionado opera en la práctica a la manera de daños y perjuicios convencionales.

## Capítulo 2

5. Múltiples empleados, 1-100, tienen pretensiones contra Demandado, todas ellas basadas en la alegación que Demandado ha desarrollado en su lugar de trabajo un patrón de prácticas de tratamiento diferencial basado en el sexo. El derecho sustantivo aplicable establece que, en caso de demostrarse una discriminación laboral indebida, los empleados tienen derecho a obtener remedio inyuntivo, declarativo y pago de sumas de dinero. El derecho sustantivo aplicable también reconoce la posibilidad de obtener una indemnización por daño moral en el supuesto de haber prueba individualizada que se refiera a la naturaleza de la discriminación laboral desarrollada por Demandado con respecto a empleados particulares. Las pretensiones de los empleados orientadas a obtener órdenes de hacer y no hacer o bien sentencias declarativas —lo que puede incluir promociones, contrataciones adicionales, capacitación laboral y otros programas a cargo de Demandado— califican como remedios indivisibles y permitirían el tratamiento colectivo de tales pretensiones en la medida que el alegado patrón de conducta discriminatoria también resulte idóneo para un tratamiento semejante. Las pretensiones de los empleados orientadas a obtener el pago de sumas de dinero constituyen demandas de remedios divisibles en cuanto implicarían la distribución de tales sumas entre los empleados individuales. De acuerdo con § 2.03(b), la corte debería considerar si el tratamiento colectivo de cualquier cuestión común concerniente a la responsabilidad de Demandado determinará, como efecto práctico, la disponibilidad y el método para la distribución de las sumas a reintegrar. De ser así, entonces las pretensiones de reintegro de los empleados pueden ser tratadas en clave colectiva. La restante demanda de los empleados por daño moral también requerirá remedios divisibles. De conformidad con lo establecido en § 2.03(a), la corte debería considerar si hay alguna cuestión común de responsabilidad con gravitación sobre tales remedios divisibles que pueda ser idónea para un tratamiento colectivo. La distribución del daño moral para cualquier reclamante individual, sin embargo, debe esperar por un tratamiento individualizado.

## NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* La presente Sección construye sobre, pero también simplifica, las categorías existentes de agregación por medio de acciones de clase. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(b). La distinción efectuada aquí entre remedios divisibles e indivisibles busca mantenerse en línea con el enfoque funcional que está detrás de las categorías de la Regla 23(b), sin la carga que implican las categorías históricas de remedios de derecho y de equidad. Para un argumento que a grandes rasgos sigue una línea similar, ver Brian Wolfman & Alan B. Morrison, *What the Shutts Opt-Out Right is and What it Ought to Be*, 74 UMKC L. Rev. 729, 747–750 (2006).

El derecho vigente reconoce la idoneidad del tratamiento colectivo de pretensiones que persiguen obtener órdenes de hacer y no hacer o bien sentencias declarativas. La Regla 23(b)(2) dice mucho por sus propios términos. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(b)(2) (autorizando el tratamiento colectivo obligatorio cuando “la parte que se opone a la clase ha actuado o se ha negado a actuar con fundamentos que se aplican en términos generales a toda la clase, de modo tal que una orden final inyunativa o declarativa resulta apropiada para la clase como un todo”). En la práctica, las cortes han arribado a una lectura similar de la Regla 23(b)(1)(A), la cual autoriza el tratamiento colectivo obligatorio cuando “la prosecución de acciones separadas por parte de los. . . miembros individuales de la clase crearía el riesgo de. . . adjudicaciones inconsistentes o diversas con respecto a los miembros individuales de la clase, las cuales podrían establecer estándares de conducta incompatibles para la parte que se opone a la clase”. Describiendo “el tipo de contexto de acción de clase con mayor probabilidad para calificar para tratamiento colectivo bajo la Regla 23(a)(1)(A)”, un tratado líder sobre el tema apunta a “un amplio espectro de acciones de clase en búsqueda de remedio inyunativo o declarativo contra la parte que se opone a la clase”. 2 Herbert R. Newberg et al., *Newberg on Class Actions* § 4, 8 (4th ed. 2002). La misma fuente agrega que “[l]a mayoría de estos ejemplos, particularmente en el área de los derechos civiles, también calificarán como acciones de clase de conformidad con la Regla 23(b)(2)”. Id.

Las cortes, en resumidas cuentas, no han tenido éxito en dotar de diferente significado a la Regla 23(b)(1)(A) en contraste con la Regla 23(b)(2). Acorde con esto, la presente Sección se refiere a las categorías de pretensiones idóneas para tratamiento colectivo bajo las dos reglas como iguales en términos funcionales. La cuestión importante bajo ambas reglas continúa siendo si la clase está buscando un remedio indivisible.

## Capítulo 2

Considerable incertidumbre ha surgido sobre las notas del comité consultivo con relación a la Regla 23(b)(2), las cuales afirman que el tratamiento colectivo autorizado por esta sub-sección “no se extiende a casos en que el remedio final apropiado se relaciona exclusiva o predominantemente con daños cuantificables monetariamente”. Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(b)(2), nota del comité consultivo. Un lenguaje similar aparece en la discusión de la Regla 23(b)(1)(A). Ver, por ejemplo, Newberg et al., *Newberg on Class Actions* § 4:8, 32–33 (señalando que “[l]os daños monetarios pueden ser una forma relevante, cuando no predominante, del remedio solicitado” en clases que bajo la Regla 23(b)(1)(A) están “buscando primariamente un remedio declarativo o inyuntivo”). La sugerencia de que una acción de clase bajo la Regla 23(b)(1)(A) o la Regla 23(b)(2) puede incluir algún tipo de pretensión por daños monetarios en la medida que éstos no predominen sobre las pretensiones orientadas a obtener remedios inyuntivos o declarativos, tiende a enfocar la indagación sobre la certificación de clase en un plano similar a la efectuada en el contexto de la Regla 23(b)(3), donde las cortes deben preguntarse si las cuestiones comunes predominan sobre las individuales. La presente Sección dirige su atención a la idoneidad para el tratamiento colectivo de cada tipo específico de remedio solicitado, más que a cuestiones relativas a qué tipo de remedio predomina entre las pretensiones implicadas como un todo.

El derecho vigente también reconoce la idoneidad del tratamiento colectivo de pretensiones contra un fondo limitado, describiendo la justificación para un tratamiento del género en términos de la relación existente “en la práctica” entre tales pretensiones. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(b)(1)(B) (autorizando el tratamiento colectivo obligatorio cuando “las adjudicaciones con respecto a miembros individuales de la clase serían. . . en la práctica, dispositivas de los intereses de los otros miembros no parte en tal adjudicación individual o impedirían sustancialmente la habilidad de éstos para proteger sus intereses”).

Sobre las limitaciones especiales en materia de preclusión en el contexto de litigios contra entidades gubernamentales, ver, por ejemplo, *United States v. Mendoza*, 464 U.S. 154, 162 (1984) (sosteniendo que la doctrina que permite invocar por el actor la preclusión de cuestiones operada en forma unilateral en un proceso previo resulta inaplicable contra los Estados Unidos cuando éste actúa como parte).

*Comentario b.* El Ejemplo 1 viene de *Berger v. Xerox Corp. Retirement Income Guarantee Plan*, 338 F.3d 755 (7th Cir. 2003). Habiendo sólo una fórmula gobernando los beneficios de todos los retirados, una sentencia de-

## Capítulo 2

clarativa a favor de los actores nominales de la clase en *Berger* necesariamente hubiera exigido al administrador del plan ajustar la manera en que el beneficio era calculado para todas las personas situadas en posición similar. La demanda adicional por daños era una derivación natural del pedido de sentencia declarativa, y sólo requería un cálculo administrativo una vez concedida ésta. Ver id. p. 764 (“La declaración estableció el derecho de cada uno de los miembros de la clase, y el cómputo de los daños debidos a cada uno siguió mecánicamente.”).

Los Ejemplos 2–4 está diseñados para transmitir las principales cuestiones concernientes a la certificación de acciones de clase por monitoreo médico. En lo que hace al derecho sustantivo las cortes están divididas, tanto sobre la disponibilidad misma como con respecto al enfoque apropiado que corresponde acordar a las acciones de monitoreo médico. Ver *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 22.74, pp. 425–426 (2004) (explicando por ejemplo que “[algunas] cortes no han requerido a los actores, hasta el día de hoy, la demostración de que el incremento de un riesgo constituye la causa próxima de cualquier daño que pudiera seguir, . . . [otras] cortes han adoptado un estándar más laxo a fin de evaluar qué medida de aumento de riesgo deben acreditar los actores para disparar el remedio de monitoreo médico. . . [mientras que otras] cortes han sostenido que. . . el derecho estatal aplicable precluye pretensiones de monitoreo médico si los reclamantes no sufren daños actuales”). Ver también *Metro-North Commuter R.R. Co. v. Buckley*, 521 U.S. 424, 440–444 (1997) (“[L]os casos autorizando la obtención de sumas de dinero para aplicar en forma de monitoreo médico en ausencia de daños físicos no han avalado una causa de acción tradicional por daños para obtener sumas globales en tal concepto. . . En lugar de eso, aun reconociendo que los costos de monitoreo médico pueden configurar una afectación que justifique un remedio en forma de daños, tales cortes han sugerido, o impuesto, limitaciones especiales sobre este último, tales como ‘la necesidad de establecer un fondo supervisado judicialmente para administrar los pagos de la vigilancia médica’”); In re *Welding Fume Prods. Liab. Litig.*, 245 F.R.D. 279, 291–292 (N.D. Ohio 2007) (“El derecho en materia de monitoreo médico varía de estado a estado. Algunos reconocen al monitoreo médico como un elemento de los daños cuando la responsabilidad se encuentra establecida, mientras que otros reconocen al monitoreo médico como una causa de acción independiente; algunos requieren prueba de daños físicos actuales para poder obtenerlo y algunos no; mientras que otros estados no prevén el monitoreo médico en lo absoluto.”); James A. Henderson, Jr. & Aaron D. Twerski, *Asbestos Litigation Gone Mad: Exposure-*

## Capítulo 2

*Based Recovery for Increased Risk, Mental Distress & Medical Monitoring*, 53 S.C. L. Rev. 815, 841 (2002) (“Sobre la base de cualquier análisis justo de los precedentes relevantes puede concluirse que las cortes Americanas no han alcanzado consenso con respecto a la legitimidad de. . . las pretensiones de monitoreo médico.”). Los Ejemplos 2-4 no toman posición sobre el monitoreo médico en cuanto derecho sustantivo sino que, en lugar de eso, analizan las implicaciones que, para el tratamiento por vía de una acción de clase, se desprenden de diversos escenarios comunes donde el remedio solicitado asume dicha forma.

El Ejemplo 2 aborda un resultado común observable en años recientes en decisiones de certificación de clase que involucran monitoreo médico. Como ha descrito el problema una reconocida decisión:

Si bien las acciones de clase previstas en la Regla 23(b)(2) carecen de los requisitos de predominancia o superioridad, se encuentra bien establecido que las pretensiones de la clase deben ser cohesivas. . . [P]or su propia naturaleza, una clase (b)(2) debe ser cohesiva en lo que hace a las pretensiones enjuiciadas en la acción de clase. Debido a la naturaleza cohesiva de la clase, la Regla 23(c)(3) contempla que todos los miembros de la misma serán vinculados por la decisión. Se pensó que cualquier resultado injusto para los miembros de la clase era superado por los propósitos que se encuentran detrás de las acciones de clase: eliminar la posibilidad de litigios repetitivos y proveer a ciertos reclamantes un medio que les permita obtener respuestas a pretensiones demasiado pequeñas para justificar su litigación individual. . . Nosotros creemos que la adicción a la nicotina, la relación de causalidad, las defensas de negligencia concurrente, la necesidad de monitoreo médico y las cuestiones de prescripción presentan demasiadas cuestiones individuales como para permitir la certificación. . . Estas cuestiones desiguales tornan inapropiado el tratamiento colectivo.

*Barnes v. Am. Tobacco Co.*, 161 F.3d 127, 143 (3d Cir. 1998) (citas y referencias internas omitidas) (aplicando el derecho del estado de Pennsylvania). Pero ver también *Donovan v. Philip Morris USA, Inc.*, SJC-10409, 2009 WL 3321445 (Mass. 19 de Octubre de 2009) (permitiendo una pretensión de monitoreo médico en beneficio de fumadores por incremento en el riesgo de padecer cáncer). El Ejemplo 2 también elabora sobre el extenso tratamiento conferido al tema en *In re Welding Fume Products Liability Litigation*, donde la corte explicó:

[E]n casos de monitoreo médico que encuentran causa en derrames tóxicos o emisiones radioactivas, la cuestión del incremento del riesgo de daño. . . es virtual-

## Capítulo 2

mente la misma que la cuestión de la exposición -si los actores estuvieron expuestos a un material tóxico emitido por el demandado, entonces el riesgo de aquéllos de padecer enfermedades es mayor . . . Sin embargo, en este caso la alegada sustancia peligrosa a la cual los actores dicen haber estado expuestos (humo de manganeso) ha sido liberada por un producto comúnmente utilizado y extremadamente útil (varillas de soldadura), cuya venta y uso no requiere de dispensa gubernamental. Los expertos de parte [sic] acuerdan, además, en que no toda exposición al humo de manganeso es tóxica; por lo que el nivel de exposición resulta determinante para la cuestión de si ocurre un aumento en el riesgo de contraer enfermedades. Y, además, el producto viene con advertencias. De esta manera, si los demandados fueron negligentes... no depende simplemente de si un actor determinado sufrió exposición, sino de establecer si las advertencias proveídas por los demandados informaron suficientemente al actor de los riesgos de la exposición. Del mismo modo, si un actor determinado sufre un incremento en el riesgo de contraer enfermedades... depende no simplemente del hecho de estar expuesto al humo de la soldadura, sino del *grado* de exposición, y de si hubo una exposición mayor de la que hubiera ocurrido de otro modo *debido a la falla en las advertencias*. Estas circunstancias hacen cambiar dramáticamente, entre los actores del caso, el grado de tipicidad de la prueba y las cuestiones a discutir, debido a la gran variedad de productos, fabricantes, advertencias, empleadores y lugares de trabajo involucrados.

245 F.R.D. 279, 309–310 (N.D. Ohio 2007) (cita a pie de página omitida) (el énfasis corresponde al original).

Particularmente luego de *Barnes*, las cortes a menudo han declinado certificar clases para monitoreo médico debido a la presencia de cuestiones individuales del tipo de las presentadas en el Ejemplo 2. Ver, por ejemplo, *In re St. Jude Medical, Inc.*, 425 F.3d 1116, 1122 (8th Cir. 2005) (la certificación de la clase es inapropiada cuando la necesidad de monitoreo médico de cada uno de los miembros de la clase implica “una indagación individualizada dependiente de la historia médica del paciente, la condición de las válvulas cardíacas del paciente al tiempo de su implantación, los factores de riesgo propios del paciente con relación a complicaciones con dichas válvulas, la salud general del paciente, las elecciones personales del paciente y otros factores”; *Wilson v. Brush Wellman, Inc.*, 817 N.E.2d 59, 66 (Ohio 2004) (certificación de la clase inapropiada no obstante la naturaleza inyun-tiva del remedio de monitoreo médico solicitado, debido a las “múltiples cuestiones de hecho individuales que requieren ser examinadas con respecto a diferentes actores dentro de la clase propuesta”); *Rhodes v. E.I. Du Pont de Nemours & Co.*, 253 F.R.D. 365, 380 (S.D. W. Va. 2008) (declinando

## Capítulo 2

certificar una clase de monitoreo médico cuando la exposición relevante, el significativo aumento del riesgo de enfermedades futuras y la necesidad del monitoreo médico no podían ser demostradas en clave colectiva).

El Ejemplo 3 reconoce que las clases de monitoreo médico pueden ser certificadas cuando no hay cuestiones individuales, lo cual ocurre a menudo cuando los estándares para proceder con el monitoreo médico se encuentran fuera de discusión. Ver *Welding Fumes*, 245 F.R.D. at 314 n.186 (citando casos federales ilustrativos). La determinación de si un remedio de monitoreo médico propuesto es de carácter indivisible ha girado a menudo en torno a “la fina distinción entre la pretensión de monitoreo médico que busca un remedio monetario en forma de daños compensatorios y la pretensión de monitoreo médico que busca un remedio inyuntivo en la forma de un programa de monitoreo médico bajo supervisión de la corte”. Arch v. Am. Tobacco Co., 175 F.R.D. 469, 483 (E.D. Pa. 1997). Como una corte explicó a través de una serie de ejemplos:

Remedios en forma de monitoreo médico pueden darse por numerosos medios. Primero, una corte puede simplemente ordenar al demandado que pague al actor cierta suma de dinero. El actor podría elegir utilizar o no ese dinero para lograr que su condición médica sea monitoreada. Segundo, la corte podría ordenar a los demandados efectuar directamente el pago de los gastos médicos de los actores de modo tal que éstos puedan ser monitoreados por el médico de su elección. Ninguna de estas formas de remedio constituye un remedio inyuntivo. . .

Sin embargo, una corte puede también establecer un elaborado programa de monitoreo médico propio, gestionado por fiduciarios designados y supervisados por la propia corte, de acuerdo con el cual los actores sean monitoreados por médicos particulares y la información médica producida se utilice para estudios de grupo. En esta situación, un demandado, por supuesto, financiaría el programa y sería requerido por la corte para abordar cuestiones que se fueran desarrollando durante la administración del mismo. Bajo estas circunstancias, el remedio constituye un remedio inyuntivo. . .

Day v. NLO, Inc., 144 F.R.D. 330, 335–336 (S.D. Ohio 1992), revocado por otros fundamentos, 5 F.3d 154 (6th Cir. 1993). Otras cortes han alcanzado resultados similares. Ver, por ejemplo, Olden v. LaFarge Corp., 383 F.3d 495, 508 (6th Cir. 2004) (confirmando la certificación de la clase cuando las cuestiones sobre “si la negligencia del demandado causó *algún* incremento en el riesgo a la salud y. . . si ella tiende a causar las cuestiones médicas menores que afectan a la clase pueden probablemente ser determinadas para

**Capítulo 2**

la clase entera”); *In re Diet Drugs Prods. Liab. Litig.*, No. CIV. A. 98-20626, 1999 WL 673066, \*13 (E.D. Pa. Aug. 26, 1999) (certificando una clase de monitoreo médico en el litigio de fen-phen cuando “las cuestiones individuales que plantea [el demandado]. . . son más susceptibles de tratamiento en sub-clases que las pretensiones relacionadas con el uso de tabaco [en *Barnes*]).

El Ejemplo 4 refleja casos en los cuales las cortes han concluido que el remedio de monitoreo médico solicitado operaba en términos funcionales como cortina de una demanda de daños monetarios. Ver, por ejemplo, *Day*, 144 F.R.D. at 335–336; *Zinser v. Accufix Research Inst., Inc.*, 253 F.3d 1180, 1194 (9th Cir. 2001) (rechazando la certificación cuando “es evidente que el fondo para monitoreo médico requerido ‘es en esencia un pedido de remedio monetario’”). La distinción entre remedios de monitoreo médico indivisibles y remedios de daños divisibles atrae especial atención dada la insistencia sobre el derecho de optar por excluirse de la clase que, como parte de la garantía de debido proceso legal, los miembros del grupo tienen en el contexto de estos últimos. Ver *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 811–812 (1985).

Sobre la relación entre el tratamiento colectivo de pretensiones de monitoreo médico y la caracterización subyacente de tales pretensiones a lo largo de la división derecho-equidad, ver Samuel Issacharoff, *Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Actions*, 77 *Notre Dame L. Rev.* 1057, 1073–1080 (2002); John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *Unrealized Torts*, 88 *Va. L. Rev.* 1625, 1712 (2002); Pankaj Venugopal, Note, *The Class Certification of Medical Monitoring Claims*, 102 *Colum. L. Rev.* 1659, 1664–1670 (2002); *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 22.74 (2004).

El Ejemplo 5 habla del tratamiento colectivo de remedios divisibles e indivisibles en el contexto de discriminación laboral. Antes del año 1991, las cortes certificaban rutinariamente acciones de clase por discriminación laboral bajo la Regla 23(b)(2), abarcando no sólo pretensiones de remedio inyuntivo y declarativo sino también pretensiones de pago de sumas de dinero. El remedio de pago de sumas de dinero busca reparar los salarios y otros beneficios perdidos como resultado de la discriminación ilegal. Las cortes toleraron la inclusión de este tipo de remedios en las acciones de clase previstas en la Regla 23(b)(2), caracterizando para ello a las pretensiones como “específicamente de equidad” por buscar un remedio que se desprendía, como una cuestión lógica, de la determinación de la discriminación ilegal subyacente. Ver, por ejemplo, *Pettway v. Am. Cast Iron Pipe Co.*, 494 F.2d 211, 256–258 (5th Cir. 1974); *Senter v. Gen. Motors Corp.*, 532 F.2d 511,

## Capítulo 2

525 (6th Cir. 1976); *Robinson v. Lorillard Corp.*, 444 F.2d 791, 802 (4th Cir. 1971). La caracterización del pago de sumas de dinero como un remedio de equidad en los años inmediatamente posteriores a la Civil Rights Act del año 1964 evitó, como consecuencia adicional, que se disparara el derecho a un juicio por jurados establecido en la Séptima Enmienda algo que los actores en esos tiempos bien podrían haber deseado evitar por razones estratégicas. Para comentarios cuestionando la categorización del pago de sumas de dinero como un remedio de equidad, ver Colleen P. Murphy, *Misclassifying Monetary Restitution*, 55 SMU L. Rev. 1577, 1633 (2002). Para los propósitos de esta Sección, la clasificación histórica del pago de sumas de dinero como un remedio de equidad no es relevante. Debido a que una demanda de pago de sumas de dinero, de ser aceptada, resultaría en una sentencia ordenando al demandado distribuir dinero a reclamantes individuales específicos, el pago de sumas de dinero configura un remedio divisible y debería ser analizado de tal modo a fin de determinar si corresponde su tratamiento colectivo o no. El hecho de si los remedios consistentes en pagar sumas de dinero disparan juicios por jurado, como pretensiones de derecho más que de equidad, no resulta ajeno a la distinción entre el carácter divisible o indivisible del remedio en cuestión.

La Civil Rights Act del año 1991 agregó daños compensatorios (como el daño moral) y daños punitivos al repertorio de remedios en materia de discriminación laboral. 42 U.S.C. § 1981a(a)(1) (2000). Con posterioridad a las modificaciones del año 1991, las cortes lucharon para mantenerse adheridas a los precedentes que autorizaban la inclusión de pretensiones de pago de sumas de dinero dentro de las clases certificadas bajo la Regla 23(b)(2), pero, al mismo tiempo, también lucharon para resistir la inclusión completa de todo tipo de pretensiones por daños. Comparar, por ejemplo, *Allison v. Citgo Petroleum Corp.*, 151 F.3d 402, 425 (5th Cir. 1998) (permitiendo la inclusión de pretensiones de pago de sumas de dinero en clases bajo la Regla 23(b)(2), pero denegando la inclusión de pretensiones para obtener remedios monetarios adicionales autorizada por las reformas del año 1991), con *Robinson v. Metro-North Commuter R.R. Co.*, 267 F.3d 147, 164 (2d Cir. 2001) (llamando a efectuar un “balance *ad hoc*” para identificar las pretensiones predominantes en el marco de clases putativas bajo la Regla 23(b)(2)). Para comentarios sobre los divergentes enfoques judiciales, ver, por ejemplo, Daniel F. Piar, *The Uncertain Future of Title VII Class Actions After the Civil Rights Act of 1991*, 2001 BYU L. Rev. 305; Lesley Frieder Wolf, Note, *Evading Friendly Fire: Achieving Class Certification After the Civil Rights Act of 1991*, 100 Colum. L. Rev. 1847 (2000). Al autorizar nuevas formas de daños en acciones por discriminación laboral, el Congreso agregó

## Capítulo 2

poco a los desafíos de gestión que ya por entonces enfrentaban las cortes con respecto al tratamiento colectivo de estos asuntos. Al igual que las pretensiones de pago de sumas de dinero, las pretensiones por daño moral buscan remedios divisibles y deberían ser analizadas de acuerdo con ello. Sobre el tratamiento de los daños punitivos, ver § 2.07, Notas de los Reporteros.

El enfoque asumido de cara al tratamiento colectivo del asunto en el Ejemplo 5 se basa en el análisis de la certificación de clase efectuado en el contexto de discriminación laboral en *Allen v. Int'l Truck & Engine Corp.*, 358 F.3d 469 (7th Cir. 2004). En *Allen*, el Séptimo Circuito revocó la decisión de una corte de distrito que había rechazado la certificación de una clase para obtener un remedio inyuntivo bajo la Regla 23(b)(2) en el marco de un caso de práctica o patrón de conducta general. Al hacerlo, destacó los beneficios del tratamiento colectivo en comparación con el desarrollo de juicios separados, y pronosticó el efecto de preclusión de cuestiones que fluiría de las determinaciones efectuadas por el jurado con respecto a las cuestiones fácticas disputadas que rodeaban la disponibilidad del remedio inyuntivo. Ver *id.* p. 472. El Séptimo Circuito reenvió el expediente a la corte de distrito para el tratamiento de una cuestión adicional, consistente en determinar si al menos algunas de las cuestiones que influían sobre la responsabilidad del demandado por los daños ocasionados podía dar lugar a un tratamiento colectivo, una postura consistente con lo sostenido en § 2.03(b). El Ejemplo 5 lleva este análisis un paso más allá al referirse específicamente al tratamiento de pretensiones de pago de sumas de dinero, un asunto no discutido en *Allen*.

*Efecto sobre el derecho vigente.* El vocabulario de esta Sección -focalizado en la distinción funcional entre remedios divisibles e indivisibles más que en las categorías formales de derecho y equidad- está diseñado para explicar con mayor precisión el enfoque tomado por las cortes en años recientes bajo el auspicio de las Reglas 23(b)(1)(A) y (b)(2). La reforma de la Regla podría llegar a ser útil eventualmente a fin de incorporar en su texto el vocabulario de esta Sección, pero tal reforma no resulta necesaria para que las cortes implementen el enfoque aquí propuesto.

### § 2.05 Selección del derecho sustantivo aplicable

- (a) Para determinar si múltiples pretensiones involucran cuestiones comunes, la corte debe establecer cuál es el derecho sustantivo que gobierna tales cuestiones.**

## Capítulo 2

- (b) La corte puede autorizar el tratamiento colectivo de múltiples pretensiones, o de una cuestión común allí contenida, por medio de una acción de clase si determina que**
- (1) un sólo cuerpo de derecho aplica a todas esas pretensiones o cuestiones;**
  - (2) pretensiones o cuestiones diferentes se encuentran sujetas a diferentes cuerpos de derecho sustantivo cuyo contenido funcional resulta ser el mismo; o**
  - (3) diferentes pretensiones o cuestiones se encuentran sujetas a diferentes cuerpos de derecho que no son iguales en contenido funcional pero de todas maneras presentan un limitado número de patrones que la corte, por las razones articuladas en § 2.12, puede gestionar por medio de los procedimientos de adjudicación allí identificados.**

### Comentario:

*a. Obligación de analizar el derecho sustantivo aplicable.* La sub-sección (a) subraya la obligación de la corte de asegurar que el tratamiento colectivo avanzará materialmente la resolución de múltiples pretensiones. Ver también § 2.02(a)(1). Cuando las pretensiones están conectadas con más de una jurisdicción, una corte puede verse en la necesidad de realizar un análisis sobre el derecho sustantivo aplicable como precondition para identificar las cuestiones comunes. La necesidad de una determinación inicial del derecho sustantivo que gobierna el asunto fluye lógicamente de, y refuerza, la definición de cuestiones comunes establecida en § 2.01. Una cuestión dada no calificará como cuestión común si su determinación no requiere la resolución de una cuestión que es igual en contenido funcional a lo largo de todas las pretensiones a ser agregadas. Un obstáculo para esta calificación se desprende de las diferencias en el derecho sustantivo aplicable a lo largo de las pretensiones cuyo tratamiento colectivo se pretende.

Quando el análisis del derecho sustantivo aplicable requerido por la sub-sección (a) implicaría la evaluación de derecho extranjero, además, la corte puede considerar la opción de designar un experto o un *special master* para ser asistida en tal indagación.

La sub-sección (a) no contempla cambio alguno en el cuerpo de los principios que gobiernan el usual trabajo de la corte a la hora de seleccionar el derecho sustantivo aplicable. Así, por ejemplo, conforme principios legales

## Capítulo 2

ahora bien establecidos, a la hora de decidir si acordar tratamiento colectivo a pretensiones fundadas en derecho estatal una corte federal debería aplicar las reglas sobre selección del derecho sustantivo aplicable que rijan en el estado en el cual dicha corte está ubicada. En cuanto a este Capítulo, en términos generales el objetivo es que el tratamiento colectivo opere sin problemas frente al derecho sustantivo –dejando la decisión de innovar en el área de los principios sobre selección del derecho sustantivo aplicable en manos de las instituciones con autoridad para establecer por ellas mismas tales principios. La decisión de agregar no debería alterar el derecho que aplicaría a la situación de cualquiera de las partes en el supuesto que sus pretensiones fueran avanzadas individualmente.

La obligación de la corte de conducir el análisis para seleccionar el derecho sustantivo aplicable, no obstante, se extiende sólo a los asuntos que influyen en la determinación de las cuestiones legales y fácticas efectivamente disputadas entre las partes. La corte no necesita y no debería decidir una cuestión hipotética sobre el derecho aplicable. El fracaso de una parte a la hora de demostrar la necesidad de decidir una cuestión relativa a la selección del derecho sustantivo aplicable puede proveer la base para que la corte determine que la cuestión es hipotética y que, por tanto, no resulta pertinente para su decisión de si acordar o no tratamiento colectivo al asunto.

### Ejemplos:

1. En un caso de fraude que involucra a consumidores localizados en diversos estados, Demandado se opone a la agregación argumentando que el nivel particular de conocimiento de los consumidores sobre las alegadas fraudulentas tergiversaciones constituye una defensa que impediría la configuración de la responsabilidad por fraude bajo la ley de algunos estados pero no de otros. Demandado señala además que serán necesarias indagaciones individuales para determinar si los consumidores particulares poseen el requerido nivel de conocimiento, y que el tratamiento colectivo es, por tanto, inapropiado. Antes de efectuar el análisis orientado a determinar qué derecho sustantivo resulta aplicable a la “defensa de conocimiento”, la corte debería exigir a Demandado el ofrecimiento de prueba que demuestre que algunos consumidores localizados en los estados relevantes para el caso carecen del nivel de conocimiento requerido. La corte debería habilitar un *discovery* limitado a fin de permitir que Demandado pueda lograr esta demostración.

## Capítulo 2

*b. Enfoques existentes.* La selección del derecho sustantivo aplicable ha creado considerables desafíos en el contexto de acciones de clase que involucran miembros localizados en múltiples jurisdicciones y cuyas pretensiones encuentran causa en derecho estatal. Las cortes han utilizado cinco enfoques básicos, tres de los cuales continúan siendo permisibles bajo el derecho vigente. La organización de esta Sección se encuentra diseñada para reflejar los enfoques permisibles que existen en la doctrina actual más que para establecer nuevos principios en materia de selección del derecho sustantivo aplicable en el campo de los procesos colectivos.

El primer enfoque aplica el derecho de las respectivas jurisdicciones en las cuales se encuentran los miembros de la clase. Esta selección del derecho sustantivo aplicable puede desprenderse de principios categóricos que, basados en la naturaleza de las pretensiones involucradas, apunten a las diversas jurisdicciones en las cuales los miembros de la clase se encuentran localizados. La misma selección del derecho sustantivo aplicable puede fluir de una determinación contextual que establezca que la jurisdicción en la cual cada miembro de la clase se encuentra localizado es la que tiene mayor interés en controlar la resolución de la pretensión de ese miembro de la clase o, de modo similar, tiene la mayor relación con la disputa subyacente.

El segundo enfoque también mira al derecho de las jurisdicciones donde los miembros de la clase se encuentran localizados, pero agrupa tales cuerpos de derecho en un limitado número de patrones. El tercer enfoque involucra la aplicación de principios de selección del derecho sustantivo aplicable para aplicar a la acción de clase un cuerpo de derecho que no sea arbitrario -esto es, uno que no sujetaría al demandado a un estándar legal del cual no tenía justa noticia al tiempo de desarrollar la conducta primaria que lo relaciona con cada miembro de la clase.

Hay dos enfoques adicionales que provocan formidables dificultades. En presencia de un conflicto sobre este punto, el cuarto enfoque determina la aplicación a todas las pretensiones del derecho sustantivo del foro donde se desarrolla la disputa -aun a aquellas pretensiones que no tienen relación con ese foro más allá de la localización del proceso colectivo. Este cuarto enfoque se encuentra vedado por consideraciones constitucionales de debido proceso legal que protegen contra la arbitrariedad a la hora de seleccionar el derecho sustantivo aplicable. El quinto enfoque involucra la aplicación a todas las pretensiones del cuerpo de derecho sustantivo que aparece como común sólo cuando es considerado en un nivel de generalidad tal que no refleja el derecho vigente de alguna jurisdicción en particular. Este quinto enfoque se encuentra vedado por el reconocimiento de que, por un lado,

## Capítulo 2

cada cuerpo de derecho sustantivo deriva de una soberanía particular y, por el otro, las cortes carecen de autoridad para resolver disputas en la selección del derecho sustantivo aplicable en las acciones de clase por medio de una amalgama que contenga el derecho de múltiples soberanos. Un enfoque del género corre el riesgo de exponer al demandado a un estándar legal del cual no tuvo justa noticia al momento de desarrollar la conducta subyacente que lo relaciona con los miembros de la clase.

La sub-sección (b) de esta Sección no busca proveer una tipología exhaustiva de enfoques permisibles a la hora de seleccionar el derecho sustantivo aplicable en procesos colectivos. La sub-sección (b), en cambio, persigue una finalidad más limitada: identificar tres situaciones sobre las cuales existe un consenso sustancial en el derecho vigente en cuanto a que, en tales contextos, las consideraciones de selección del derecho sustantivo aplicable no deberían generar barreras insuperables para lograr la agregación.

*c. Un único cuerpo de derecho sustantivo.* La sub-sección (b)(1) expresa lo que es, a primera vista, un punto obvio: si el resto de las condiciones para agregar se encuentran reunidas, las consideraciones sobre selección del derecho sustantivo aplicable no deberían derrotar el tratamiento colectivo cuando los principios para efectuar tal selección apuntan a un único cuerpo de derecho sustantivo que gobierna todas las pretensiones. De acuerdo con los comentarios *a* y *b*, la sub-sección (b)(1) deja en manos de las instituciones apropiadas el desarrollo de los principios en materia de selección del derecho sustantivo aplicable orientados a determinar las situaciones, si es que hay alguna, en las cuales la corte podría aplicar un único cuerpo de derecho sustantivo a un grupo de pretensiones de las cuales son titulares personas localizadas en múltiples estados -por ejemplo, el derecho del lugar donde un demandado común tiene la sede principal de sus negocios. Actualmente los principios sobre selección del derecho sustantivo aplicable que apuntan a la aplicación del derecho vigente en el lugar donde el demandado tiene la sede principal de sus negocios se mantienen como algo bastante raro a través de los distintos estados. Típicamente, el uso de un único derecho para gobernar la disputa, basado en el estado donde el demandado tiene su domicilio, es un asunto del derecho sustantivo subyacente más que una cuestión propia del campo de los conflictos sobre el derecho aplicable. Por ejemplo, usualmente los asuntos de gobierno corporativo se encuentran sujetos al derecho del estado donde la corporación se encuentra radicada, pero este enfoque se desprende por lo general del derecho estatal relativo a las corporaciones, no de los principios sobre selección del derecho sustantivo aplicable. Cualquier selección de este tipo que desemboque en la aplicación de un único cuerpo de derecho por el

## Capítulo 2

juego de los principios estatales sobre selección del derecho sustantivo aplicable, además, queda sujeta a restricciones constitucionales por razones de debido proceso legal.

*d. Múltiples cuerpos de derecho sustantivo que son iguales en contenido funcional.* La sub-sección (b)(2) extiende el principio de la sub-sección (b)(1), señalando que el tratamiento colectivo puede ser apropiado aun cuando la corte establezca que diversos cuerpos de derecho nominalmente diferentes gobiernan las pretensiones de distintos individuos. La terminología de la sub-sección (b)(2) introduce dentro del contexto de selección del derecho sustantivo aplicable la definición de cuestiones comunes establecida en § 2.01. La cuestión real para las cortes no es una de tipo formal (si múltiples cuerpos de derecho aplican a las pretensiones cuyo tratamiento colectivo es solicitado) sino, más bien, de tipo funcional (si tales cuerpos de derecho son, en lo pertinente, iguales en su contenido funcional). En caso afirmativo, la situación es apropiadamente tratada de la misma manera que una en la cual un único cuerpo de derecho aplica a todas las pretensiones -en la práctica, como si fuera una situación que no involucra ningún conflicto en la selección del derecho sustantivo aplicable.

En la arena legislativa ha existido desde hace largo tiempo una significativa presión para que los estados hagan sus estatutos más uniformes, y muchos esfuerzos para promover tal uniformidad han tenido éxito. Igualmente, en áreas del derecho común las cortes a menudo utilizan como guía la jurisprudencia de otros estados (y de cortes federales). Esa práctica también ha incrementado la uniformidad en algunos campos. Cuando aplican al caso cuerpos de derecho nominalmente diferentes pero iguales en su contenido funcional, resulta posible encontrar cuestiones comunes que permiten un tratamiento colectivo.

La indagación en el derecho sustantivo se mantiene como algo distinto de la cuestión sobre la conveniencia de la agregación. En algunos casos es posible que cuerpos de derecho nominalmente diferentes puedan ser iguales en contenido funcional. Sin embargo, esto no podría ser utilizado para evitar resolver el contenido funcional del derecho sustantivo aplicable a fin de facilitar la certificación de la clase. Más bien, al igual que en los litigios individuales donde el derecho aplicable es incierto en su contenido, las cortes deberían asegurar un respeto fiel al derecho sustantivo estatal. Ver Comentario *a* (“La decisión de agregar no debería alterar el derecho que aplicaría a la situación de cualquiera de las partes en el supuesto que sus pretensiones fueran avanzadas individualmente”).

## Capítulo 2

*e. Patrones gestionables.* La sub-sección (b)(3) reconoce que las consideraciones sobre el derecho sustantivo aplicable no deberían derrotar el tratamiento colectivo cuando la corte determina que existe un número gestionable de patrones en los cuerpos de derecho sustantivo relevantes y explica, como parte de su plan de adjudicación de conformidad con § 2.12, la idoneidad de tales patrones para proceder a tratar el asunto en clave colectiva. La circunstancia que 50 derechos estatales podrían aplicar a un conjunto de pretensiones no significa necesariamente que existan 50 variaciones radicalmente diferentes en términos de contenido funcional. La sub-sección (b)(3) reconoce que los derechos de diferentes estados pueden conformar *clusters* o agrupamientos, aun cuando ellos no sean enteramente uniformes. Pueden existir cuestiones comunes dentro de los respectivos *clusters* que tornen permisible un tratamiento colectivo.

No obstante, la sub-sección (b)(3) aconseja proceder con cautela y requiere que la corte no sólo identifique la naturaleza y el número de variaciones en el derecho sustantivo, sino también que articule un plan donde se establezca cómo tales variaciones pueden ser manejadas en clave colectiva respetando sus diferencias en contenido, incluyendo las que hacen a las defensas pertinentes. En orden a conducir dicha indagación, la corte puede necesitar acumular y evaluar estatutos, decisiones de derecho común e instrucciones proveídas a jurados en múltiples jurisdicciones. Sin embargo, la corte puede reducir la carga que pesa sobre ella requiriendo a las partes que presenten por escrito su posición sobre estos puntos.

*f. Asignación de cargas.* Como subraya el Comentario *a*, la presente Sección no contempla cambio alguno en la elección o determinación por parte de la corte de los principios sobre selección del derecho sustantivo aplicable. Los principios relevantes en materia de selección del derecho sustantivo aplicable pueden referirse, en particular, a quién tiene la carga de demostrar que más de un cuerpo de derecho sustantivo aplica a múltiples pretensiones -por ejemplo, imponiendo esa carga sobre la parte que pretende la aplicación de un derecho distinto del que corresponde al foro donde se desarrolla el litigio. Quien solicita la agregación se encuentra de este modo sin obligación de abordar hipotéticos conflictos en el derecho aplicable. Más bien, la carga de demostrar que múltiples cuerpos de derecho son iguales en contenido funcional o bien que se presentan con un número de patrones gestionable que tornaría permisible el tratamiento colectivo, ver las sub-secciones (b)(2)–(b)(3), surge sólo después de una demostración inicial de que múltiples cuerpos de derecho aplican a las pretensiones cuyo tratamiento colectivo se

## Capítulo 2

solicita. La carga de lograr esa demostración inicial es un asunto gobernado por los principios sobre selección del derecho sustantivo aplicable.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Toda esta sección procede sobre la premisa que la selección del derecho sustantivo aplicable es una dimensión de la indagación más amplia que debe formularse sobre las restricciones impuestas a la agregación por el derecho sustantivo, y no un asunto de elección procesal similar a la decisión misma de agregación. Ver Larry Kramer, *Choice of Law in Complex Litigation*, 71 N.Y.U. L. Rev. 547, 549 (1996) (“Debido a que la selección del derecho sustantivo aplicable es parte del procedimiento tendiente a definir los derechos de las partes, ella no debería cambiar simplemente porque, por razones de conveniencia administrativa y eficiencia, hemos combinado muchas pretensiones en un sólo proceso; cualquiera sean las reglas en materia de selección del derecho sustantivo aplicable que utilicemos para definir los derechos de las partes, ellas deben ser las mismas en los casos ordinarios y en los complejos”.); Linda J. Silberman, *The Role of Choice of Law in National Class Actions*, 156 U. Pa. L. Rev. 2001, 2022 (2008) (“La razón para el dispositivo de clase es que *ya existe* una serie de derechos y pretensiones coherentes entre los potenciales miembros de la clase, y es la existencia de tales elementos lo que hace apropiado al proceso representativo. Usar la acción de clase como justificación para alterar las reglas en materia de selección del derecho sustantivo aplicable sería poner el carro delante del caballo y malentender el rol de las acciones de clase y de dichas reglas”).

La afirmación de la sub-sección (a) respecto de la obligación de la corte de efectuar el análisis en materia de selección del derecho sustantivo aplicable como precondition para el tratamiento colectivo construye sobre el status de tal obligación en el contexto de las acciones de clase, donde se presenta como un aspecto constitucional del debido proceso. Ver *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 821–822 (1985). Ver también *In re St. Jude Medical, Inc.*, 425 F.3d 1116, 1120 (8th Cir. 2005) (citando *Shutts* para sostener la revocación de una certificación de clase cuando “la corte de distrito no condujo un análisis minucioso sobre el derecho sustantivo aplicable con respecto a cada miembro de la clase actora antes de aplicar el derecho de Minnesota”). Con respecto a esto, la sub-sección (a) aconseja contra la posición de una corte estatal aislada que rechazó la proposición

## Capítulo 2

de que su regla de acción de clase estatal —a diferencia de la Regla Federal 23— requiere que la corte de primera instancia “realice un análisis sobre el derecho sustantivo aplicable con carácter previo a certificar una clase”. En este caso se trataba de pretensiones con causa en derecho estatal promovidas en el marco de una clase que abarcaba a todo el país. *Gen. Motors Corp. v. Bryant*, 285 S.W.3d 634, 641 (Ark. 2008).

Sobre la obligación de una corte federal de utilizar, a la hora de abordar pretensiones basadas en derecho estatal, las reglas sobre selección del derecho sustantivo aplicable vigentes en el estado en el cual ella se encuentra ubicada, ver *Klaxon Co. v. Stentor Electric Mfg. Co.*, 313 U.S. 487 (1941). Con respecto a mayores desarrollos de los principios en materia de selección del derecho sustantivo aplicable por parte de instituciones apropiadas, esta Sección deja abierta la posibilidad de un código federal sobre el tema. Para una propuestas del género, ver *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis*, Nota Introductoria al Capítulo 6, 306 y Apéndice A, 449–453. Para críticas a *Klaxon* en el contexto actual de procesos colectivos con alcance nacional, ver Samuel Issacharoff, *Settled Expectations in a World of Unsettled Law: Choice of Law after the Class Action Fairness Act*, 106 Colum. L. Rev. 1839, 1842 (2006). Para críticas sobre los obstáculos que produce la selección del derecho sustantivo aplicable en acciones de clase de consumo que involucran pretensiones de escaso valor, ver Elizabeth J. Cabraser, *Just Choose: The Jurisprudential Necessity to Select a Single Governing Law for Mass Claims Arising from Nationally Marketed Consumer Goods and Services*, 14 Roger Williams L. Rev. 29 (2009).

Las disputas sobre cuándo es apropiado proceder a la agregación de pretensiones se han intensificado en años recientes con motivo del amplio reconocimiento de que el tratamiento colectivo magnifica los montos en juego en los litigios civiles. Mucha de esta intensificación se ha centrado en torno a cuestiones sobre selección del derecho sustantivo aplicable, con demandados que tienden a oponerse a la agregación con todas las objeciones posibles, incluyendo cuestiones de ese tipo que bien podrían ser consideradas como hipotéticas. El Ejemplo 1 está diseñado para clarificar que la obligación de la corte de realizar el análisis en materia de derecho sustantivo aplicable bajo la sub-sección (a) no se extiende a cuestiones hipotéticas.

Sobre el tratamiento especial otorgado en general a cuestiones de derecho extranjero en el proceso civil federal, ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 44.1 (“Para determinar el derecho extranjero, la corte puede considerar cualquier material o fuente relevante, incluyendo testimonios, sean o no ofrecidos por una parte o admisibles de conformidad con las Reglas Federales de Eviden-

## Capítulo 2

cia.”). “En algunas instancias, el juez de distrito puede designar un *special master* para ayudar en la determinación del contenido del derecho extranjero”. 9A Charles Alan Wright & Arthur R. Miller, *Federal Practice and Procedure* § 2444, 533 (3d ed. 2005) (citando a John G. Sprankling & George R. Lanyi, *Pleading and Proof of Foreign Law in American Courts*, 19 Stan. J. Int’l L. 3, 91–92 (1983)). El derecho vigente en materia probatoria autoriza el uso de expertos designados por la corte. Ver Reg. Fed. de Evid. 706(a).

*Comentario b.* Como enfatiza este Comentario, la presente Sección “está diseñada para reflejar los enfoques permisibles que existen en la doctrina actual más que para establecer nuevos principios en materia de selección del derecho sustantivo aplicable en el campo de los procesos colectivos”. Esta última empresa fue objeto de trabajos previos del Instituto. Ver *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis* §§ 6.01–6.08.

Para una ilustración del primer enfoque en materia de selección del derecho sustantivo aplicable en acciones de clase, llamando a la aplicación del derecho de las respectivas jurisdicciones en las cuales se encuentran los miembros de la clase y definiendo tal ubicación en términos de lugar donde éstos sufrieron el daño o lugar de domicilio, por ejemplo, ver *In re Bridgestone/Firestone, Inc.*, 288 F.3d 1012, 1016 (7th Cir. 2002) (aplicando el principio *loci delicti* para seleccionar el derecho sustantivo aplicable); *In re Vioxx Prods. Liab. Litig.*, 239 F.R.D. 450 (E.D. La. 2006) (concluyendo que el derecho que corresponde a la jurisdicción de cada uno de los miembros de la clase propuesta aplica a sus respectivas pretensiones).

Ejemplos del segundo enfoque, involucrando la identificación de un número gestionable de patrones en el derecho sustantivo, incluyen los casos *In re School Asbestos Litig.*, 789 F.2d 996, 1010 (3d Cir. 1986), e *In re Prudential Ins. Co. Am. Sales Practices Litig.*, 148 F.3d 283, 315 (3d Cir. 1998). Ver también *In re Teletronics Pacing Sys., Inc.*, 172 F.R.D. 271, 293–294 (S.D. Ohio 1997); *In re LILCO Sec. Litig.*, 111 F.R.D. 663, 670 (E.D.N.Y. 1986). Para comentarios apoyando la consideración judicial de este segundo enfoque, ver *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 22.317 (2004); Kramer, *Choice of Law*, 71 N.Y.U. L. Rev. at 584–587. La determinación de si los patrones son gestionables, no obstante, se mantiene en cabeza de la corte, la cual no tiene ninguna obligación de aceptar las afirmaciones efectuadas por quienes pretenden la agregación en el sentido de que efectivamente lo son. *Cole v. Gen. Motors Corp.*, 484 F.3d 717, 725–726 (5th Cir. 2007). Para un énfasis similar sobre consideraciones de gestión cuando la agregación propuesta consiste en múltiples sub-clases, cada una de ellas compuesta por personas ubicadas dentro de un estado particular, ver *In re Welding Fume*

## Capítulo 2

Prods. Liability Litig., 245 F.R.D. 279, 294 (N.D. Ohio 2007) (“[Una] corte puede gestionar las diferencias existentes en el derecho sobre monitoreo médico en ocho estados elegidos por . . . los actores mediante el desarrollo de juicios separados para cada sub-clase estatal, o tal vez mediante un juicio combinado para unas pocas sub-clases estatales si el derecho de tales estados es suficientemente similar a fin de permitir la creación de instrucciones para el jurado y una forma de veredicto que no sea demasiado compleja.”).

El tercer enfoque, que demanda una selección no arbitraria del derecho sustantivo aplicable para gobernar la acción de clase, es permitido por *Shutts*. Ver 472 U.S. at 823 (destacando que “una corte estatal es libre para aplicar uno de varios modos de selección del derecho sustantivo aplicable” en la medida que la elección realizada no sea arbitraria). Las decisiones tomadas por la Suprema Corte desde *Shutts* subrayan aun más la amplitud del campo disponible para las cortes en la selección no arbitraria del derecho sustantivo aplicable. Ver *Sun Oil Co. v. Wortman*, 486 U.S. 717, 727 (1988) (reconociendo que “es frecuentemente el caso bajo la *Full Faith and Credit Clause* que una corte puede legítimamente aplicar tanto la ley de un estado como la ley contraria de otro”). En *Franchise Tax Board v. Hyatt*, 538 U.S. 488 (2003), la Corte sostuvo que era constitucionalmente permisible la determinación de una corte estatal de Nevada que sujetó a una agencia de cobranzas de California a la jurisdicción de Nevada para litigar, a pesar de la inmunidad contra demandas judiciales que tal agencia hubiera gozado en una corte de California debido a un estatuto vigente en este estado. La Corte señaló que la corte de Nevada no se encontraba constitucionalmente obligada a aplicar el estatuto de inmunidad de California a la luz del conflicto que dicho estatuto implicaba con relación a la inmunidad de otras agencias. Id. p. 499 (destacando que Nevada no exhibió una “política de hostilidad” frente a California sino que, más bien, “aplicó sensatamente principios de reciprocidad [*comity*] con un sano respeto por el estatus soberano de California, apoyándose como punto de referencia para su análisis en los contornos que asume la inmunidad soberana de Nevada frente a demandas judiciales”).

El cuarto enfoque fue revocado en *Shutts* por razones constitucionales de debido proceso. Ver 472 U.S. at 821–822 (sosteniendo que la jurisdicción “debe tener un ‘contacto significativo o un conjunto de contactos significativos con las pretensiones esgrimidas por cada miembro de la clase actora, contactos ‘creando interés estatal, en orden de asegurar que la selección del derecho [de la propia jurisdicción] no sea arbitraria o injusta”) (citando *Allstate Ins. Co. v. Hague*, 449 U.S. 302, 313 (1981)). Sin embargo, una corte puede aplicar el derecho de su jurisdicción a pretensiones que no tienen

## Capítulo 2

más relación con la misma que el lugar donde se encuentra tramitando el litigio, cuando dicha corte determina que no hay conflicto entre los distintos ordenamientos. Esa determinación, no obstante, no puede basarse en una errónea interpretación del derecho de otro estado “que se encuentra claramente establecido y que ha sido puesto en conocimiento de la corte”. *Sun Oil*, 486 U.S. at 731. El quinto enfoque es lo que la corte de *In re Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*, 51 F.3d 1293, 1300 (7th Cir. 1995), criticó apropiadamente como “una especie de instrucción en Esperanto” que no se corresponde con “el derecho vigente de ninguna jurisdicción.” Como observó la Corte al revocar el tratamiento colectivo de la cuestión de incumplimiento en un litigio nacional en materia de negligencia: “El derecho común no es algo omnipresente meditando en el cielo, sino la voz articulada de algún soberano o quasi-soberano que puede ser identificado. Las voces de los quasi-soberanos, que son los estados que conforman los Estados Unidos, cantan la negligencia en diferente tono.” *Id.* p. 1301 (citando *S. Pac. Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 222 (1917) (Holmes, J., disintiendo)).

*Comentario c.* En el contexto de acciones de clase que involucran a consumidores de todo el país, algunos casos se han enfocado en años recientes en la posibilidad de aplicar el derecho sustantivo del lugar donde el demandado tiene la sede principal de sus negocios. Comparar *Bridgestone/Firestone*, 288 F.3d p. 1016 (señalando como fundamento para revocar la certificación de una acción de clase nacional promovida ante la corte federal con asiento en Indiana que “ni Indiana ni ningún otro estado ha aplicado una regla uniforme sede-principal-de-los-negocios-del-demandado en casos de responsabilidad por productos elaborados”), con *Ysbrand v. DaimlerChrysler Corp.*, 81 P.3d 618, 626 (Okla. 2003) (aplicando el derecho del lugar donde el demandado tienen la sede principal de sus negocios a una clase nacional que alegaba incumplimiento de la garantía de los airbags para minivans). Posteriormente, la legislatura de Oklahoma reformó la regla de acción de clase de dicho estado en modo tal que una certificación de clase en línea con lo resuelto en *Ysbrand* ya no está disponible. Ver Okla. Stat. tit. 12, § 2023(D) (3) (2009) (restringiendo la pertenencia a la clase a residentes de Oklahoma más aquellos no residentes que tengan un nexo relevante con el estado, “a menos que se acuerde lo contrario con el demandado”). Para el debate académico sobre el uso del lugar donde el demandado tiene la sede principal de sus negocios como fundamento para la selección del derecho sustantivo aplicable, comparar Samuel Issacharoff, *Getting Beyond Kansas*, 74 UMKC L. Rev. 613 (2006), con Richard A. Nagareda, *Bootstrapping in Choice of Law After the Class Action Fairness Act*, 74 UMKC L. Rev. 661 (2006); Allison M. Gruen-

## Capítulo 2

wald, Note, *Rethinking Place of Business as Choice of Law in Class Action Lawsuits*, 58 Vand. L. Rev. 1925 (2005); ver también *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis* § 6.03(c)(4), 372 (proponiendo que para determinar “la ley que gobierna el caso, . . . la corte debería considerar. . . los principales lugares de negocios o la residencia habitual de actores y demandados”).

*Comentario d.* Los esfuerzos para armonizar el derecho estatal a través de estatutos y reglas modelo han existido por muchos años. Sobre el trabajo de la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, ver Fred H. Miller, *The Significance of the Uniform Laws Process: Why Both Politics and Uniform Law Should be Local—Perspectives of a Former Executive Director*, 27 Okla. City U. L. Rev. 507 (2002). Sobre los primeros Restatements of Law desarrollados por el American Law Institute, ver G. Edward White, *The American Law Institute and the Triumph of Modernist Jurisprudence*, 15 Law & Hist. Rev. 1 (1997); ver también *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis* § 4.02 y sus Comenarios (proponiendo la creación de un Centro Interestatal de Litigios Complejos o una Ley Uniforme de Litigios Complejos). Estos esfuerzos se han convertido en algo cada vez más importante a medida que la economía y otras actividades trascienden las fronteras estatales. En particular, el comercio por Internet y las comunicaciones tienen el potencial para eclipsar las fronteras estatales.

Además de los esfuerzos tendientes a armonizar el derecho estatal, un desarrollo relacionado consiste en los esfuerzos para buscar el tratamiento colectivo mediante la presentación de pretensiones basadas en derecho estatal como pretensiones encuadradas en el marco de derecho federal uniforme, tal como ocurre con el uso de la RICO. Ver, por ejemplo, *Klay v. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241 (11th Cir. 2004) (confirmando la certificación de una clase nacional en un caso de administradores de cuidados médicos con respecto a las pretensiones basadas en RICO, pero no así con respecto a las pretensiones por incumplimiento de contrato basadas en derecho estatal); *McLaughlin v. Am. Tobacco Co.*, 522 F.3d 215 (2d Cir. 2008) (revocando la certificación de una acción de clase bajo RICO concerniente a la comercialización de cigarrillos light). En lo que resulta otra variable más de este desarrollo, los años recientes han sido testigos de una sustancial atención puesta por la Suprema Corte sobre situaciones de posible prevención federal de pretensiones con causa en derecho estatal, particularmente en litigios de responsabilidad por productos elaborados. Ver, por ejemplo, *Wyeth v. Levine*, 129 S. Ct. 1187 (2009); *Altria Group, Inc. v. Good*, 129 S. Ct. 538 (2008); *Riegel v. Medtronic, Inc.*, 128 S. Ct. 999 (2008); *Desiano v. Warner-Lambert & Co.*, 467 F.3d 85 (2d Cir. 2006), confirmado por una

## Capítulo 2

Corte dividida en partes iguales. Warner-Lambert Co., LLC v. Kent, 128 S. Ct. 1168 (2008).

*Comentario f.* Aplicando las restricciones de la *Full Faith and Credit Clause* en el contexto de la selección del derecho sustantivo aplicable, la Suprema Corte rechazó en *Sun Oil* la proposición según la cual, en instancia de apelación, los miembros de la clase “tienen alguna carga inicial de apoyar” la determinación de la corte de la jurisdicción en cuanto a que el derecho de tal jurisdicción no presentaba conflictos con el derecho de varios estados contendientes. 486 U.S. p. 732 n.4. Como fue reflejado en la Nota de los Reporteros al Comentario *b*, esta carga descansa sobre aquellos que postulan la existencia de un verdadero conflicto, quienes deben traer a atención de la corte “decisiones que lisa y llanamente contradicen” su determinación de que hay un falso conflicto. Id. De allí la indicación efectuada en el Comentario *f* respecto a que “la carga de demostrar que múltiples cuerpos de derecho son iguales en contenido funcional o bien se presentan con un número de patrones gestionable tales como para hacer permisible el tratamiento colectivo del asunto, . . . surge sólo después de una demostración inicial de que múltiples cuerpos de derecho aplican a las pretensiones cuyo tratamiento colectivo se solicita.”

Sobre la distinción entre la carga de demostrar la existencia de un conflicto entre los ordenamientos de derecho aplicables y la carga de demostrar la idoneidad del tratamiento colectivo en el escenario de las acciones de clase, ver Patrick Woolley, *Choice of Law and the Protection of Class Members in Class Suits Certified Under Federal Rule of Civil Procedure 23(b)(3)*, 2004 Mich. St. L. Rev. 799, 811 (“Si las leyes de múltiples jurisdicciones deben ser aplicadas de conformidad con las reglas sobre selección del derecho sustantivo vigentes en el estado, la parte que busca la certificación de la clase tiene la carga de demostrar que tal certificación sería igualmente apropiada a pesar de la relevancia de los múltiples cuerpos de derecho aplicables al caso. Pero esa obligación no entra en escena sino *después* que la corte ha concluido [basada en las reglas aplicables sobre selección del derecho sustantivo] que el derecho de más de un estado aplicará al caso.”).

*Efecto sobre el derecho vigente.* El enfoque de esta Sección está diseñado para ser bastante modesto en su descripción de situaciones ampliamente reconocidas en las cuales el análisis sobre la selección del derecho sustantivo aplicable no aconseja contra el tratamiento colectivo de cuestiones comunes. La implementación de esta Sección puede tener lugar por medio de decisiones judiciales, sin necesidad de ningún tipo de estatuto nacional en materia de selección del derecho sustantivo aplicable.

## § 2.06 Cuestiones legales o fácticas relevantes para el tratamiento como acción de clase

- (a) **Si la idoneidad de múltiples pretensiones civiles para ser tratadas como una acción de clase depende de la resolución de una cuestión subyacente concerniente al contenido del derecho sustantivo aplicable o a la situación fáctica presentada, entonces la corte debe decidir esa cuestión como parte de su determinación de certificar o no la clase. La obligación reconocida en esta sub-sección no autoriza a que la corte, puesta a resolver sobre la certificación de clase, decida una cuestión de derecho, de hecho o mixta si la determinación de esta cuestión no es relevante para establecer la idoneidad del tratamiento del caso por vía de la acción de clase.**
- (b) **Al decidir una cuestión de hecho de acuerdo con la sub-sección (a), la corte debería aplicar el estándar probatorio de probabilidad prevaleciente. La decisión tomada por la corte sobre una cuestión de hecho con el fin de resolver la certificación de clase, sin embargo, no debería ser vinculante en procesos subsiguientes relacionados con el litigio.**

### Comentario:

*a. Obligación judicial de decidir.* La sub-sección (a) de la presente Sección refleja el reconocimiento, presente en la jurisprudencia, de dos dimensiones de la certificación de clase relacionadas entre ellas: primero, que la corte se encuentra obligada a decidir todas las cuestiones relevantes para determinar la idoneidad del tratamiento por vía de la acción de clase; y, segundo, que la corte debería decidir ese tipo de cuestiones sin importar que sean caracterizadas como de derecho, de hecho, o mixtas.

El enfoque de la sub-sección (a) se encuentra en consonancia con el énfasis puesto en §§ 2.03–2.05 sobre la relación entre el contenido del derecho sustantivo aplicable y la idoneidad del tratamiento colectivo. El derecho sustantivo aplicable no siempre es claro en su contenido. Al aplicar §§ 2.03–2.05, la corte puede encontrar grietas o ambigüedades en el derecho sustantivo aplicable, sea que éste asuma forma constitucional, estatutaria o de derecho común. Por ejemplo, con respecto a la cuestión de la responsabilidad la agregación puede ser apropiada bajo una interpretación del derecho

## Capítulo 2

sustantivo pero inapropiada de acuerdo con otra interpretación. Cuestiones abiertas concernientes al contenido del derecho sustantivo aplicable pueden también surgir en formas menos directas. La idoneidad de la agregación puede depender de la aplicabilidad de doctrinas de derecho sustantivo basadas en análisis económicos o estadísticos, y las partes contendientes pueden, en apoyo a sus respectivas posiciones, presentar en el litigio análisis expertos de tipo económico o estadístico que arriben a conclusiones opuestas.

La sub-sección (a) procede sobre la misma línea que subyace en la obligación judicial de establecer, en el sentido de selección del derecho sustantivo aplicable, el derecho sustantivo que propiamente gobierna las cuestiones que abarcaría la acción de clase propuesta. Ver § 2.05(a). Cuando los cuerpos de derecho sustantivo que gobernarían las cuestiones involucradas son múltiples —en el sentido de tratarse de derecho correspondiente a múltiples soberanos— y tales reglas sustantivas aplicarían a los reclamantes en el caso de manera diferente, probablemente el tratamiento colectivo no avanzará materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles. Pero confrontar con § 2.05(b)(2)–(3) (destacando la idoneidad de la agregación cuando múltiples derechos aplicables al caso son “iguales en contenido funcional” o “presentan un limitado número de patrones” que resultan gestionables en clave colectiva). Así, la sub-sección (a) también subraya la necesidad de una determinación judicial con respecto al significado apropiado del derecho sustantivo aplicable —aun cuando esté claro que el caso se encuentra gobernado por el derecho de un sólo soberano— cuando sucede que una interpretación de ese derecho permite considerar cumplidos los principios pertinentes de la agregación, pero otra interpretación apunta en sentido contrario.

La corte no debería proceder a agregar las pretensiones sobre la premisa de que aquellos que abogan por tal camino han identificado en el derecho sustantivo subyacente una base apropiada para avanzar de tal modo, cuando sus oponentes —fundados en una interpretación del derecho sustantivo que compite con dicha base— han identificado plausibles razones para arribar a una conclusión contraria con respecto a la cuestión de la certificación de clase. Si la decisión de la corte de agregar las pretensiones gira en torno a la resolución de una cuestión subyacente que versa sobre el contenido del derecho sustantivo aplicable, entonces la corte se encuentra obligada a decidir esa cuestión antes de autorizar el tratamiento colectivo.

Si bien tienden a surgir con menor frecuencia que las cuestiones concernientes al contenido del derecho sustantivo aplicable, hay cuestiones relativas a la situación fáctica presentada por el caso que también pueden

ser pertinentes para la certificación de clase en determinados supuestos. La sub-sección (a) trata esas cuestiones de hecho de la misma manera que trata a las cuestiones de derecho pertinentes para determinar la idoneidad del tratamiento por vía de una acción de clase. Esta mirada, nuevamente, se encuentra en línea con la postura de que la corte debe decidir todas las cuestiones relevantes a fin de establecer si se encuentran satisfechos los requisitos pertinentes para el tratamiento por vía de una acción de clase, con total independencia de la caracterización de las mismas a lo largo de la continuidad derecho-hecho. Si la certificación de clase es apropiada bajo una lectura de los hechos pero inapropiada de acuerdo con otra, entonces la corte debe determinar los hechos relevantes para su decisión sobre la certificación de clase del mismo modo que debe determinar el significado del derecho aplicable.

### Ejemplos:

1. Múltiples reclamantes, 1-100, que compraron acciones de Demandado como parte de una oferta pública inicial alegan que éste incurrió en fraude accionario en conexión con las mismas. El derecho sustantivo aplicable incluye un elemento de confianza para pretensiones por fraude accionario y, además, incluye una presunción *juris tantum* respecto de la existencia de tal confianza en el supuesto de probarse que hubo fraude en la comercialización de acciones efectuada en un mercado eficiente de capitales durante el período de tiempo relevante para el caso. Las partes acuerdan que, en ausencia de tal presunción de confianza, este elemento provocaría cuestiones individualizadas no susceptibles de tratamiento colectivo. La corte debería determinar si el mercado donde se efectuó la oferta pública inicial es correctamente considerado como un mercado eficiente de capitales, de modo tal que permita operar a la presunción de confianza a favor de todos los reclamantes una vez demostrada la existencia del fraude. La determinación judicial debería abarcar la evaluación de presentaciones efectuadas por expertos de ambas partes en lo que hace a la caracterización del mercado para la oferta pública inicial como uno que exhibe los atributos de un mercado eficiente de capitales. La razón para que la corte se involucre en el análisis de presentaciones de expertos de ambas partes en la etapa de certificación de clase se deriva de la obligación, reconocida en la sub-sección (a), de decidir todas las cuestiones que influyan sobre el

## Capítulo 2

cumplimiento de los requisitos aplicables a tal certificación. Cuando la aplicabilidad de la presunción de confianza gira en torno a argumentos relacionados con la economía y las partes discuten tal aplicabilidad en estos términos en el marco de una certificación de clase disputada, la corte también se encuentra obligada a involucrarse en la cuestión económica para decidir si la certificación es apropiada.

2. En una moción de certificación de clase disputada entre las partes, la determinación de si el tratamiento colectivo por esa vía habrá de operar “de manera superior a otras alternativas procesales realistas” según el significado de § 2.02(a)(1) depende del número estimado de personas que se encuentran comprendidas en la definición de la clase propuesta. El patrocinio letrado de la clase estima que ese número es de tal magnitud que todos sus miembros no podrían ser reunidos en un litisconsorcio como partes de un litigio convencional. Demandado estima que ese número es de tal magnitud que el litisconsorcio podría ser una alternativa procesal realista que, a su turno, derrotaría la alegada superioridad del tratamiento por vía de la acción de clase. La corte debe resolver la cuestión concerniente al número estimado de personas que integran la clase propuesta como parte de su decisión sobre la certificación.

Al cumplir con su obligación de decidir, la corte debería enfocar las cuestiones de derecho sustantivo de la misma manera que enfocaría cualquier otra cuestión de derecho en el litigio. Así, por ejemplo, una corte federal que debe enfrentar una cuestión abierta sobre el significado de cierto estatuto federal debería abordar tal cuestión mediante el uso de las herramientas ordinarias sobre interpretación estatutaria. Una corte estatal puesta a enfrentar una cuestión abierta de derecho común del propio estado debería responder esa cuestión a través del razonamiento ordinario empleado en el derecho común. Una corte federal con jurisdicción por diversidad sobre un litigio que plantea una cuestión común de derecho estatal debería intentar predecir cómo las cortes de ese estado responderían tal cuestión.

El tratamiento de cuestiones fácticas relevantes para la certificación hace surgir para la corte la necesidad de ejercer considerable discreción a fin de permitir un procedimiento capaz de abordar y desarrollar los hechos en cuanto sea necesario para informar su determinación. La necesidad de un *discovery* controlado sobre los hechos relevantes para la certificación de clase puede, en

## Capítulo 2

ciertos casos, tener el efecto de demorar la etapa del litigio en la cual sería prudente resolver la moción de certificación.

*b. Falta de autoridad para decidir cuestiones no pertinentes para la certificación de clase.* La obligación de la corte de decidir conforme la sub-sección (a), no obstante, se mantiene confinada a las cuestiones pertinentes sobre el derecho sustantivo y la situación fáctica presentada. De manera consistente con § 2.05, Ejemplo 1, la corte no debería resolver cuestiones hipotéticas que carecen de influencia sobre los asuntos efectivamente disputados por las partes. La corte tampoco está autorizada para ir más allá y decidir, en el marco de la moción de certificación de clase, cuestiones que carecen de influencia a fin de determinar si los requisitos relevantes para la agregación se encuentran satisfechos. Las cuestiones no relacionadas con la idoneidad del tratamiento por vía de la acción de clase son apropiadamente tratadas por la corte a través de otras vías procesales, como la sentencia sumaria, o bien a través de decisiones previas al juicio.

*c. Estándar de probabilidad prevaleciente para las cuestiones de hecho.* Al decidir sobre una cuestión fáctica pertinente para la decisión de certificar la clase, la corte debería aplicar el ordinario estándar probatorio de probabilidad prevaleciente. No obstante, la determinación de la corte sobre tal cuestión de hecho debería proceder con el debido respeto al rol de quien, en última instancia, deberá resolver las cuestiones de hecho en una fase posterior del litigio (que puede ser un jurado en lugar de la corte). Por consiguiente, la determinación de la corte sobre las cuestiones fácticas en la etapa de certificación de clase no debería ser vinculante sobre quien debe resolver tales cuestiones en última instancia, sea éste un jurado o la propia corte. Este enfoque para el tratamiento de las cuestiones de hecho en el contexto de la certificación de clase se encuentra ampliamente de acuerdo con el principal enfoque asumido sobre el tema en conexión con otras decisiones previas al juicio, tales como aquellas referidas a las medidas cautelares autónomas.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Esta Sección construye sobre el análisis de certificación de clase desarrollado en *In re IPO Securities Litig.*, 471 F.3d 24 (2d Cir. 2006). En *IPO*, el patrocinio letrado de la clase concedió que la posibilidad de certificar una acción de clase por fraude accionario propuesta bajo la Regla 23(b)(3) dependía de la aplicación de la doctrina de fraude en el mercado propia del derecho federal en materia de acciones y otros valores bursátiles.

## Capítulo 2

Ver id. p. 42. De ser aplicable, dicha doctrina facilita considerablemente la certificación de la clase al presumir que todos los inversores que compraron o vendieron las acciones pertinentes en un mercado eficiente de capitales durante el período de tiempo en que el fraude se mantuvo sin corrección lo hicieron confiando en la conducta fraudulenta.

En apoyo de sus respectivas posiciones sobre la certificación de clase, las partes en *IPO* presentaron pruebas contrapuestas sobre si el mercado para la oferta pública inicial exhibía los atributos de un mercado eficiente de capitales en el cual se basa la doctrina de fraude en el mercado. La corte de *IPO* enfatizó que:

(1) un juez de distrito puede certificar una clase sólo después de determinar que cada requisito de la Regla 23 se encuentra cumplido; (2) tal determinación puede ser efectuada sólo si el juez resuelve las disputas fácticas pertinentes para cada requisito de la Regla 23 y determina que, cualquiera sean los hechos relevantes a tal fin, los mismos han sido establecidos y, por tanto, está persuadido para decidir, basado en los hechos y el estándar legal aplicable, que los requisitos se encuentran cumplidos; (3) la obligación de efectuar dichas determinaciones no se ve afectada por la superposición entre los requisitos de la Regla 23 y una cuestión de mérito, aun cuando se trate de una cuestión de mérito idéntica a un requisito de la Regla 23; [y] (4) al efectuar tales determinaciones, un juez de distrito no debería evaluar ningún aspecto del mérito del asunto que no esté relacionado con un requisito de la Regla 23. . .

Id. p. 41. Para la misma mirada sobre los parámetros utilizables a fin de efectuar la determinación de la certificación de clase, ver *In re Hydrogen Peroxide Antitrust Litig.*, 552 F.3d 305, 307 (3d Cir. 2008).

La corte de *IPO* concluyó finalmente que la doctrina de fraude en el mercado, reconocida por la Suprema Corte en *Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224 (1988), resulta, como parte del derecho federal sobre acciones y otros valores bursátiles, inaplicable al mercado para ofertas públicas iniciales debido a la falta de conformidad entre dicho mercado y los atributos de un mercado eficiente de capitales. *IPO*, 471 F.3d p. 42–43. Ausente la aplicación de esta doctrina, la necesidad de indagaciones individualizadas sobre el elemento de confianza evita que la clase propuesta pueda avanzar materialmente la resolución del litigio. El Ejemplo 1 refleja este *holding* en *IPO*.

Otras cortes se han involucrado en cuestiones similares durante la etapa de certificación de clase, concernientes a la aplicabilidad de la doctrina de fraude en el mercado, cuando era pertinente para la satisfacción de los requisitos de certificación aplicables. Ver *West v. Prudential Securities, Inc.*,

## Capítulo 2

282 F.3d 935, 938 (7th Cir. 2002) (sosteniendo que la doctrina de fraude en el mercado resulta inaplicable cuando el fraude alegado involucra información privada); *McLaughlin v. Am. Tobacco Co.*, 522 F.3d 215, 224 (2d Cir. 2008) (rechazando un esfuerzo para aplicar el equivalente a la doctrina de fraude en el mercado, propia del contexto de fraude accionario, a una acción de clase civil de alcance nacional propuesta bajo RICO que involucraba fraude en la comercialización de cigarrillos light); *In re Salomon Analyst Metromedia Litig.*, 544 F.3d 474, 482 (2d Cir. 2008) (sosteniendo que la doctrina de fraude en el mercado resulta potencialmente aplicable a desinformaciones transmitidas por actores secundarios, tales como analistas de investigación).

En *IPO*, el Segundo Circuito desautorizó una de sus decisiones anteriores que había evitado resolver cuestiones legales influyentes sobre la satisfacción de los requisitos para la certificación de clase. *Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa U.S.A., Inc. (In re Visa Check/MasterMoney Antitrust Litig.)*, 280 F.3d 124 (2d Cir. 2001), involucró una acción de clase en materia de defensa de la competencia centrada en un alegado acuerdo por el cual los vendedores actores debían adquirir tanto las tarjetas de crédito como las de débito emitidas por las respectivas empresas demandadas. Sobre la cuestión de la certificación de clase, las partes ofrecieron presentaciones opuestas de testigos expertos concernientes a las consecuencias económicas que esperaban ver fluir de la eliminación de la atadura entre ambos productos establecida por el acuerdo —más específicamente, si el efecto sería meramente una reducción del precio del producto atado (las tasas cargadas por los demandados con motivo de las transacciones con tarjetas de débito) o si el efecto también sería incrementar el precio del producto a cuya adquisición se ataba aquél (las tasas cargadas por las transacciones con tarjetas de crédito). La clase actora propuesta consistía en vendedores con diversos conjuntos de transacciones que comprendían tarjetas de crédito y débito, una característica que generaba la posibilidad de que la eliminación de la alegada atadura entre ambos productos pudiera afectar a los miembros de la clase de manera sustancialmente diferente. Ver *id.* p. 153 (Jacobs, J., disintiendo). La disputa entre los testigos expertos en competencia fue últimamente dirigida a establecer cómo deberían ser determinados, bajo el derecho de defensa de la competencia, los daños producidos en un caso donde la compra de un producto se encuentra atada ilegalmente a la compra de otro: si los daños giran en torno simplemente al precio del producto atado o al precio del “paquete” que comprende tanto el producto atado como aquél al cual éste se ata. Ver 10 Phillip E. Areeda, Herbert Hovenkamp & Einer Elhauge, *Antitrust Law* ¶

## Capítulo 2

1769c, 413 (2d ed. 2004) (“La mayoría de los compradores actores fundaron sus pretensiones de daños en prueba de que la atadura los forzó a comprar el producto atado por el demandado a precios más altos de los que prevalecen en el mercado respecto de productos atados en general. . . Esto está muy mal, debido a que en la mayoría de los casos un precio *premium* en el mercado de productos atados debe ser acompañado de una reducción en el precio del producto al cual aquél se ata”). En *Visa Check* la corte evitó resolver esta cuestión y certificó la clase de vendedores propuesta basada en la conclusión de que cada opinión experta presentada sobre los resultados económicos de la alegada atadura no estaba “tan viciada como para ser inadmisibles como una cuestión de derecho”. 280 F.3d p. 135.

Como el Segundo Circuito sostuvo posteriormente en *IPO*, la presente Sección encuentra que la resolución tomada en *Visa Check* sobre la cuestión de admisibilidad es insuficiente para considerar cumplida la obligación de la corte de resolver la cuestión subyacente, concerniente al método apropiado para calcular los daños en un caso de productos atados, como parte de la decisión de agregar. El tratamiento sugerido aquí es consistente con la caracterización efectuada por la corte en *IPO*, según la cual la decisión de certificar la clase presenta una “cuestión mixta de hecho y de derecho”. 471 F.3d at 40. Ver también id. p. 42 (desautorizando *Visa Check*).

Otro circuito fijó inicialmente su criterio sobre el alcance adecuado de la indagación judicial en una moción de certificación de clase de manera similar a las decisiones del Segundo Circuito pre-*IPO*, tales como *Visa Check*, pero luego revisó su posición en consonancia con *IPO*. *Dukes v. Wal-Mart, Inc.*, 474 F.3d 1214, 1229 (9th Cir.), sustituida por 509 F.3d 1168, 1181 (9th Cir. 2007).

Para mayores análisis de *IPO* y sus implicancias para la certificación de clase, ver Richard A. Nagareda, *Class Certification in the Age of Aggregate Proof*, 84 N.Y.U. L. Rev. 97 (2009).

La presente Sección se refiere a la decisión de certificar la clase en sí misma, no a la secuencia de decisiones judiciales sobre mociones relacionadas tales como peticiones de desestimación o mociones para obtener una sentencia sumaria, ambas dos concernientes directamente al mérito del asunto. Comparar con la nota del comité consultivo a la Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(c)(1) (observando que “la parte que se opone a la clase puede preferir vencer en una moción de desestimación o en una sentencia sumaria relativa a los actores considerados individualmente sin que haya certificación y sin vincular a la clase que podría haber sido certificada”); *Cowen v. Bank United*, 70 F.3d 937, 941–942 (7th Cir. 1995) (Posner, J.) (describiendo con-

## Capítulo 2

sideraciones similares con respecto a la secuencia de decisiones en materia de certificación de clase y moción de sentencia sumaria), con *Fireside Bank v. Superior Court*, 155 P.3d 268, 277 (Cal. 2007) (advirtiendo que las cortes “no deberían resolver el mérito en una acción de clase putativa antes de resolver la certificación de clase y las cuestiones de notificación, salvo que exista una justificación imperiosa para hacerlo”).

El reconocimiento de la obligación judicial de decidir las cuestiones de derecho o de hecho pertinentes para determinar la idoneidad del tratamiento por vía de una acción de clase está de acuerdo con jurisprudencia existente. En *Hydrogen Peroxide*, el Tercer Circuito subrayó expresamente que “debido a que cada requisito [pertinente] de la Regla 23 debe ser cumplido, una corte de distrito se equivoca, como un asunto de derecho, cuando no resuelve una genuina disputa *legal o fáctica* relevante para determinar tales requisitos.” 552 F.3d at 320. El Ejemplo 2 es tomado de la discusión desarrollada por el Séptimo Circuito en *Szabo v. Bridgeport Machines, Inc.*, 249 F.3d 672, 676 (7th Cir. 2001):

Antes de resolver si autorizar un caso para proceder como acción de clase. . . un juez debería efectuar todas las indagaciones fácticas y legales que sean necesarias bajo la Regla 23. Esto sería suficientemente claro si, por ejemplo, el actor alegara que la clase tiene 10.000 miembros, número demasiado alto para autorizar un litis-consorcio, ver Regla 23(a)(1), mientras que el demandado insistiera en que la clase comprende sólo 10 miembros. Un juez no podría y no debería aceptar la afirmación del actor como concluyente; en cambio, el juez podría recibir prueba (aunque sea sólo por declaración jurada) y resolver las disputas antes de decidir si certifica la clase.

Sobre la necesidad de discreción judicial a la hora de desarrollar los hechos relevantes para la certificación de clase, ver *IPO*, 471 F.3d at 41 (“A fin de evitar el riesgo que una audiencia en el marco de la Regla 23 se extienda y se convierta en un prolongado mini-juicio de porciones sustanciales del litigio subyacente, debe acordarse considerable discreción a los jueces de distrito para limitar tanto el *discovery* como la extensión de la audiencia sobre los requisitos de la Regla 23. Pero aun con algunos límites en el *discovery* y la extensión de la audiencia, el juez de distrito debe recibir suficiente prueba, por declaraciones juradas, documentos o testimonios, para encontrarse satisfecho de que cada requisito de la Regla 23 se encuentra cumplido en el caso”). El ejercicio de tal discreción está de acuerdo con el lenguaje de la regla vigente, el cual establece que la certificación de la clase debe resolverse

## Capítulo 2

“tan tempranamente como sea posible” dentro del proceso. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(c)(1). Ver también las notas del comité consultivo a la Reg. Fed. de Proc. Civ. 23 (reforma del año 2003) (observando que “puede requerirse cierto tiempo para reunir la información necesaria a fin de tomar la decisión de certificación”, de modo tal de garantizar el desarrollo de un “*discovery* controlado sobre el mérito, limitado a aquellos aspectos que sean relevantes para tomar la decisión de certificar sobre bases informadas”).

*Comentario b.* La limitación según la cual la corte debería involucrarse en cuestiones de derecho o de hecho (o mixtas) sólo en la medida que sean esenciales para la determinación de la certificación de clase se desprende del reconocimiento de que otros mecanismos procesales o decisiones previas al juicio -tales como la sentencia sumaria- regulan apropiadamente, en términos generales, la relación entre la corte y quien debe en última instancia resolver sobre los hechos. Principios bien establecidos en materia de sentencia sumaria exigen a la parte que propone la moción demostrar que “no hay ninguna cuestión genuina relativa a los hechos materiales del caso y que quien propone la moción tiene derecho a una sentencia como asunto de derecho”. Reg. Fed. de Proc. Civ. 56(c). El desplazamiento completo de estos principios por el umbral menos exigente que significa el estándar probatorio de probabilidad prevaleciente -estándar prescripto para el escenario de la certificación de clase- amenaza con permitir una intrusión indebida de la corte en el rol de quien debe juzgar los hechos en la etapa de juicio. Ver Nagareda, *Class Certification in the Age of Aggregate Proof*, 84 N.Y.U. L. Rev. at 140, 149. La autoridad de la corte para involucrarse en cuestiones relevantes para la certificación de clase bajo el estándar de probabilidad prevaleciente se desprende del reconocimiento de que la cuestión de la certificación —como algo distinto del mérito del asunto— es un aspecto exclusivamente judicial a determinar en la etapa previa al juicio. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(c)(1)(A) (especificando que “la corte debe determinar por medio de una orden si certifica la acción como una acción de clase”).

*Comentario c.* El derecho vigente establece que “el estándar probatorio de probabilidad prevaleciente aplica a la prueba ofrecida para establecer los requisitos de la Regla 23.” *Teamsters Local 445 Freight Div. Pension Fund v. Bombardier, Inc.*, 546 F.3d 196, 202 (2d Cir. 2008); de acuerdo con *Hydrogen Peroxide*, 552 F.3d p. 307 (igual). La jurisprudencia también reconoce que la decisión de la corte sobre una cuestión de hecho para propósitos de certificación de la clase no resulta vinculante sobre quien en última instancia deba decidir sobre los hechos del caso. Ver *IPO*, 471 F.3d p. 41 (“La determinación de un requisito de la Regla 23 es realizada sólo para propósitos de

la certificación de clase y no resulta vinculante sobre quien debe juzgar los hechos en última instancia, aun cuando éste sea el mismo juez que certificó la clase.”). Sobre el tratamiento similar que en general se otorga a la determinación de cuestiones de hecho a fin de resolver sobre medidas cautelares autónomas, ver 11A Charles Alan Wright, Arthur R. Miller, & Mary Kay Kane, *Federal Practice and Procedure* § 2950 (3d ed. 2005).

La relación apropiada entre el estándar de probabilidad prevaleciente para cuestiones fácticas concernientes a la certificación de clase y el estándar de admisibilidad de la prueba de testigos expertos en el marco del juicio, queda como un punto pendiente de mayor desarrollo en la jurisprudencia luego de *IPO* y otras decisiones similares. Para miradas divergentes en la doctrina, comparar Alan B. Morrison, *Determining Class Certification: What Should the Courts Have to Decide?*, 8 *Class Action Litig. Rep.* (BNA) 541, 543 (July 27, 2007) (argumentando que las disputas en el contexto de la certificación de clase que involucran presentaciones de expertos deberían estar guiadas por el estándar probatorio establecido en *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993)), con Heather P. Scribner, *Rigorous Analysis of the Class Certification Expert: The Roles of Daubert and the Defendant’s Proof*, 28 *Rev. Litig.* 71, 111 (2008) (considerando el análisis sobre testimonio experto efectuado en *Daubert* como “necesario, pero no suficiente” para la certificación de clase).

*Efecto sobre el derecho vigente.* Esta Sección refleja el consenso de las cortes federales de apelación sobre el alcance apropiado de la indagación en materia de certificación de clase. Para implementar esta Sección no sería necesario ningún cambio de reglas a nivel federal. No obstante, en ciertos estados hay jurisprudencia indicando que, en la etapa de certificación de clase, las cortes no deberían examinar las presentaciones de los expertos ofrecidas para demostrar el cumplimiento de los requisitos de certificación pertinentes. Ver, por ejemplo, *Howe v. Microsoft Corp.*, 656 N.W.2d 285, 295 (N.D. 2003) (explicando que, en el contexto de defensa de la competencia, la “audiencia de certificación [no es] el momento apropiado para involucrarse en un examen completo de la validez del análisis, opinión y metodología utilizada por un experto”); *Comes v. Microsoft Corp.*, 696 N.W.2d 318, 324–325 (Iowa 2005) (aceptando, por sobre la oposición del demandado, la declaración jurada del experto presentado por la parte actora en apoyo de la existencia de cuestiones comunes entre los miembros de la clase).



**TEMA 3**  
**EL ALCANCE DE LA PRECLUSIÓN COMO RESTRICCIÓN**  
**A LA AGREGACIÓN**

**§ 2.07 Derechos individuales en pretensiones relacionadas agregadas**

- (a) **Como condiciones necesarias para el tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas por medio de una acción de clase la corte deberá**
- (1) **determinar que no hay conflictos de interés estructurales**
    - (A) **entre las partes nominales u otros reclamantes y los abogados que representarían a los reclamantes en clave colectiva, lo cual puede incluir deficiencias específicas de los abogados que buscan el tratamiento colectivo del asunto, o**
    - (B) **entre los propios reclamantes, cuando pueda generar un riesgo significativo de que sus abogados conduzcan el litigio de manera sistemáticamente sesgada para favorecer a algunos reclamantes por sobre otros con fundamentos alejados de una evaluación razonada de sus respectivas pretensiones, o desfavorecer a todos los reclamantes en general *vis a vis* los propios abogados,**
  - (2) **proveer a los reclamantes la oportunidad de evitar el efecto preclusivo de cualquier determinación efectuada en clave colectiva, ausente la excepción reconocida en la subsección (c); y**
  - (3) **proveer a los reclamantes una notificación adecuada sobre su oportunidad de participar en el proceso colectivo**

## Capítulo 2

**y, de ser aplicable, evitar sus efectos preclusivos bajo la sub-sección (a)(2).**

- (b) Los reclamantes que ejerzan oportunamente su derecho a evitar los efectos preclusivos del proceso colectivo, como establece la sub-sección (a)(2), deberían ser tratados como no-partes en ese proceso.**
- (c) Si la corte establece que el proceso colectivo debería ser obligatorio en orden a gestionar un remedio indivisible de manera justa y eficiente con respecto a las pretensiones relacionadas, entonces el tratamiento colectivo por medio de una acción de clase no necesita acordar a los reclamantes una oportunidad para evitar el efecto preclusivo de cualquier determinación relacionada con dichas pretensiones.**
- (d) De conformidad con lo establecido en § 2.02(a)(3) y 2.12, la corte debería asegurar que el tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas no comprometa la capacidad que tiene toda persona que se opone al grupo en el marco del proceso para disputar alegaciones efectuadas por los reclamantes o bien para invocar las defensas sustantivas pertinentes.**

### Comentario:

*a. Distinguiendo la agregación de pretensiones relacionadas de la agregación de cuestiones comunes.* Esta Sección establece los derechos individuales disponibles cuando una corte determina que la acción de clase es la vía adecuada para el tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas, tal como se las entiende en § 2.01, Comentario *d*. La Sección 2.08 aborda el relacionado tema de la preclusión cuando el tratamiento colectivo por medio de una acción de clase abarca sólo una cuestión común presentada por múltiples pretensiones civiles junto con otras cuestiones que quedan para ser abordadas en otros procesos.

*b. Relación entre debido proceso y cosa juzgada.* Esta Sección avanza el principio general establecido en § 1.03(c) al permitir que la determinación colectiva de pretensiones relacionadas tenga efectos preclusivos para todos los reclamantes. Restricciones constitucionales en materia de debido proceso configuran los límites más significativos al efecto preclusivo del proceso colectivo. La garantía constitucional de debido proceso también sustenta la necesidad de proteger los intereses de los participantes en los procesos colectivos. La

## Capítulo 2

Sección 2.11 discute aparte el efecto preclusivo de la decisión de agregar en sí misma.

*c. Derechos derivados de la garantía de debido proceso legal.* La sub-sección (a) como un todo organiza los derechos derivados de la garantía de debido proceso en procesos colectivos que involucran pretensiones relacionadas. La secuencia de los tres derechos presentada dentro de la sub-sección (a) no está diseñada para sugerir una jerarquía de importancia entre ellos. Más bien, la referencia efectuada al inicio sobre la protección de los reclamantes contra conflictos de interés estructurales en la representación de la clase se desprende simplemente del reconocimiento práctico de que tales conflictos pueden existir desde el inicio del proceso colectivo, antes de proveer a los reclamantes de una notificación o de cualquier oportunidad para evitar los efectos preclusivos del proceso.

Para facilitar la referencia, los Comentarios en esta Sección se refieren a estos diversos derechos derivados de la garantía de debido proceso legal en términos de la tipología “salida, voz y lealtad” a menudo utilizada para describir el conjunto de formas en las cuales los individuos pueden avanzar sus intereses dentro de una variedad de acuerdos que son colectivos o agregativos en su naturaleza. Dentro de las corporaciones, por ejemplo, los accionistas pueden vender sus acciones (un derecho de salida), participar en el gobierno corporativo (un derecho de voz), o dejar la gestión de la corporación en manos de varios agentes obligados a avanzar los intereses corporativos más que los suyos propios (un derecho de lealtad). Como se elabora en los Comentarios que siguen, los procesos colectivos que tramitan como una acción de clase llaman a aplicar un análogo conjunto de derechos.

*d. La lealtad como protección contra los conflictos de interés estructurales.* La sub-sección (a)(1) define al derecho de lealtad en términos de ausencia de conflictos de interés estructurales en la representación de los reclamantes en clave colectiva. En términos operativos, la vía para la implementación del derecho de lealtad en el escenario de las acciones de clase consiste en un escrutinio judicial a lo largo de todo el proceso colectivo -en particular, como parte de la determinación sobre si agregar o no. La necesidad práctica del escrutinio judicial sobre la lealtad se desprende de la realidad que los acuerdos en materia de representación por lo general resultan, para los miembros de la clase ausentes, no asuntos contractuales entre abogados y clientes individuales sino, en lugar de eso, una consecuencia legal de la decisión de agregar en sí misma. Además, la limitada capacidad práctica de los miembros de la clase para participar en la efectiva conducción del caso que tramita como una acción de clase subraya la importancia de la supervisión judicial

## Capítulo 2

sobre estos procesos. De manera similar, en muchas acciones de clase — especialmente aquellas que involucran pretensiones individuales de escasa cuantía — la capacidad formal de salida puede no tener gran significación práctica, subrayando así de nuevo la importancia de la supervisión.

La presente Sección habla del tratamiento colectivo “por vía de una acción de clase”, pero la referencia efectuada en la sub-sección (a) no intenta implicar que el derecho de lealtad sólo concierne al contexto de las acciones de clase. Por el contrario, preocupaciones con respecto a la lealtad del representante puede también surgir en otras formas de procesos colectivos, tales como las agregaciones administrativas en el significado acordado a éstas por § 1.02(b). Sin embargo, en ese escenario la lealtad usualmente puede ser abordada de manera más fácil debido a la existencia de relaciones contractuales abogado–cliente con respecto a cada reclamante que abarcaría la agregación administrativa. Para determinar qué abogados asumirán el liderazgo en un proceso de ese tipo, puede haber necesidad de una negociación entre los abogados que representan a reclamantes individuales. Pero, nuevamente, cualquier arreglo de representación alcanzado entre tales abogados será objeto de apropiado consentimiento individual por parte del cliente.

La definición de lealtad en términos de conflicto de interés estructural procede de la premisa que ningún régimen procesal puede alinear completamente los diversos intereses involucrados, sean estos los intereses de los reclamantes y sus abogados en el proceso colectivo o los intereses de los reclamantes mismos. El objetivo para la corte, en cambio, es determinar si los conflictos de interés son tales que “generarían un riesgo significativo de que los abogados de los reclamantes conduzcan el litigio de manera sistemáticamente sesgada para favorecer a algunos reclamantes sobre otros por razones que excedan la razonable evaluación de sus respectivas pretensiones, o desfavorecer a todos los reclamantes en general *vis a vis* los propios abogados”. Al efectuar esta determinación la corte debería tener en cuenta que, en la práctica, la decisión de agregar a menudo hace surgir dinámicas que llevan a un acuerdo transaccional colectivo. En concordancia con esto, la indagación sobre la existencia de conflictos de interés estructurales debería desarrollarse con particular atención a conflictos con significativo potencial para desviar la conducta en las negociaciones orientadas a obtener tal acuerdo. En esta indagación la corte no debería mostrar deferencia alguna basada en la existencia de una relación contractual entre los abogados y aquellos sujetos que servirían como representantes de la clase en el proceso para el cual se solicita autorización judicial.

## Capítulo 2

Los conflictos de interés estructurales pueden surgir entre partes nominales u otros reclamantes y los abogados que representarían colectivamente a los reclamantes -por ejemplo, cuando tales abogados también representan otras personas cuyas pretensiones no estarían sujetas al tratamiento colectivo. Ver la sub-sección (a)(1)(A). Como parte de esta indagación, la corte debería considerar el alineamiento entre los intereses económicos de los reclamantes y sus abogados -por ejemplo, analizando cómo están reflejados en los acuerdos de honorarios anticipados suscriptos para la representación en el proceso colectivo. Conflictos estructurales también puede surgir de diferencias fácilmente identificables en las pretensiones a ser agregadas. Diferencias tales que impidan a un abogado común avanzar razonablemente los intereses de todos los reclamantes. Ver la sub-sección (a)(1)(B).

Al enmarcar los conflictos que pueden comprometer la representatividad adecuada de los reclamantes en términos de conflictos que son “estructurales” en naturaleza, la sub-sección (a)(1) abarca tanto los conflictos que surgen de la naturaleza de la agregación pedida como los que surgen con motivo de los abogados particularmente involucrados en el asunto. La sub-sección (a)(1), en otras palabras, habla tanto de los conflictos que podrían inhabilitar a cualquier abogado para representar a los reclamantes en clave colectiva de acuerdo al modo en que se solicita la autorización judicial para la agregación, como de los conflictos que, en ese mismo contexto, podrían inhabilitar para asumir tal representación sólo a los abogados particulares involucrados en el asunto. No obstante, el término “estructural” destaca que la indagación judicial de la sub-sección (a)(1) se enfoca en conflictos que, cualquiera sea su génesis, resultan de tal magnitud que presentan un riesgo significativo de que la conducción del litigio sea sistemáticamente sesgada -esto es, orientada en alguna dirección previsible antes de la determinación en clave colectiva de las pretensiones relacionadas.

El foco en conflictos estructurales, nuevamente, es consistente con la premisa de que ningún proceso colectivo puede eliminar todos los conflictos de interés concebibles. En la práctica, la atención judicial a los conflictos de interés estructurales probablemente resultará, en cierta medida, en una mayor tolerancia a conflictos que surgen desde adentro de la unidad de agregación propuesta (la clase) que frente a aquellos que surgen con relación a los abogados particulares involucrados en el asunto. Ocurre que este último tipo de conflictos tienen una tendencia mayor, hablando en términos generales, para dar lugar a desvíos sistemáticos en la representación. Esta diferenciación en la aplicación práctica se desprende de la dificultad de aplicar a los procesos colectivos las reglas existentes sobre conflictos de interés, las cuales

## Capítulo 2

han sido diseñadas teniendo en mente los procesos convencionales de carácter individual.

La sub-sección (a)(1), además, define el escrutinio judicial sobre conflictos estructurales de interés como una precondition para el tratamiento colectivo del asunto por vía de una acción de clase. Este enfoque tiene dos implicaciones. Primero, los conflictos de interés estructurales necesariamente consisten en aquellos que existen al momento de tomar la decisión de agregar o que, al menos, emergen en el curso del proceso colectivo antes de la determinación de las pretensiones relacionadas involucradas en el mismo. Las diferencias entre reclamantes que no preexisten al tratamiento colectivo sino que, en cambio, resultan simplemente producto de la sentencia que concluye con el proceso colectivo -por ejemplo, diferencias entre los reclamantes creadas por los términos del acuerdo transaccional celebrado en el marco de la acción de clase- no pueden formar la base de un conflicto de interés estructural en el sentido acordado a éste por la sub-sección (a)(1). La justicia de los acuerdos transaccionales celebrados en procesos colectivos y el marco para su revisión son temas importantes, pero ambos se mantienen como algo distinto del derecho de lealtad salvaguardado en la sub-sección (a)(1). El Capítulo 3 aborda separadamente el tema de los acuerdos transaccionales en procesos colectivos, asumiendo así un enfoque consistente con el tratamiento de la representatividad adecuada como un requisito para la certificación de clase que en el derecho procesal se mantiene como algo distinto del requisito de revisión judicial de los acuerdos transaccionales celebrados en una acción de clase.

Segundo, la sub-sección (a)(1) implica conscientemente que una determinación judicial sobre la correcta presencia de lealtad como parte de la decisión de agregar —al igual que ocurre con una determinación hecha sobre el mérito del asunto en el proceso colectivo— debería tener efecto preclusivo, a menos que sea impugnada por apelación directa. Este enfoque es consistente con el marco para las impugnaciones al proceso colectivo posteriores a la sentencia, tal como se elabora con mayor profundidad en § 3.14.

*e. Presunta oportunidad para excluirse.* La sub-sección (a)(2) encuadra el derecho de salida como un derecho presunto en el sentido de exigir una determinación afirmativa de la corte, bajo la sub-sección (c), para tornar obligatoria la participación de los miembros del grupo en la acción de clase. La calidad presunta del derecho de salida refleja dos consideraciones. Primero, la capacidad individual para controlar la manera en que se resolverá la pretensión de esa persona es importante y no debería ser restringida livianamente. Es razonable inferir que una persona que ejercita su derecho de salida recono-

## Capítulo 2

cido en la sub-sección (a)(2) otorga una gran importancia al control de su pretensión. Segundo, el derecho de salida permite a los reclamantes protegerse por sí mismos de una inadecuada representación y, al hacerlo, genera presión para que las partes representativas y sus abogados actúen fielmente en beneficio de los reclamantes representados. La oportunidad de salida bajo la sub-sección (a)(2) refuerza así la revisión judicial sobre la lealtad prevista en la sub-sección (a)(1).

Consideraciones constitucionales de debido proceso pueden exigir una oportunidad de salida pero, no obstante, ellas dejan abierta la mecánica precisa de tal oportunidad. Las cuestiones que rodean los mecanismos de salida pueden tomar muchas formas. El derecho vigente, por ejemplo, no insiste en obtener el consentimiento de los miembros de la clase para que éstos sean vinculados por la sentencia dictada en una acción de clase con opción para excluirse sino que, en cambio, infiere tal consentimiento de cada uno de los miembros por el hecho de no ejercer esa opción. Recientes reformas a la regla federal de acción de clase abordan la posibilidad adicional de una segunda oportunidad de salida en el supuesto de darse un acuerdo transaccional colectivo. La sub-sección (a)(2) deja éstas y otras cuestiones de las mecánicas de salida abiertas para el desarrollo en términos que son apropiadamente pragmáticos, no constitucionales, en su naturaleza. Adicionalmente, como elaboran la sub-sección (c) y los Comentarios *h-i*, el derecho de salida no se extiende a procesos colectivos limitados a pretensiones que persiguen obtener remedios indivisibles. Ver § 2.04.

*f. Notificación y oportunidad de participar.* La sub-sección (a)(3) presenta el derecho a tener voz en términos de oportunidad para intervenir en el proceso colectivo y establece, como su precondition, la provisión de una notificación apropiada a los reclamantes concerniente a tal proceso y a toda oportunidad habilitada para evitar sus efectos preclusivos. En lo que hace a las formas de tratamiento colectivo distintas de la acción de clase, la notificación puede ser fácilmente proveída en virtud de que los procesos a ser consolidados ya se encuentran iniciados. En las acciones de clase, sin embargo, las notificaciones presentan cuestiones con más matices. La referencia a una notificación “apropiada” en la sub-sección (a)(3) está diseñada para dar cabida a tales matices.

El derecho vigente en materia de acciones de clase presume que la notificación apropiada para pretensiones que persiguen obtener un remedio divisible consiste en cursar notificaciones individuales a las personas cuyos nombres y domicilios son conocidos, y que pueden ser contactadas directamente por correo electrónico u otros medios mediante un esfuerzo razonable. Esta

## Capítulo 2

presunción se desprende de las nociones de debido proceso legal subyacentes en materia de notificaciones en el contexto de acciones de clase, donde se dispone la mejor notificación practicable bajo las circunstancias que se presenten en el caso. La jurisprudencia temprana en materia de notificaciones de clase refleja, como es entendible, las circunstancias de su tiempo -en particular, los medios de notificación disponibles en términos prácticos o tecnológicos. Sin embargo, a medida que los métodos de difusión de información se tornaron más avanzados gracias al desarrollo de comunicaciones basadas en Internet y otros medios, una notificación individualizada como fue tradicionalmente entendida puede no ser necesariamente la mejor notificación practicable en todas las situaciones. La referencia a una notificación “apropiada” en la sub-sección (a)(3) está diseñada con la finalidad de receptar estos cambios producidos con relación a los medios disponibles para proveer notificaciones.

La sub-sección (a)(3), además, no ordena notificaciones individuales cuando el costo de efectuar tales notificaciones a todos los miembros conocidos de la clase sería gravemente desproporcionado con relación al valor real que ellas representan. A medida que la experiencia con procesos colectivos ha ido creciendo, se ha tornado cada vez más claro que las notificaciones pueden tener un valor limitado en algunos contextos. Al referirse a notificación “apropiada”, la sub-sección (a)(3) invita a reflexionar a la luz de lo discutido sobre viabilidad y variación de las pretensiones en § 2.02, Comentario *b*. El valor de las notificaciones tenderá a ser bajo, por ejemplo, cuando los reclamantes tienen pequeños intereses en juego y cuando cuentan con poca información de valor para contribuir en el proceso colectivo. La sub-sección (a)(3) provee discreción a la corte para adecuar las notificaciones a las particularidades del litigio, un enfoque alineado con las reglas procesales que han surgido en algunos estados desde el nacimiento de la regla federal sobre acciones de clase.

La sub-sección (a)(3) tampoco establece una distinción estricta y categórica entre la agregación de pretensiones divisibles y la agregación de pretensiones indivisibles. Más bien, la notificación bajo la sub-sección (a)(3) es “apropiada” siempre que sea útil. El objetivo de la notificación es otorgar a los reclamantes una verdadera oportunidad de participar en el proceso colectivo, informarles de cada oportunidad de exclusión disponible y permitirles monitorear la conducta del litigio en su propio beneficio. Las notificaciones pueden ser especialmente útiles, y por tanto especialmente apropiadas, con respecto a ciertas pretensiones orientadas a obtener un remedio indivisible. Por ejemplo, en procesos colectivos que persiguen detener cierta discriminación laboral u otras

## Capítulo 2

violaciones a los derechos civiles, los reclamantes pueden poseer importante información y tener considerable interés en los resultados del litigio. Tales reclamantes también pueden tener intereses en conflicto con relación a estos resultados, especialmente porque pueden abarcar no sólo una orden de no hacer sino también una orden de hacer que prescriba para el demandado un curso de conducta específico de cara al futuro. Al referirse a la noción de notificación apropiada, la sub-sección (a)(3) reconoce nuevamente discreción judicial para adaptar la notificación en aquellos supuestos de remedios indivisibles donde la notificación individual puede ser útil.

Dejando a un lado el tema de las notificaciones, la sub-sección (a)(3) describe el derecho de voz en términos de contar con una oportunidad para presentarse en el proceso colectivo. De este modo, la sub-sección (a)(3) incluye la oportunidad de intervenir por medio de un abogado propio y, sujeto a los principios generales en materia de intervención, a adquirir todos los derechos de participación con que cuentan las partes convencionales -particularmente con respecto a los acuerdos transaccionales colectivos. La oportunidad de presentarse en el proceso colectivo es una aplicación del principio general según el cual los individuos deben tener una oportunidad para ser escuchados en el marco de procesos que pueden alterar sus derechos, un principio bien establecido en el tratamiento acordado al debido proceso legal en el marco de procesos administrativos, por ejemplo.

Al igual que con el derecho de salida, la sub-sección (a)(3) establece el derecho de voz en términos generales, dejando las cuestiones *infra* constitucionales relativas al modo preciso en que debe operar para que sean tratadas por los jueces en términos pragmáticos. Así, por ejemplo, no hay consideraciones de debido proceso que determinen si la corte, con fundamento en el derecho de voz ejercido por un reclamante individual, debería otorgar a éste la posibilidad de acceder a la información reunida en el curso de un *discovery* desarrollado previamente en el litigio por los abogados que ahora buscan el tratamiento colectivo del asunto, y mucho menos los términos en los cuales un acceso del género puede ser autorizado.

*g. Consecuencias de excluirse.* La sub-sección (b) refuerza la implicación de la sub-sección (a)(2) en cuanto a que los reclamantes individuales que optan por excluirse son no-partes con relación al proceso colectivo. La consecuencia más familiar y clara de esta condición de no-parte es que los reclamantes individuales que optan por excluirse no reciben beneficios ni sufren perjuicios derivados del efecto preclusivo que provoca la decisión tomada en la acción de clase. No obstante, la sub-sección (b) es más amplia, refiriéndose en general al estatus de no-parte más que exclusivamente al alcance de la

## Capítulo 2

preclusión. El estatus de no-parte adquirido por los reclamantes que optan por excluirse también influye sobre sus posibilidades de beneficiarse de ciertos aspectos de la acción de clase relativos a otras cuestiones ajenas a la preclusión, tal como ocurre con relación al *discovery* obtenido por la clase.

La sub-sección (b) no prescribe un único e indiferenciado enfoque frente a situaciones en las cuales los reclamantes que optan por excluirse buscan, sin embargo, beneficiarse del proceso de clase en alguna manera diferente a la preclusión que éste produce. Más bien, el reconocimiento del estatus de no-parte contemplado en la sub-sección (b) está diseñado para otorgar una amplitud ya presente en los arreglos para gestionar la disponibilidad del *discovery* obtenido en un caso a fin de ser utilizado en otro que involucra partes diferentes -sean tales arreglos producto de la discusión entre los abogados relevantes, o bien de la supervisión judicial ejercida por la corte de la acción de clase o por la corte que maneja el caso del reclamante de que se trate. El reconocimiento del estatus de no-parte frente a la acción de clase adquirido por los reclamantes que optan por excluirse refleja que éstos —tal como sucede con las no-parte en un proceso tradicional de tipo individual— no gozan de una presunción que les acuerde derecho a acceder al *discovery* allí obtenido. La ausencia de este derecho presunto de acceso al *discovery* se desprende del reconocimiento práctico que las pretensiones avanzadas en el litigio de clase usualmente involucran considerable esfuerzo y gastos de parte de los abogados de la clase. Presumir el derecho de acceder al *discovery* generaría el potencial de que los reclamantes que optaron por excluirse descansan sobre tales esfuerzos y se beneficien de ellos, un beneficio que resulta inconsistente con su estatus de no-parte en la acción de clase.

Si bien no son requeridas al efecto, las partes de la acción de clase pueden considerar ventajoso conceder tal acceso en una instancia determinada. Ello puede suceder, por ejemplo, cuando permitir el acceso evitaría a una de las partes la necesidad práctica de responder a un *discovery* duplicado a lo largo de la acción de clase y del caso del reclamante individual que optó por excluirse. Un uso de este tipo debería estar acompañado por arreglos financieros que contemplen el beneficio que obtiene el reclamante que optó por excluirse gracias a los esfuerzos desplegados por los abogados de la clase en el *discovery* allí producido. Estos arreglos financieros pueden darse, en primer lugar, mediante negociación contractual entre las partes de la acción de clase y el reclamante que optó por excluirse y, de ser necesario, por orden de la corte que gestiona la acción de clase (mediante el secuestro de una porción de cualquier indemnización obtenida por el reclamante que optó por excluirse para dar cuenta del beneficio obtenido a partir *discovery* desarrollado

en el proceso colectivo). El uso en juicio de la prueba así obtenida —por ejemplo, un testimonio previo— se mantiene sujeto a las reglas aplicables en materia probatoria.

La coordinación del proceso de acción de clase con los procesos de aquellos reclamantes que optaron por excluirse tenderá a ser más fácil en la medida que sea la misma corte la que maneje ambos tipos de procesos. Cf. § 2.02, Comentario *b* (reconociendo analógicamente la mayor facilidad de coordinación cuando la misma corte maneja tanto la acción de clase sobre cuestiones determinadas como los procesos individuales respecto de las cuestiones remanentes en el mismo litigio). Sin embargo, aun cuando los dos tipos de procesos tengan lugar en diferentes cortes resulta posible ejercer discreción judicial para suspender los casos de quienes optaron por excluirse hasta que se resuelva el litigio de clase.

*h. Agregación obligatoria para gestionar remedios indivisibles.* La sub-sección (c) reconoce que la corte puede ordenar el procesamiento de pretensiones en clave colectiva para gestionar remedios indivisibles de manera justa y eficiente cuando hay múltiples procesos tramitando o que amenazan iniciarse. Cuando existen múltiples pretensiones orientadas a obtener un remedio indivisible contra un curso de conducta generalizado llevado adelante por el demandado, es deseable una adjudicación unitaria para evitar resultados inconsistentes y para facilitar la gestión judicial del remedio. La Sección 2.04 reconoce la conveniencia del tratamiento colectivo de los remedios indivisibles y la presente Sección elabora sobre tal observación, permitiendo que el tratamiento colectivo proceda de manera obligatoria. La agregación obligatoria de pretensiones orientadas a obtener un remedio indivisible simplemente reconoce la preexistente interdependencia de dichas pretensiones. Aun en ausencia de un proceso colectivo, una demanda exitosa promovida por un reclamante individual afectaría a todas las personas sujetas al curso general de conducta llevado adelante por el demandado. Una sentencia declarativa que considere ilegal cierta práctica en materia laboral, por ejemplo, probablemente podría lograr que el demandado altere sus prácticas de manera general, en beneficio o detrimento de todas las personas sujetas a la práctica en cuestión. Cuando una demanda busca prohibir una determinada práctica o política, los destinos de todas las personas afectadas ya se encuentran interrelacionados. La sub-sección (c) reconoce esta realidad y permite a la corte ordenar la inclusión de todas las pretensiones en el proceso colectivo.

La naturaleza obligatoria del proceso fortalece la garantía de debido proceso legal de diversas maneras. Primero, al crear un foro en el cual todas las

## Capítulo 2

personas interesadas podrán presentar sus apreciaciones con relación a la práctica o política cuestionada. Segundo, por permitir a la corte diagramar un remedio indivisible que ponga sobre el demandado y cualquier reclamante en desacuerdo la carga mínima necesaria para vindicar los derechos afirmados en la demanda. Tercero, porque permite evitar el riesgo de adjudicaciones y remedios inconsistentes. Ver también § 2.04, Comentario *a*. Cuarto, porque provee una completa resolución de la disputa concerniente al remedio indivisible en el supuesto de recaer una sentencia sobre el mérito a favor de la parte que se opone al grupo de reclamantes individuales agregados.

Al autorizar la agregación obligatoria esta Sección no presupone que los intereses de los reclamantes se encuentran más alineados con relación a remedios indivisibles de lo que lo están con relación a remedios divisibles, tales como daños. Desacuerdos y conflictos de interés pueden surgir cada vez que múltiples pretensiones son agregadas. La inclusión en el proceso colectivo, sin embargo, puede ser ordenada con carácter obligatorio por razones prácticas. Cuando los destinos de potenciales reclamantes se encuentran interrelacionados por el hecho de estar sujetos a la misma política o práctica cuestionada, la decisión de excluirse tomada por un reclamante individual podría, en la práctica, no aislar a éste de las consecuencias del litigio.

*i. Agregación obligatoria para asignar de modo equitativo un fondo limitado preexistente.* Como se refleja en § 2.04, Comentario *a*, la situación de un fondo limitado contra el cual pueden plantearse las pretensiones configura otro ejemplo de un caso que involucra un remedio indivisible. Aquí, la interdependencia de las pretensiones se desprende de la realidad práctica según la cual la victoria de un reclamante necesariamente reduce las sumas disponibles para satisfacer a otros reclamantes. El objetivo del tratamiento obligatorio en el escenario de fondos limitados es evitar una desordenada corrida de reclamantes individuales sobre tales fondos. La corte, en la práctica, debe decidir sobre la procedencia del tratamiento colectivo obligatorio en un momento en que el agotamiento del fondo es meramente una predicción sobre lo que depara el futuro más que una observación de condiciones presentes.

La corte debería exigir pruebas de la naturaleza limitada del fondo, tomando sus decisiones con base en apropiada información financiera y otras presentaciones de expertos ofrecidas tanto por aquellos que buscan como por los que se oponen a la agregación obligatoria. Al contemplar la presentación de este tipo de pruebas, este Comentario usa el concepto de fondo limitado en el mismo sentido que refleja el derecho vigente en materia de acciones de clase. Allí, un fondo limitado se presenta cuando el total de las pretensiones contra el fondo y el fondo disponible para satisfacerlas —am-

## Capítulo 2

bos elementos en su máximo realista— demuestran la insuficiencia del fondo para pagar todas las pretensiones. Este entendimiento resulta consistente con el modo en que opera el tratamiento de clase obligatorio en el escenario de fondos limitados, lo cual ocurre de manera similar a una acción *interpleader* iniciada por la clase actora más que por el demandado interesado. El mecanismo de *interpleader* permite actualmente a un actor unir en litisconsorcio a todas las personas titulares de pretensiones contra el demandado cuando tales pretensiones crean un riesgo de responsabilidad múltiple con respecto a un fondo o recurso determinado.

De acuerdo con el derecho vigente, la naturaleza limitada del fondo debe preexistir al tratamiento colectivo. No debe ser la creación o consecuencia de la decisión de agregar. Este principio deriva de la necesidad de evitar la intrusión de acciones de clase obligatorias contra fondos limitados en el marco legislado por el Congreso para los procesos de reorganización en materia de concursos y quiebras. Como precondiciones para el uso de los procesos de reorganización, por ejemplo, el derecho concursal no requiere la demostración de insolvencia o de la naturaleza limitada de los fondos del deudor en la misma línea que sí lo hacen las acciones de clase por fondos limitados. Pero el derecho concursal contiene una variedad de otras restricciones que influyen sobre el tratamiento de los reclamantes -por ejemplo, procedimientos de votación para la confirmación de un plan de reorganización y la regla de “absoluta prioridad”, que prioriza para el pago a quienes detentan pretensiones por deudas sobre aquellos que detentan una posición de equidad.

*j. Debido proceso para los demandados.* La sub-sección (d) subraya que, en materia de agregación, las consideraciones de debido proceso también se extienden a las personas que se oponen al grupo que litiga pretensiones relacionadas en clave colectiva. La sub-sección (d) considera el debido proceso de tales personas —típicamente, alineadas como demandados en el litigio— en términos similares a los utilizados en § 2.02(a)(3). La reiteración del tema en la sub-sección (d) de la presente Sección evita la implicación negativa que podría surgir en caso de no discutirse el asunto con foco en los derechos que se derivan del debido proceso para quienes se oponen al grupo afectado. Esta Sección insta a la corte para que diseñe su plan de adjudicación bajo § 2.12 de modo tal de no comprometer la capacidad de tales personas para disputar las alegaciones efectuadas por los reclamantes o para litigar las defensas sustantivas que fueran pertinentes. La agregación no debería proceder si la corte es incapaz de formular un plan de adjudicación que asegure el debido proceso del demandado con relación a estos aspectos.

## Capítulo 2

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario b.* Sobre la relación entre el efecto preclusivo de los procesos colectivos y la garantía constitucional de debido proceso legal, ver Samuel Issacharoff, *Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Actions*, 77 Notre Dame L. Rev. 1057 (2002). Sobre las formas en que las cortes pueden limitar el efecto preclusivo de sus sentencias, ver Tobias Barrington Wolff, *Preclusion in Class Action Litigation*, 105 Colum. L. Rev. 717, 768–776 (2005).

*Comentario c.* La lista de derechos de salida, voz y lealtad presentada en la sub-sección (a) deriva de la discusión desarrollada en la Suprema Corte sobre el alcance del debido proceso legal en acciones de clase orientadas a obtener remedios indivisibles. *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 811 (1985). La Corte de *Shutts* sostuvo la siguiente famosa afirmación:

Si el foro . . . desea vincular a un actor ausente con respecto a una pretensión de daños o remedio de derecho similar, debe proveer una protección procesal mínima en materia de debido proceso. El actor debe recibir una notificación y contar con la oportunidad de ser oído y participar en el litigio, sea personalmente o a través de un abogado. . . Adicionalmente, sostenemos que el debido proceso requiere como mínimo que se provea al actor ausente de una oportunidad para salirse de la clase ejerciendo su derecho de exclusión o requiriendo tal exclusión a la corte. Finalmente, la Cláusula de Debido Proceso Legal [contenida en la Decimocuarta Enmienda] también requiere que el actor nominal represente adecuadamente en todo momento los intereses de los miembros de la clase ausentes

472 U.S. pp. 811–812. Las etiquetas “salida”, “voz” y “lealtad” se desprenden de trabajos académicos. Ver John C. Coffee, Jr., *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, 100 Colum. L. Rev. 370, 376–377 (2000) (trabajando sobre la tipología de Albert O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* (1970)); Samuel Issacharoff, *Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions*, 1999 Sup. Ct. Rev. 337, 366 (igual). Para un argumento que funda el estatus constitucional del derecho de exclusión más en jurisprudencia sobre debido proceso legal concerniente a privaciones de propiedad que en aquella línea relacionada de casos que se enfocan en competencia personal, ver Brian Wolfman & Alan B. Morrison, *What the Shutts Opt-Out Right Is and What It Ought to Be*, 74 UMKC L. Rev. 729, 733 (2006).

*Comentario d.* La doctrina sobre conflictos de interés en representaciones de clase reconoce que cualquier insistencia en la lealtad debe detenerse

## Capítulo 2

antes de generar la “Balcanización” de la acción de clase: esto es, su fragmentación en una coalición tenuamente conectada de potenciales enclaves feudales que raramente podrían litigar de manera efectiva como una organización, John C. Coffee, Jr., *Class Action Accountability*, 100 Colum. L. Rev. at 374. Ver también Charles Silver & Lynn Baker, *I Cut, You Choose: The Role of Plaintiffs’ Counsel in Allocating Settlement Proceeds*, 84 Va. L. Rev. 1465, 1496–1497 (1998) (“Si la Cláusula de Debido Proceso prohíbe absolutamente a los abogados del grupo resolver conflictos entre reclamantes, cada miembro de la clase debe estar representado separadamente a la hora de producirse las asignaciones pertinentes por medio de un acuerdo transaccional. Para nosotros, esta conclusión es una *reductio ad absurdum* del enfoque ‘sin concesiones’. Abrazar esa conclusión niega a los actores los beneficios que tornan atractivo el litigio colectivo.”).

Para doctrina conceptualizando la adecuada representación en acciones de clase en términos de conflictos de interés estructurales, sea entre los abogados de la clase y sus miembros o entre los propios miembros, ver Samuel Issacharoff & Richard A. Nagareda, *Class Settlements under Attack*, 156 U. Pa. L. Rev. 1649, 1677–1697 (2008); Issacharoff, *Governance and Legitimacy*, 1999 Sup. Ct. Rev. at 385. Ver también Geoffrey P. Miller, *Conflicts of Interest in Class Action Litigation: An Inquiry into the Appropriate Standard*, 2003 U. Chi. Legal F. 581. Para ejemplos en la jurisprudencia sobre acciones de clase, ver, por ejemplo, *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 626–627 (1997) (señalando un conflicto estructural entre los miembros de la clase con enfermedades actuales y aquellos meramente en riesgo de sufrir enfermedades futuras); *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815, 854–856 (1999) (señalando un conflicto similar entre reclamantes presentes y futuros así como también un conflicto entre los abogados de la clase interesados en llegar a un acuerdo transaccional y aquellos abogados de la clase interesados en acordar sus casos “de inventario” excluidos de la definición de la clase).

Al tiempo del Restatement Second of Judgments § 42(1)(d), la jurisprudencia y la doctrina ya habían elaborado el significado de adecuada representación más allá de tal alcance. La presente Sección busca reflejar esos desarrollos del derecho. El lenguaje de § 42(1)(d), no obstante, prescinde de exigir una indagación judicial sobre si “había semejante divergencia sustancial de intereses entre [el representante de la clase] y los miembros de la clase, o un grupo dentro de la clase, que impedía a aquél representar a éstos de manera justa con respecto a los asuntos cuya decisión será subsecuentemente invocada”. El foco en la existencia de una “divergencia

## Capítulo 2

de interés sustancial” es consistente con el reconocimiento efectuado aquí sobre la imposibilidad de eliminar todos los conflictos de interés existentes.

La doctrina también ha subrayado la dificultad de aplicar a la representación de la clase las reglas convencionales en materia de conflictos de interés. Ver Nancy J. Moore, “*Who Should Regulate Class Action Lawyers*,” 2003 U. Ill. L. Rev. 1477. Las reglas convencionales sobre conflictos de interés pueden aplicar con mayor facilidad a conflictos que surgen de los deberes que tiene el abogado con clientes actuales y clientes anteriores que en los supuestos de conflictos intra-clase. Ver id. p. 1482. Sobre la conexión conceptual entre consentimiento prestado por múltiples clientes ante un conflicto de interés de parte de su abogado común en los litigios tradicionales y el estándar apropiado para la representatividad adecuada en acciones de clase, ver Silver & Baker, *I Cut, You Choose*, 84 Va. L. Rev. at 1506–1515. Sobre conflictos de interés en litigios que no son de clase, ver Howard M. Erichson, *Beyond the Class Action: Lawyer Loyalty and Client Autonomy in Non-Class Collective Representation*, 2003 U. Chi. Legal F. 519. Sobre la necesidad de desarrollar mecanismos de control adicionales sobre la representación legal en litigios colectivos debido a la falta de adecuación de los controles del mercado en la materia, ver Jill E. Fisch, *Lawyers on the Auction Block: Evaluating the Selection of Class Counsel by Auction*, 102 Colum. L. Rev. 650, 670–671 (2002).

Sobre la distinción efectuada por el derecho vigente en materia de acciones de clase entre la aplicación de los requisitos para certificación de la clase -incluyendo la representatividad adecuada- y la revisión judicial de la calidad de un acuerdo transaccional colectivo propuesto, ver *Amchem*, 521 U.S. at 621 (destacando que el requisito de revisión judicial de los acuerdos transaccionales colectivos dispuesto por la Regla 23(e) “fue diseñado para funcionar como un requisito adicional y no como una directiva que reemplace a las demás, ya que la ‘acción de clase a la cual se refiere la Regla 23(e) es una acción que califica para ser certificada de acuerdo con la Regla 23 (a) y (b)’”). Ver también Restatement Second of Judgments § 42, Nota del Reportero al Comentario *f* (reconociendo que “la colusión y una inadecuada diligencia o vigor en la defensa ejercida por un representante son lógicamente distintas de un conflicto de interés de su parte”, pero destacando también que “en la práctica, a menudo los dos se fusionarán.”).

Sobre la importancia de evaluar la lealtad al tiempo de tomar la determinación sobre certificar o no la clase y de acordar a tal evaluación efecto preclusivo, ver Issacharoff & Nagareda, *Class Settlements under Attack*, 156 U. Pa. L. Rev. at 1685–1691; Richard A. Nagareda, *Administering Adequacy in Class Representation*, 82 Tex. L. Rev. 287, 318–324 (2003); Marcel Kahan &

## Capítulo 2

Linda Silberman, *The Inadequate Search for “Adequacy” in Class Actions: A Critique of Epstein v. MCA, Inc.*, 73 N.Y.U. L. Rev. 765, 776–783 (1998). Para miradas contrarias, ver Henry Paul Monaghan, *Antisuit Injunctions and Preclusion Against Absent Nonresident Class Members*, 98 Colum. L. Rev. 1148, 1195–1199 (1998); Patrick Woolley, *The Availability of Collateral Attack for Inadequate Representation in Class Suits*, 79 Tex. L. Rev. 383, 388 (2000); Susan P. Koniak, *How Like a Winter? The Plight of Absent Class Members Denied Adequate Representation*, 79 Notre Dame L. Rev. 1787, 1790–1791 (2004).

El tratamiento de la lealtad como una precondition para el tratamiento colectivo del asunto dispuesto en la sub-sección (a)(1) desapruueba el análisis de la representatividad adecuada efectuado en *Stephenson v. Dow Chemical Co.*, 273 F.3d 249 (2d Cir. 2001), confirmado por una Corte dividida en partes iguales, 539 U.S. 111 (2003). En *Stephenson*, el Segundo Circuito denegó efecto de cosa juzgada a un acuerdo celebrado en una acción de clase concerniente a los alegados efectos adversos del desfoliante Agente Naranja sobre la salud del personal militar durante la guerra de Vietnam. En su parte relevante, el acuerdo transaccional colectivo otorgaba beneficios dinerarios a los miembros de la clase cuya enfermedad se manifestó dentro de un período de tiempo especificado, pero denegó los mismos beneficios a aquellos cuya enfermedad se manifestó con posterioridad a dicho período. La corte concluyó que no podía acordarse efectos de cosa juzgada a la sentencia que había aprobado el acuerdo transaccional colectivo, con fundamento en que el proceso colectivo había violado el derecho de los miembros de la clase a ser representados adecuadamente (derecho que se desprende de la garantía de debido proceso). En opinión de la corte, la violación al debido proceso estaba dada por el conflicto que existía entre los veteranos cuya enfermedad se manifestó antes de la línea de corte trazada en el acuerdo para el pago de los beneficios dinerarios y aquellos veteranos cuya enfermedad se manifestó con posterioridad -una distinción que no existía al momento de la certificación de la clase sino que, más bien, fue una creación del propio acuerdo transaccional. Para una discusión sobre si los acuerdos de representación en la clase del caso Agente Naranja pueden haber involucrado un conflicto de interés estructural fundado en otras razones discernibles al momento de la certificación de la clase, ver Issacharoff & Nagareda, *Class Settlements under Attack*, 156 U. Pa. L. Rev. p 1688–1689; Nagareda, *Administering Adequacy*, 82 Tex. L. Rev. at 324–330.

En gran medida, *Stephenson* no ha ganado muchos seguidores. Aun las cortes que pretendieron seguir su razonamiento no buscaron permitir a los miembros de la clase ausentes un escape tan amplio de los efectos preclu-

## Capítulo 2

sivos de las sentencias. Ver, por ejemplo, *Wilkes ex rel. Mason v. Phoenix Home Life Mutual Ins. Co.*, 902 A.2d 366, 382 (Pa. 2006) (citando *Stephenson* para sostener una revisión colateral, pero caracterizando la cuestión para dicha revisión como algo concerniente al argumento de los actores según el cual ellos estaban “equivocadamente incluidos en la clase” en lugar de considerarla como algo atingente a las diferencias de tratamiento establecidas en el acuerdo transaccional (diferencias del tipo de las que se consideraron problemáticas en *Stephenson*). Por su parte, el propio Segundo Circuito restringió el alcance de *Stephenson* en una decisión posterior:

[S]i, en la acción de clase, un demandado que se opone a la certificación o un objetor del acuerdo transaccional ha presentado un serio argumento según el cual [la representación de los intereses de la clase ha sido inadecuada], y ese argumento ha sido considerado y rechazado por la corte de la acción de clase, no sería injusto precluir la posibilidad de una revisión colateral de tal decisión y relegar [al actor] a sus remedios de revisión directa. No sería una denegatoria de debido proceso otorgar plena fe y crédito a la decisión de la corte de la acción de clase en materia de representatividad adecuada, a menos que esa decisión hubiera sido tomada en ausencia de una presentación adversarial. . .

*Wolfert v. Transamerica Home First, Inc.*, 439 F.3d 165, 172 (2d Cir. 2006). Esta afirmación concerniente a la disponibilidad de revisión colateral pone al Segundo Circuito en línea con el consenso emergente entre las cortes federales de apelación. Ver *In re Diet Drugs Prods. Liab. Litig.*, 431 F.3d 141 (3d Cir. 2005); *Nottingham Partners v. Trans-Lux Corp.*, 925 F.2d 29 (1st Cir. 1991). La posición reflejada aquí en cuanto a la disponibilidad de revisión colateral sobre la cuestión de la representatividad adecuada -una mirada introducida en el Comentario *d* y elaborada con mayor extensión en § 3.14— está de acuerdo con este consenso emergente.

El enfoque de la sub-sección (a)(1) en términos de “conflictos de interés estructurales” está diseñado para dotar de mayor precisión a la indagación sobre la lealtad en conexión con las acciones de clase, una indagación formulada históricamente en términos de representación adecuada. Como reflejan las citas precedentes, la jurisprudencia de años recientes sobre acciones de clase refleja de manera creciente que el concepto de adecuada representación ha sido sobrecargado con múltiples y variados significados, los cuales no presentan el mismo alcance a la hora de las impugnaciones posteriores a la sentencia de clase. Un significado —aquel de “conflictos de interés estructurales”, discernible como parte de la determinación de agre-

## Capítulo 2

gar o que emerge como parte de tal proceso— se refiere a la legitimidad de la sentencia de clase desde su origen y con independencia de su resultado. Otro significado -aquel de la adecuada representación en el sentido de un adecuado acuerdo transaccional colectivo- es bien diferente por encontrarse intrínsecamente ligado al resultado. Puesto de manera menos formal, una clase legítimamente constituida puede no obstante alcanzar un acuerdo transaccional colectivo mediocre y hasta injusto; y, al inverso, un acuerdo transaccional colectivo puede ser sensato en su contenido pero, sin embargo, haber surgido de una clase impropia constituida. Ver *Amchem*, 521 U.S. p. 622–623 (“Los beneficios que las personas expuestas al amianto pueden ganar del establecimiento de un esquema de compensación a gran escala. . . no son pertinentes para la indagación sobre el requisito de predominancia” diseñado para controlar la composición de la clase.). El derecho vigente tiene una tendencia a confundir aun más estos asuntos al enfocar la adecuada representación -sin una diferenciación clara entre estructura y resultado- como un aspecto de la competencia personal, al menos cuando los miembros de la clase carecen de otro modo de “contactos mínimos” con el foro donde se planteó el caso. Ver *Shutts*, 472 U.S. p 812 (“[L]a Cláusula de Debido Proceso requiere que el actor nominal represente adecuadamente en todo momento los intereses de los miembros de la clase ausentes.”). Para críticas sobre la agrupación indiferenciada de estos diversos significados bajo la rúbrica común de adecuada representación, ver Issacharoff & Nagareda, *Class Settlements under Attack*, 156 U. Pa. L. Rev. pp. 1656–1658.

*Comentario e.* Para una discusión sobre cómo la oportunidad de optar por excluirse de la clase puede reforzar la adecuada calidad de la representación al poner presión competitiva sobre los abogados de la clase, ver Richard A. Nagareda, *The Preexistence Principle and the Structure of the Class Action*, 103 Colum. L. Rev. 149, 168–174 (2003). Sobre la elección entre derechos de salida estructurados en términos de oportunidad para excluirse de la clase y derechos de salida estructurados en términos de oportunidad para incluirse en ella, comparar *Shutts*, 472 U.S. at 812 (rechazando la “aseveración de que la Cláusula de Debido Proceso Legal de la Enmienda Decimocuarta requiere que los actores ausentes deban efectivamente ‘optar por ser incluidos en la clase, más que ser considerados miembros de la clase si no optan por ‘excluirse’”), con John Bronsteen & Owen Fiss, *The Class Action Rule*, 78 Notre Dame L. Rev. 1419, 1446–1447 (2003) (argumentando en defensa de que los acuerdos transaccionales colectivos sólo puedan vincular a aquellos reclamantes que opten por ser incluidos). Ver § 2.10 (discutiendo la posibili-

## Capítulo 2

dad de agregación mediante efectivo consentimiento de los reclamantes en situaciones excepcionales).

Sobre la posibilidad de una oportunidad adicional para optar por excluirse de una acción de clase en el supuesto de darse un acuerdo, comparar la Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(e)(4) (“Si la acción de clase fue previamente certificada en los términos de la Regla 23(b)(3), la corte puede rehusarse a aprobar un acuerdo a menos que el mismo conceda una nueva oportunidad para excluirse de la clase a los miembros individuales de ésta que tuvieron una oportunidad anterior para ello pero no lo hicieron”, con David Rosenberg, *Adding a Second Opt-Out to Rule 23(b)(3) Class Actions: Cost Without Benefit*, 2003 U. Chi. Legal F. 19 (criticando por razones pragmáticas la segunda oportunidad para excluirse).

*Comentario f.* La referencia a “notificación apropiada” se desprende de la locución ahora utilizada en el derecho de las acciones de clase para reconocer la posibilidad de notificar a los miembros de la clase que buscan obtener remedios indivisibles. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(c)(2)(A) (“En cualquier clase certificada en los términos de la Regla 23(b)(1) o (b)(2) la corte puede ordenar una notificación apropiada a la clase”). El enfoque de las notificaciones en términos de “la mejor notificación que pueda practicarse” cuando se persigue obtener remedios divisibles surge de la Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(c)(2)(B) (notificaciones en acciones de clase certificadas conforme la Regla 23(b)(3)), que a su turno fue delineada sobre la terminología utilizada por la Suprema Corte para propósitos de debido proceso en un caso que precede a la moderna Regla 23: *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 317 (1950). La Corte de *Mullane* entendió que la mejor notificación practicable consiste en aquella notificación “razonablemente calculada, bajo todas las circunstancias, para informar a las partes interesadas de la existencia de la acción y proveerles una oportunidad para presentar sus objeciones”. 339 U.S. pp. 314–315.

Para la presunción de que la notificación individual es la mejor notificación practicable con respecto a las pretensiones que llevan por objeto remedios divisibles, ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(c)(2)(B) (requiriendo “notificación individual a todos los miembros que puedan ser identificados por medio de un esfuerzo razonable”); *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 176 (1974) (“[La] notificación individual dirigida a los miembros identificables de la clase no es una consideración discrecional que deba ser evaluada en un caso particular. Es, más bien, un claro requisito de la Regla 23.”). Para comentarios cuestionando este aspecto de *Eisen*, ver Wolfman & Morrison, *Shutts Opt-Out Right*, 74 UMKC L. Rev. at 751.

## Capítulo 2

Como señala la doctrina, en reglas estatales concernientes a notificaciones a los miembros de la clase “uno puede encontrar un gran número de variaciones de la práctica federal [sobre acciones de clase]”, Thomas D. Rowe, Jr., *State and Foreign Class-Action Rules and Statutes: Differences from—and Lessons for?—Federal Rule 23*, 35 W. St. U. L. Rev. 147, 162 (2008). “Todas [esas variaciones] apuntan en dirección a requisitos menos exigentes, lo que parece reflejar una idea bastante extendida de que el texto de la Regla Federal -a pesar de las preocupaciones sobre debido proceso que le sirven de apoyo- no coincide con un mandato constitucional.” Id. Para ejemplos de reglas estatales sobre acciones de clase que contemplan mayor flexibilidad en materia de notificaciones, ver Cal. R. Ct. 3.766(f) (“Si la notificación personal es irrazonablemente costosa o el interés de cada miembro individual resulta insustancial, o si resulta que todos los miembros de la clase no pueden ser notificados personalmente, la corte puede ordenar un medio de notificación razonablemente calculado para informar a los miembros de la clase sobre la existencia de la acción -por ejemplo, publicación en diario o revista; transmisión televisiva, por radio o la Internet; o mediante la colocación de carteles o distribución de folletos a través de una asociación de comercio o profesional, sindicato o grupo de interés.”); 735 Ill. Comp. Stat. 5/2-803 (2003) (“[L]a corte puede ordenar discrecionalmente la notificación que estime necesaria para proteger los intereses de la clase y de las partes.”); Iowa R. Civ. P. 1.266(3) (“Para determinar la manera y la forma en que deben realizarse las notificaciones, la corte deberá considerar los intereses de la clase, el tipo de remedio solicitado, el costo de notificar a los miembros de la clase, y el posible perjuicio que puede producirse para los miembros que no reciben la notificación.”); Md. R. Civ. P. 2-231(e) (“En una acción de clase tramitada conforme la sub-sección (b)(3), debe notificarse a los miembros de la clase de la manera en que la corte lo disponga.”); N.Y. C.P.L.R. § 904(c) (McKinney 2006) (“Al determinar el método por el cual la notificación debe ser practicada, la corte deberá considerar . . . el costo de practicar las notificaciones por cada método tomado en consideración . . . los recursos de las partes y . . . los intereses de cada miembro de la clase representado, y la probabilidad de que un número significativo de miembros representados podrían desear excluirse de la clase o presentarse individualmente, lo cual puede ser determinado, a discreción de la corte, enviando notificaciones a una muestra aleatoria de la clase.”); Pa. R. Civ. P. 1712(a) (“Al determinar el tipo y contenido de la notificación a ser utilizada y los miembros que deben ser notificados, la corte deberá considerar la extensión y naturaleza de la clase, el tipo de remedio pretendido, el costo de notificar a los miembros y

## Capítulo 2

el posible perjuicio que sufrirán los miembros de la clase u otras partes si no reciben una notificación”); S.C. R. Civ. P. 23(d)(2) (“La corte . . . puede ordenar que la notificación sea practicada de manera tal que permita orientar sobre la pendencia de la acción iniciada por la parte que busca mantener la acción en beneficio de la clase”). La flexibilidad reconocida en estas reglas estatales sobre acciones de clase se encuentra en línea con el enfoque Canadiense. Ver Rowe, *State and Foreign Class-Action Rules*, 35 W. St. U. L. Rev. at 164 (“La legislación canadiense sobre procesos de clase es marcadamente flexible en cuestión de notificaciones. Al establecer los factores que una corte debe considerar para definir qué tipo de notificación es requerida en determinadas circunstancias, Ontario y British Columbia también autorizan a que la corte ‘pueda dispensar la notificación si . . . considera apropiado hacerlo’”) (citando a Craig Jones, *Theory of Class Actions* 126 (2003)); ver también *Parsons v. McDonald’s Restaurants of Canada Ltd.*, C41264, [2005] O.J. 506 QUICKLAW (O.A.C. Feb. 16, 2005).

Sobre la importancia de la oportunidad conferida a los miembros de la clase para ser oídos con relación a la disposición de sus pretensiones, ver Patrick Woolley, *Rethinking the Adequacy of Adequate Representation*, 75 Tex. L. Rev. 571 (1997). Sobre la oportunidad para ser oído como un componente del debido proceso en procedimientos de adjudicación desarrollados por agencias administrativas, ver *Londoner v. City and County of Denver*, 210 U.S. 373, 385–386 (1908).

*Comentario g* Denegar tanto los beneficios como los detrimentos preclusivos de la sentencia de clase es consistente con el viejo objetivo de evitar intervenciones unilaterales en las acciones de clase cuando los miembros ausentes tuvieron oportunidad de optar por excluirse. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(b)(3), nota del comité consultivo. Pero ver § 2.10 (discutiendo excepcionales situaciones que pueden justificar el uso de clases generadas mediante el mecanismo de optar por incluirse). Para un ejemplo sobre una corte ordenando, en una acción de clase, el secuestro de una porción de toda suma obtenida por reclamantes que hubieran optado por excluirse a fin de destinarla a cuenta de los beneficios obtenidos por ellos del *discovery* producido en la acción de clase y del desarrollo de los méritos del caso por los abogados de la clase, ver *In re Linerboard Antitrust Litig.*, 292 F. Supp. 2d 644 (E.D. Pa. 2003).

*Comentario h.* La sub-sección (c) busca alinear y simplificar el tratamiento de las agregaciones obligatorias al agrupar conceptos actualmente dispersos en múltiples previsiones contenidas en reglas sobre acciones de clase. Como § 2.04, la sub-sección (c) de esta Sección abandona la distinción nominal

## Capítulo 2

trazada entre el tratamiento de clase obligatorio cuando la tramitación de “acciones separadas por parte de miembros individuales de la clase podría crear un riesgo de adjudicaciones inconsistentes o diversas con respecto a miembros individuales de la clase que establecerían estándares de conducta incompatibles para la parte que se opone a la clase” (Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(b)(1)(A)) y el tratamiento de clase obligatorio cuando “la parte que se opone a la clase ha actuado o se ha negado a actuar sobre bases que aplican generalmente a la clase, de manera tal que un remedio final inyuntivo o declarativo resulta apropiado con respecto a la clase como un todo” (Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(b)(2)). Ver § 2.04, Notas de los Reporteros (discutiendo la falta de diferencia funcional entre las clases de la Regla 23(b)(1)(A) y la Regla 23(b)(2)).

El análisis de los beneficios prácticos de una agregación obligatoria cuando se trata de pretensiones de objeto indivisible se desprende de *Allen v. Int'l Truck & Engine Corp.*, 358 F.3d 469 (7th Cir. 2004). Allí, el Séptimo Circuito señaló que “la certificación de la clase obliga a los abogados (y a los actores representativos) a proceder como fiduciarios de todos los empleados [afectados], más que a tratar de maximizar el resultado para los 27 [empleados con acciones individuales iniciadas] al potencial costo de los otros 323.” *Id.* p 471. La corte señaló también que la certificación de clase “dará derecho a los abogados a percibir honorarios profesionales como representantes de las ganancias (de haber alguna) alcanzadas por todos los empleados, y no sólo por los actores nominales.” *Id.*

El enfoque de la agregación obligatoria cuando se trata de pretensiones que persiguen obtener un remedio de objeto indivisible tiene además el beneficio de asegurar que el proceso colectivo pueda poner fin al conflicto -en particular, evitando las barreras a esa finalidad que fueran identificadas en *Johnson v. General Motors Corp.*, 598 F.2d 432 (5th Cir. 1979), and *Brown v. Ticor Title Ins. Co.*, 982 F.2d 386 (9th Cir. 1992). En *Johnson*, la corte sostuvo que un miembro de una acción de clase obligatoria por discriminación laboral mantenida en los términos de la Regla 23(b)(2) no puede verse impedido de perseguir un remedio divisible (pretensión de pago de sumas de dinero) por medio de un proceso individual, porque el empleado actor no había recibido notificación de la acción de clase. 598 F.2d p. 436. La corte fue más lejos en *Ticor Title*, sosteniendo que los miembros de una clase ostensiblemente obligatoria en el marco de litigios por acciones y otros valores bursátiles no pueden ser precluidos para promover procesos individuales persiguiendo el remedio divisible de daños basados en un acuerdo transaccional colectivo que pretendió resolver completamente todas las pretensiones

## Capítulo 2

(tanto las que perseguían remedios indivisibles como aquellas que buscaban remedios de objeto divisible). 982 F.2d p. 392. Dotar al acuerdo colectivo de efectos preclusivos en materia de distribución del remedio de daños, razónó la corte de *Ticor Title*, violaría el derecho de debido proceso legal de los miembros de la clase ya que al tratarse de una clase obligatoria no se otorgó a éstos oportunidad de optar por excluirse. Id.

Uno puede entender mejor la insistencia sobre el asunto de la notificación en *Johnson* y sobre la oportunidad de optar por excluirse en *Ticor Title* si se considera ambos asuntos como derivados de una sospecha subyacente sobre la idoneidad del tratamiento colectivo obligatorio para resolver en su totalidad pretensiones que persiguen remedios divisibles, al menos fuera del escenario de un fondo limitado. El problema en ambos casos surgía no tanto del efecto del acuerdo colectivo sobre litigios subsiguientes, sino de la falta de idoneidad del tratamiento de clase obligatorio en primer lugar. La sub-sección (c) actúa sobre las razonables preocupaciones de las cortes de *Johnson* y *Ticor Title* al limitar la agregación obligatoria a situaciones en las cuales dicha naturaleza obligatoria del proceso resulta necesaria para gestionar de manera justa y eficiente las pretensiones que llevan por objeto remedios indivisibles. Como refleja § 2.04, las pretensiones que llevan por objeto remedios divisibles deberían ser analizadas separadamente, tanto en lo que respecta a la idoneidad del tratamiento colectivo como en cuanto a la oportunidad de excluirse de cualquier proceso colectivo del género, de acuerdo con la sub-sección (a)(1) de esta Sección.

*Comentario i.* *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999), se refiere a la necesidad de probar la existencia de un fondo limitado y que su naturaleza limitada surja de condiciones preexistentes al tratamiento colectivo. En *Ortiz*, la Corte revocó la aprobación de un acuerdo transaccional colectivo de tipo obligatorio por ser inconsistente con la Regla 23(b)(1)(B). Razonando fuertemente a partir de tempranos precedentes de equidad que consideró como fuentes de la actual Regla 23(b)(1)(B), la Corte sostuvo que “la primera y más distintiva característica [de un fondo limitado] es que el total agregado de las pretensiones liquidadas y el fondo disponible para satisfacerlas, definidos ambos en sus máximos, demuestren la falta de capacidad del fondo para pagar todas las pretensiones”. Id. p. 838. La Corte siguió adelante para enfatizar que el pretendido fondo limitado en *Ortiz* —en esencia, la suma proveída por las aseguradoras de Fibreboard en acuerdos celebrados en el marco de litigios relacionados donde se discutían las obligaciones de cobertura por pretensiones de daños fundadas en la exposición al amianto— era simplemente una creación de las negociaciones del acuerdo colecti-

## Capítulo 2

vo y resultaba muy inferior a la suma máxima que Fibreboard podría haber destinado al acuerdo. Id. p. 859.

Para comentarios conceptualizando el tratamiento de clase obligatorio en el escenario de fondos limitados como un procedimiento similar a una acción *interpleader*, ver, por ejemplo, Samuel Issacharoff, *Class Action Conflicts*, 30 U.C. Davis L. Rev. 805, 820–821 (1997). En esta mirada, la capacidad de los actores para buscar una resolución común obligatoria a fin de dividir un pozo determinado sirve la misma función que el *interpleader*, pero ubica la autoridad para invocar el procedimiento en manos de los reclamantes. El propio dispositivo de *interpleader* se encuentra bien establecido en el derecho procesal. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 22.

La pregunta más importante que surgió sobre la Regla 23(b)(1)(B) después de *Ortiz* se refiere a la disponibilidad del tratamiento de clase obligatorio cuando la naturaleza limitada del fondo no surge del patrimonio neto del demandado sino, en cambio, de limitaciones constitucionales de debido proceso en materia de los daños punitivos máximos que el demandado puede verse obligado a pagar por un único curso de conducta. Comparar *In re Simon II Litig.*, 407 F.3d 125, 127 (2d Cir. 2005) (revocando la certificación de una clase obligatoria en reclamo de daños punitivos por falta de “pruebas en función de las cuales la corte de distrito podría establecer los límites del fondo y del valor agregado de los daños punitivos contra el mismo, permitiendo así que el fondo postulado pudiera considerarse inadecuado para pagar todas las pretensiones legítimas”), con *In re Exxon Valdez*, 229 F.3d 790, 795 (9th Cir. 2000) (señalando que “las cortes han alentado el uso de acciones de clase obligatorias para manejar pretensiones por daños punitivos en casos de daños masivos”). Esta Sección enmarca la indagación sobre la disponibilidad del tratamiento de clase obligatorio para pretensiones por daños punitivos en términos de si el límite constitucional para este tipo de remedios es tal que genera una interdependencia preexistente entre las pretensiones por daños punitivos, como algo distinto a un límite meramente teórico que, en la práctica, no tornaría interdependientes a tales pretensiones en ausencia de tratamiento colectivo. Cf. *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346, 355 (2007) (distinguiendo entre la consideración constitucionalmente permisible de la conducta del demandado frente a personas similarmente situadas al actor en orden a evaluar la reprochabilidad de tal conducta con relación al actor, y el constitucionalmente impermisible castigo del demandado por su conducta hacia esas otras personas); *State Farm Mut. Auto Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 419–424 (2003) (revocando una condena por daños punitivos en un litigio individual como inconstitucionalmente excesiva debido, en parte, al

## Capítulo 2

error en que incurrió la corte de juicio al permitir que los actores invocaran el curso de conducta seguido por el demandado en otros estados). La importancia del análisis sobre daños punitivos efectuado por la Corte en *Williams* a los fines de determinar la viabilidad de certificar una acción de clase obligatoria por daños punitivos se mantiene sujeta a debate en la doctrina. Comparar, por ejemplo, Byron G. Stier, *Now It's Personal: Punishment and Mass Tort Litigation after Philip Morris v. Williams*, 2 *Charleston L. Rev.* 433 (2008) (afirmando que la lógica de *Williams* cierra la puerta a la certificación de acciones de clase obligatorias por daños punitivos), con Elizabeth J. Cabraser & Robert J. Nelson, *Class Action Treatment of Punitive Damages Issues after Philip Morris v. Williams: We Can Get There from Here*, 2 *Charleston L. Rev.* 407 (2008) (encontrando espacio para acciones de clase obligatorias por daños punitivos luego de *Williams*).

Se encuentra “bien establecido” que una demostración de insolvencia no es precondition para peticionar una reorganización de conformidad con el Capítulo 11 del Bankruptcy Code. Ver, por ejemplo, *In re SGL Carbon Corp.*, 200 F.3d 154, 163 (3d Cir. 1999). Pero el derecho sobre concursos y quiebras contiene un requisito implícito según el cual una petición del género debe ser efectuada “de buena fe” en el sentido de surgir de una “seria amenaza” a la continuidad de las operaciones del deudor. Ver *id.* pp. 160–162. Para los requisitos de la votación a fin de confirmar un plan de reorganización, ver 11 U.S.C. § 1126. Para la regla de “absoluta prioridad”, ver *id.* § 1129(b)(2). Sobre la importancia de vigilar el límite entre la acción de clase por fondo limitado y la quiebra a la luz de las protecciones adicionales conferidas a los reclamantes en el último de estos procesos, ver John C. Coffee, Jr., *Class Wars: Evaluating the Selection of Class Counsel by Auction*, 95 *Colum. L. Rev.* 1343, 1457–1461 (1995).

*Comentario j.* La sub-sección (d) se refiere al debido proceso de los demandados en el contexto de las acciones de clase, pero de una manera informada por la considerable controversia que ha surgido en torno a la consolidación masiva de pretensiones ampliamente dispares relacionadas con la exposición al amianto en procesos ante cortes estatales. Ver *State ex rel. Mobil Corp. v. Gaughan*, 565 S.E.2d 793, 794 (W. Va. 2002) (Maynard, J., voto concurrente) (discutiendo cuestiones de debido proceso presentadas por la consolidación de “miles de pretensiones sobre exposición al amianto disímiles y no relacionadas dentro de un mismo juicio”). Jurisprudencia existente señala que los derechos de los demandados derivados de la garantía constitucional de debido proceso imponen límites al alcance permisible de la consolidación. Ver, por ejemplo, *In re Chevron U.S.A., Inc.*, 109 F.3d 1016, 1020 (5th

## Capítulo 2

Cir. 1997) (revocando la consolidación de más de 3000 pretensiones por exposición al amianto cuando el plan para el juicio carece de “protecciones diseñadas para asegurar que las pretensiones de los actores no representados contra [el demandado]” puedan ser “determinadas en un proceso que está razonablemente calculado para reflejar los resultados que podrían ser obtenidos si tales pretensiones fueran efectivamente enjuiciadas”); *Todd-Stenberg v. Dalkon Shield Claimants Trust*, 56 Cal. Rptr. 2d 16, 18 (Cal. Ct. App. 1996) (confirmando la consolidación de pretensiones de responsabilidad por productos elaborados, pero advirtiendo que pueden existir situaciones “extremas” en las cuales la “confusión y el perjuicio” creados por la consolidación violarían el debido proceso legal de los demandados).

*Efecto sobre el derecho vigente.* El enfoque de esta Sección, en gran medida, está orientado a describir el entendimiento emergente del debido proceso en el contexto de los litigios colectivos. La referencia a “notificación apropiada” en la sub-sección (a)(3), sin embargo, requeriría una reforma de la actual Regla 23(c)(2)(B) por cuanto ésta exige categóricamente “notificación individual a todos los miembros que puedan ser identificados por medio de un esfuerzo razonable.”

### § 2.08 Tratamiento de cuestiones comunes como acción de clase

**La corte puede autorizar el tratamiento colectivo de una cuestión común por medio de una acción de clase si dicha corte**

- (a) **provee las protecciones descritas en § 2.07(a) y (d);**
- (b) **hace cumplir las limitaciones de § 2.07(b); y**
- (c) **autoriza apelaciones interlocutorias como se establece en § 2.09(a)(2).**

#### **Comentario:**

*a. La Preclusión en Acciones de Clase para el Tratamiento de Cuestiones Comunes.* Esta Sección aborda las implicaciones de la autoridad reconocida a las cortes en §§ 2.02–2.04 para tratar cuestiones comunes en clave colectiva. En cuanto tal, la autoridad descrita en esta Sección se mantiene sujeta a las limitaciones proveídas en §§ 2.02–2.04.

Esta Sección reconoce discreción judicial para disponer la litigación colectiva de una cuestión común por medio de una acción de clase y subraya

## Capítulo 2

tres límites sobre el efecto preclusivo de tal proceso. La sub-sección (a) limita el poder de la corte para autorizar el tratamiento colectivo de acuerdo con § 2.07(a) –esto es, exigiendo el otorgamiento de derechos de salida, voz y lealtad a los reclamantes. Como se establece en § 2.07(a)(2), sin embargo, los derechos de salida no necesitan ser otorgados en los procesos colectivos descritos en § 2.07(c). En sus efectos prácticos, los tipos de procesos colectivos sobre cuestiones comunes que podrían disparar la aplicación de § 2.07(c) consisten en aquellos que se refieren a remedios indivisibles. Por su naturaleza, el escenario de fondo limitado para la agregación obligatoria (§ 2.07(c), Comentario *z*) necesariamente abarcaría todas las pretensiones contra el fondo, no sólo las cuestiones comunes presentes en tales pretensiones. La referencia adicional a § 2.07(d) contemplada en la sub-sección (a) sirve como un recordatorio de que las protecciones en materia de debido proceso también aplican a quienes se oponen al grupo en una acción de clase sobre cuestiones comunes. La sub-sección (b), a su turno, trae hasta esta Sección la limitación de § 2.07(b), según la cual los reclamantes que optan por excluirse de la acción de clase para el tratamiento de cuestiones comunes son no-partes en dicho proceso.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Al proveer el tratamiento de cuestiones comunes por medio de una acción de clase conforme lo dispuesto en § 2.07(a), la sub-sección (a) de esta Sección pone al debido proceso en tales acciones de acuerdo con el proceso debido en agregaciones más familiares que involucran pretensiones relacionadas. Sobre este último tema, ver § 2.07(a), Notas de los Reporteros.

#### § 2.09 Apelaciones interlocutorias

**(a) Una oportunidad de apelación interlocutoria debería estar disponible con respecto a**

- (1) la decisión sobre la certificación de clase conforme § 2.07 o § 2.08; y**
- (2) cualquier determinación colectiva sobre el mérito de una cuestión común cuyo tratamiento hubiera autorizado la corte de acuerdo con § 2.08.**

**(b) La consideración de una apelación interlocutoria bajo la sub-sección (a) debería ser discrecional para la corte de apelación pertinente.**

**Comentario:**

*a. Apelación interlocutoria de la certificación de clase.* Las sub-secciones (a)(1) y (b), juntas, reflejan el reconocimiento existente en el procedimiento federal de acciones de clase de una oportunidad para revisar por medio de apelación interlocutoria las decisiones tomadas en materia de certificación de clase —sea que acuerden o denieguen la certificación, en todo o en parte— a discreción de la corte de apelación pertinente pero sin necesidad de autorización por parte de la corte de juicio que tomó la decisión. Los procedimientos de algunos estados proveen similar oportunidad para obtener una revisión apelada de las decisiones en materia de certificación de clase, si bien la vía procesal precisa para lograr tal revisión varía entre un reconocimiento específico en la propia regla estatal sobre acciones de clase (en el modelo federal) y varios *writ*s. Algunos estados no proveen apelaciones contra la denegatoria de la certificación de clase.

La referencia cruzada a § 2.07 y § 2.08 pone en claro que la apelación interlocutoria descrita en la sub-sección (a)(1) aplica tanto a la certificación de acciones de clase sobre pretensiones relacionadas como a la certificación de acciones de clase limitadas a ciertas cuestiones comunes, según sea el caso. Esto, igualmente, no provoca ningún cambio en el derecho federal vigente sobre tal revisión interlocutoria.

La referencia efectuada en la sub-sección (b) con respecto a la discreción de la corte de apelación pertinente para autorizar la apelación, además, acuerda debido reconocimiento a la posibilidad de que la denegatoria de la certificación de clase en una instancia determinada puede dejar a los abogados de la clase en posición de reformular la moción de certificación, posibilidad que podría aconsejar el no tratamiento de la apelación mientras se encuentre pendiente tal revisión. En orden a facilitar la consideración de este punto en la apelación, la corte de juicio debería dejar en claro la existencia de ese margen para reformular la moción de certificación de clase.

*b. Apelación interlocutoria de la decisión sobre el mérito de una cuestión común.* La sub-sección (a)(2) efectivamente condiciona la discreción de la corte a fin de autorizar una acción de clase para el tratamiento de cuestiones al especificar que una autorización del género debe ser acompañada por la oportunidad de interponer una apelación interlocutoria contra cualquier decisión sobre

## Capítulo 2

el mérito de la cuestión común que alcance a toda la clase. La disponibilidad de una apelación de este tipo con respecto a cualquier decisión sobre el mérito de la cuestión común opera junto con la apelación interlocutoria disponible bajo la sub-sección (a)(1) en cuanto esta última aplica, en primer lugar, a la decisión de certificar la acción de clase para el tratamiento de una cuestión particular.

La decisión de una cuestión común en una acción de clase no califica necesariamente como una sentencia definitiva. Ello así por cuanto tal decisión puede dejar otras cuestiones para ser abordadas en otros procesos. La especificación de la sub-sección (a)(2) en cuanto a que la oportunidad de una apelación interlocutoria sobre el mérito debe estar disponible en cualquier supuesto se apoya en la práctica existente en el sistema federal, donde una sentencia definitiva -y, por tanto, apelable- puede ser dictada con respecto a “una o más, pero menos que la totalidad de las pretensiones” planteadas en una acción, siempre que la corte “determine expresamente que no hay justa razón para demorar y exista un pedido expreso para dictar la sentencia”. La “expresa determinación” de la corte identifica efectivamente el momento en el cual puede ser interpuesta la apelación.

La decisión en clave colectiva sobre el mérito de la cuestión o cuestiones comunes certificadas podría agotar todos los asuntos que definen el dominio de la acción de clase para el tratamiento de cuestiones. Puesto en términos menos formales, la decisión sobre el mérito de la cuestión común certificada podría hacer todo lo que una acción de clase para el tratamiento de cuestiones particulares puede hacer. De acuerdo con esto, la determinación del mérito de la cuestión común debería ser considerada como una decisión con suficiente definitividad para permitir la apelación interlocutoria, especialmente teniendo en cuenta la importancia práctica de tal determinación para procesos subsiguientes. Un objetivo central de la acción de clase para el tratamiento de cuestiones es generar preclusión sobre la cuestión común allí abarcada.

En términos prácticos, la revisión unitaria en instancia de apelación de la decisión sobre el mérito de una cuestión común evita el gasto de recursos judiciales que se produciría si los procedimientos subsiguientes pudieran desarrollarse y revelaran, recién entonces, algún defecto en la determinación del mérito de la cuestión común. La revisión unitaria del mérito también evita la posibilidad de múltiples apelaciones —potencialmente, a múltiples cortes— concernientes a la cuestión común después de otros procesos donde se producirán, en última instancia, sentencias definitivas. La autorización de una apelación interlocutoria colectiva preserva así las ganancias de eficiencia

## Capítulo 2

y equidad a ser obtenidas mediante el tratamiento de la cuestión común en un solo proceso.

El condicionamiento del tratamiento colectivo a la disponibilidad de una apelación interlocutoria sobre el mérito sirve un propósito adicional. La expectativa es que una apelación de este tipo servirá como un tope más contra esfuerzos para buscar el tratamiento colectivo de cuestiones triviales o insignificantes que, a pesar de ello, resultan comunes en un litigio determinado. Parte de este efecto de tope viene ya desde la especificación dada en § 2.02(a)(1) con respecto a que la corte debería determinar si el tratamiento colectivo de una cuestión común por medio de una acción de clase “avanzará materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles por enfrentar el núcleo fundamental de la disputa de una manera superior a otras alternativas procesales realistas y, de tal modo, generar por medio de tal tratamiento una significativa eficiencia judicial”. Las restricciones que se encuentran en otros lugares de este Capítulo se suman a este efecto de tope. La sub-sección (a)(2) de esta Sección, no obstante, procede sobre el reconocimiento que el tope al tratamiento colectivo de cuestiones comunes triviales o insignificantes no tiene por que consistir exclusivamente en una formulación verbal a aplicar por los tribunales. La sub-sección (a)(2) habla tanto de los incentivos de quienes pueden buscar el tratamiento colectivo de una cuestión común como de los incentivos de quienes pueden pretender la revisión del mérito en instancia de apelación. El efecto práctico de la sub-sección (a)(2) está en que aquellos que buscan el tratamiento colectivo de una cuestión común deberán estar preparados para enfrentar la posibilidad de una apelación interlocutoria colectiva sobre el mérito de esa cuestión, lo cual se suma a la posibilidad de una apelación interlocutoria con respecto a la decisión inicial sobre si agregar o no. La resolución de ambas apelaciones debería preceder a la resolución de las restantes cuestiones que presentan las pretensiones subyacentes -por ejemplo, la obtención de daños para reclamantes particulares. Al especificarlo de tal forma, esta Sección es consciente de la demora asociada algunas veces a las apelaciones interlocutorias en el contexto de acciones de clase bajo el derecho vigente. La aplicación de la sub-sección (a)(2) con respecto a la apelación interlocutoria sobre el mérito probablemente también resultará en demoras. Tales demoras, sin embargo, refuerzan el tope práctico a los intentos para buscar el tratamiento colectivo de cuestiones que no avanzarían materialmente la resolución de múltiples pretensiones.

Al delinear la apelación interlocutoria como perteneciente a la “determinación” del mérito de una cuestión común, la sub-sección (a)(2) no provee

## Capítulo 2

autoridad para una apelación del género con respecto a decisiones sobre el mérito que no determinen el alcance de la cuestión común. Una denegatoria de sentencia sumaria con relación a la cuestión común, por tanto, no dispararía la oportunidad de buscar una revisión interlocutoria bajo la sub-sección (a)(2).

Tomadas en conjunto, las sub-secciones (a)(2) y (b), respectivamente, requieren la disponibilidad de una apelación interlocutoria sobre el mérito como parte de la determinación judicial de proceder por medio de una acción de clase para el tratamiento de cuestiones particulares, pero dejan a discreción de la corte de apelación pertinente conceder o denegar tal apelación. En ambos aspectos, estas sub-secciones trazan un nuevo camino en el derecho procesal, aunque de una forma que construye sobre fuentes estatutarias existentes que permiten apelaciones interlocutorias de manera general en los litigios civiles federales. Actualmente existen fuentes estatutarias que permiten a un juez federal de distrito autorizar una apelación interlocutoria de órdenes no finales en cualquier acción civil siempre que el juez sea “de la opinión que tal orden involucra una cuestión de derecho controlante” y que “una apelación inmediata de la orden puede materialmente avanzar la terminación definitiva del litigio”. Al requerir que la oportunidad para una apelación interlocutoria se encuentre disponible con respecto a la determinación colectiva del mérito de una cuestión común, la sub-sección (a)(2) efectivamente trata dicha decisión sobre el mérito como algo con suficiente centralidad para procesos sobre otras cuestiones -nuevamente, debido a la preclusión de cuestiones que habrá de operar. Esto implica un tratamiento virtualmente similar al tipo de “cuestión de derecho controlante” a que se refieren los estatutos existentes. La Sección 2.02(a)(1), concerniente a la identificación de cuestiones comunes idóneas para tratamiento colectivo, utiliza también la locución “avanzar materialmente” para dotar de congruencia a lo allí establecido con la determinación sobre si acordar o no el tratamiento de clase en primer lugar y con el marco necesario para la apelación interlocutoria contra la decisión sobre el mérito de tal cuestión.

En el supuesto que la corte de apelación pertinente ejercite su discreción para rechazar la apelación de la decisión inicial de certificación de clase bajo la sub-sección (a)(1), entonces la apelación de la decisión sobre el mérito de la cuestión común establecida en la sub-sección (a)(2) puede abarcar tanto el mérito como —si es impugnada— la decisión subyacente de agregar. Cuando la misma corte de juicio debe manejar tanto el proceso de acción de clase para el tratamiento de cuestiones comunes como los procesos individuales sobre las cuestiones remanentes del litigio, la corte de apelación pertinente

puede ejercer su discreción para rechazar la apelación de la determinación inicial de certificar la clase a la espera de que se dicten sentencias definitivas con respecto a reclamantes individuales comprendidos en la clase.

De igual manera, el hecho de no haber interpuesto una apelación contra la decisión inicial de certificación de clase bajo la sub-sección (a)(1) no debería operar como una renuncia en el contexto de la apelación interlocutoria bajo la sub-sección (a)(2), sea que esta última se dirija contra el mérito o contra la decisión subyacente de certificación de clase.

*c. Órdenes judiciales relacionadas concernientes a honorarios de abogados.* El tratamiento colectivo de una cuestión común por medio de una acción de clase tiene consecuencias que están relacionadas con aquellas que vimos para la revisión en instancia de apelación. Como fuera señalado en el Comentario *b*, el objetivo de tal tratamiento es generar una determinación de la cuestión común que, a su turno, tenga efecto preclusivo en procesos sobre las cuestiones remanentes del litigio. Los abogados del proceso colectivo habrán obtenido un beneficio sustancial para los reclamantes en la medida que ese efecto preclusivo, en una instancia determinada, redundará en su ventaja en otros procesos. En la práctica, sin embargo, los abogados del proceso colectivo para el juzgamiento de la cuestión común pueden diferir de los abogados que manejan las cuestiones remanentes -por ejemplo, al representar reclamantes en clave individual con respecto a la determinación de los daños luego de que la responsabilidad haya sido establecida en clave colectiva.

Los abogados del proceso colectivo y los abogados que anticipan la representación de reclamantes individuales en las cuestiones remanentes del litigio pueden, en reconocimiento del beneficio conjunto que los primeros efectivamente confieren a los segundos, celebrar arreglos contractuales que provean la asignación de honorarios profesionales entre ambos. En ausencia de acuerdos contractuales de este tipo, en el contexto de litigios multidistritales consolidados en el sistema federal las cortes han comenzado a articular —con alguna ambigüedad— el concepto de “quasi acción de clase” y, sobre esa base, han emitido órdenes concernientes a la asignación de honorarios entre los dos tipos de abogados a que nos referimos —órdenes que, en su efecto práctico, gravan los honorarios de los abogados que representan reclamantes individuales sobre las cuestiones remanentes del litigio a cuenta del beneficio proveído por los abogados del proceso colectivo. Cf. § 2.02, Comentario *a* (prefiriendo la terminología de estos Principios sobre la emergente noción de “quasi acción de clase”).

## Capítulo 2

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* La autoridad existente en materia de revisión en instancia de apelación de las decisiones sobre certificación de clase se encuentra en la Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(f). Sobre el desarrollo de la Regla 23(f), ver Michael E. Solimine & Christine Oliver Hines, *Deciding to Decide: Class Action Certification and Interlocutory Review by the United States Courts of Appeals under Rule 23(f)*, 41 Wm. & Mary L. Rev. 1531 (2000).

Algunos sistemas estatales, pero no todos, tienen reglas o procedimientos semejantes. Ver Richard D. Freer, *Interlocutory Review of Class Action Certification Decisions: A Preliminary Empirical Study of Federal and State Experience*, 35 W. St. U. L. Rev. 13, 22–26 (2007) (analizando la experiencia estatal en materia de revisión interlocutoria de decisiones sobre certificación de clase, con y sin reglas estatales semejantes a la Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(f)). En algunos casos, el vocabulario utilizado en el derecho estatal difiere de la Regla 23(f) en el modo de formulación, cuando no en su función. Por ejemplo, La. Code Civ. Pro. Ann., art. 592(A)(3)(b) (2009) (proveyendo una “apelación suspensiva o devolutiva” contra las órdenes de certificación de clase); *Hewlett-Packard Co. v. Superior Court*, 83 Cal. Rptr. 3d 836, 837 (Cal. Ct. App. 2008) (revisando una decisión sobre certificación de clase vía “*peremptory writ of mandate*”). En algunos estados la oportunidad para apelar no se extiende a las decisiones denegatorias de la certificación de clase. Ver, por ejemplo, *Garza v. Swift Transp. Co.*, 218 P.3d 1008 (Ariz. 2009) (dejando sin efecto precedentes anteriores que permitían apelar la decisión denegatoria de la certificación de clase porque “una orden denegando la certificación de clase no determina, como una cuestión legal, ‘la suerte de la acción ni previene el dictado de una sentencia contra la cual una apelación pueda ser tomada’”. (citando Ariz. Rev. Stat. Ann. § 12-2101(d)), dejando abierta la posibilidad de revisión interlocutoria en “un caso extraordinario” de conformidad con las reglas de acciones especiales de Arizona); *Palmer v. Friendly Ice Cream Corp.*, 940 A.2d 742, 746–747 (Conn. 2008) (considerando inapelable la denegatoria de la certificación de clase porque tal denegatoria no “termina un proceso separado y distinto, ni . . . determina los derechos de las partes en forma tal que eventuales procesos no puedan afectarlos”. (citas internas omitidas)). Otros estados prevén la posibilidad de revisar por apelación interlocutoria la decisión denegatoria de la certificación de clase. Pennsylvania, por ejemplo, considera la denegatoria de certificación de clase como una orden colateral, apelable como un asunto de derecho. Ver *Keppley v. Sch. Dist. of Twin Valley*, 866 A.2d 1165, 1168 n.1 (Pa. Commw. Ct. 2005).

## Capítulo 2

*Comentario b.* Derecho existente reconoce la posibilidad de tratar una decisión judicial como una sentencia definitiva para propósitos de preclusión de cuestiones aun cuando tal decisión esté confinada a una parte específica de una pretensión mayor. Ver, por ejemplo, *Zdanok v. Glidden Co.*, 327 F.2d 944, 955 (2d Cir. 1964) (Friendly, J.). Para comentarios anticipando la posibilidad del mismo enfoque con respecto a la preclusión de pretensiones, ver 18A Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Edward H. Cooper, *Federal Practice and Procedure* § 4434 (3d ed. 2005).

La sugerencia de tratar la sentencia sobre una cuestión común como funcionalmente equivalente a una sentencia definitiva también se construye sobre el reconocimiento, en el derecho vigente, de la posibilidad que las cortes dicten sentencias definitivas sobre una pretensión particular entre múltiples pretensiones avanzadas en la misma acción. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 54(b) (condicionando el dictado de una sentencia definitiva con respecto a “una o más, pero menos de la totalidad de las pretensiones” involucradas en una acción a una expresa determinación “de que no hay justa razón para la demora”).

Sobre la necesidad práctica de una revisión por apelación interlocutoria de la decisión sobre el mérito de una cuestión común de responsabilidad, ver *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis* § 3.07(c), *Comentario d*, 139 (“Proveer una revisión de las decisiones sobre responsabilidad evita la posibilidad de múltiples apelaciones sobre el mismo asunto a continuación de varias sentencias sobre daños. . .”).

La autoridad estatutaria existente que permite a las cortes de distrito autorizar una apelación interlocutoria, sujeta a la discreción de la cámara de apelaciones pertinente, aparece en 28 U.S.C. § 1292(b) –la fuente del lenguaje citado en el *Comentario b*. La indicación adicional de que una apelación interlocutoria sobre el mérito de una cuestión común puede abarcar la decisión inicial de certificar la clase -si tal decisión no fue ya objeto de apelación en los términos de la Regla 23(f) –también se basa en la práctica existente bajo § 1292(b). Ver *Yamaha Motor Corp., U.S.A. v. Calhoun*, 516 U.S. 199, 205 (1996) (señalando que “la competencia apelada [bajo § 1292(b)] aplica a la orden de certificación, y no se encuentra atada a la particular cuestión formulada por la corte de distrito”); 16 Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure* § 3929 at 388 (“La corte [de apelaciones] puede . . . considerar cualquier cuestión razonablemente ligada con la orden certificada, sea tal cuestión un antecedente de esta última, más amplia o estrecha, o diferente de la cuestión especificada por la corte de distrito”).

Aun antes de § 1292(b) la revisión por apelación interlocutoria de las determinaciones sobre responsabilidad era una característica de larga data del

## Capítulo 2

derecho de almirantazgo bajo 28 U.S.C. § 1292(a)(3). Esta previsión permite apelaciones de “[d]ecretos interlocutorios . . . que determinen los derechos y responsabilidades de las partes en casos de almirantazgo donde se encuentren autorizadas las apelaciones del decreto definitivo”. Como explica una corte, “esta previsión fue originalmente diseñada para cubrir situaciones específicas de almirantazgo, donde no era poco común que la corte de distrito dictara una orden resolviendo con carácter definitivo cuestiones de responsabilidad y, luego, remitiera el caso a un *special master* para la determinación de los daños . . . En este tipo de casos, era permitida una apelación inmediata contra la orden que resolvía las cuestiones de responsabilidad”. *Central State Transit & Leasing Corp. v. Jones Boat Yard, Inc.*, 77 F.3d 376, 377–378 (11th Cir. 1996). Sobre las dificultades que presenta § 1292(a)(3) a la luz de la subsiguiente autorización de apelaciones interlocutorias contenida en la Regla 54(b) y en § 1292(b), ver 16 Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure* § 3927, 344–345 (“[L]os argumentos para sostener una interpretación extensiva de § 1292(a)(3) son contrarrestados por la disponibilidad de la Regla 54(b) y la más reciente adopción de § 1292(b), que autoriza apelaciones interlocutorias con permiso de la corte de juicio y de la corte de apelación en los casos de almirantazgo así como en otros casos. Sólo el Congreso puede decidir si estos medios alternativos de apelación, no disponibles en el año 1926 cuando § 1292(a)(3) fue sancionada, justifican la derogación de § 1292(a)(3)”).

*Comentario c.* Para un meditado análisis sobre la necesidad de una supervisión judicial cuidadosa de los honorarios a percibir por los abogados que representan reclamantes en procesos federales consolidados y por los abogados de los subsiguientes procesos individuales, ver *In re Zyprexa Prods. Liab. Litig.*, 424 F. Supp. 2d 488 (E.D.N.Y. 2006). La corte observó:

Si bien el acuerdo transaccional en la presente acción tiene naturaleza de un acuerdo privado entre actores individuales y el demandado, tiene también muchas de las características de una acción de clase y puede ser caracterizado apropiadamente como una quasi acción de clase, sujeta a los poderes de equidad generales de la corte. . . El gran número de actores sujeto a la misma matriz de acuerdo aprobada por la corte; la utilización de *specia masters* designados por la corte a fin de controlar el *discovery* y prestar asistencia para alcanzar y administrar un acuerdo transaccional; la orden de la corte de establecer un gran fondo de garantía; y otras intervenciones de la corte, reflejan un grado de control por parte de ésta que apoya la imposición de estándares fiduciarios para asegurar un justo tratamiento a todas las partes y a los abogados en lo que respecta a honorarios profesionales y gastos.

Id. p. 491. En el mismo caso, la corte siguió adelante para explicar:

Si los actores en sede federal logran obtener cualquier monto de manos del demandado por medio de un acuerdo o una sentencia, un porcentaje de los honorarios de los abogados de tales actores será retenido en una cuenta en custodia. . . . Cualquier abogado que haya trabajado para el beneficio común de todos los actores federales del caso *Zyprexa* . . . puede aplicar para ser compensado con la cuenta de beneficio común.

In re *Zyprexa Prods. Liab. Litig.*, 467 F. Supp. 2d 256, 266 (E.D.N.Y. 2006). La corte, sin embargo, describió este enfoque como equivalente “a una retención, no un impuesto”. Id. Para un reconocimiento adicional del poder que asiste a la corte receptora a fin de gravar los honorarios de casos consolidados por el Panel Judicial de Litigio Multidistrital para procesos previos al juicio, ver In re *Vioxx Prods. Liab. Litig.*, 574 F. Supp. 2d 606 (E.D. La. 2008); In re *Guidant Corp. Implantable Defibrillators Prods. Liab. Litig.*, MDL No. 1708, 2008 WL 682174 (D. Minn. Mar. 7, 2008). En estos casos, la corte receptora afirmó su autoridad para dejar de lado los términos fijados por contrato en materia de honorarios entre los reclamantes y los abogados que ellos contrataron para representarlos en clave individual. Ello así en orden a dar cuenta del beneficio proveído por otros abogados en los procesos consolidados por el Panel Judicial de Litigio Multidistrital. En esta línea, en algunos de los primeros casos de desastres masivos las cortes reconocieron la existencia de autoridad para efectuar varios tipos de análisis de beneficio común en litigios no identificados ni caracterizados judicialmente como una quasi acción de clase. Ver In re *Air Crash Disaster at Florida Everglades on Dec. 29, 1972*, 549 F.2d 1006, 1019 (5th Cir. 1977) (reconociendo autoridad para tomar un ocho por ciento a cuenta del trabajo común desarrollado por los abogados designados por la corte). Ver también In re *MGM Grant Hotel Fire Litig.*, 570 F. Supp. 913, 916–917 (D. Nev. 1983) (señalando el uso del mismo análisis para cubrir los costos del trabajo de *discovery* común efectuado en el marco de la consolidación).

El concepto de “quasi acción de clase” utilizado en *Zyprexa*, *Vioxx*, y *Guidant* se encuentra en una etapa de temprano desarrollo en la doctrina, una etapa que admite mayor refinamiento en el futuro. Para una crítica del concepto como base de la supervisión judicial sobre honorarios profesionales, ver Charles Silver & Geoffrey P. Miller, *The Quasi-Class Action Method of Managing Multi-District Litigations: Problems and a Proposal*, 63 Vand. L. Rev. 107 (2010). Los principios restitutivos no apoyan las órdenes de asignación que

## Capítulo 2

gravan honorarios de los abogados de reclamantes individuales para pagar a los abogados del proceso colectivo. Los arreglos sobre honorarios para la primera clase de abogados típicamente son establecidos por acuerdos de retención entre abogados y clientes, lo cual hace que generalmente no haya bases para una intervención judicial con fundamentos restitutivos. Ver *Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment* § 30, Comentario *b*, 77 (Borrador N° 3, 2004) (“En comparación con las acciones de clase, los honorarios profesionales impuestos por la corte en beneficio de los abogados designados en litigios consolidados frecuentemente aparecen como inconsistentes con principios restitutivos, dado que los litigantes pueden no tener otra opción que aceptar y pagar por ciertos servicios legales como lo ordena la corte. El hecho de que honorarios de este tipo puedan no ser autorizados por esta Sección, sin embargo, probablemente es irrelevante ya que el principal fundamento de aquéllos no es el enriquecimiento injusto sino la conveniencia administrativa.”). Como resultado, las órdenes concernientes a la asignación de honorarios entre los dos tipos de abogados han debido fundar su autoridad en principios de equidad generales distintos del de restitución.

En contraste, órdenes que gravarían directamente las sumas obtenidas en última instancia por los propios reclamantes en la medida que éstos hubieran hecho uso de los beneficios derivados del proceso colectivo —en lugar de órdenes que gravan los honorarios de los abogados que representan a tales reclamantes en las cuestiones remanentes del litigio— se aproximarían mucho más a los principios restitutivos. Con relación a muchos reclamantes, el trabajo realizado por los abogados en el proceso colectivo no se encuentra sujeto a un acuerdo contractual previo sino, más bien, produce un tipo de beneficio no contratado más o menos análogo al trabajo de los abogados de la clase en beneficio de los miembros de la clase ausentes. En las acciones de clase que generan un “fondo común”, los honorarios de los abogados de la clase se pagan con el propio fondo —esto es, con las sumas obtenidas por los miembros de la clase— a menos que haya existido algún tipo de negociación plasmada en un acuerdo transaccional debidamente aprobado. Ver *id.* at 72–74; Charles Silver, *A Restitutionary Theory of Attorneys’ Fees in Class Actions*, 76 *Cornell L. Rev.* 656 (1991).

Más allá de la doctrina judicial emergente, la legislatura pertinente podría, con el tiempo, establecer por medio de estatuto una serie de mejores prácticas concernientes a la asignación de honorarios profesionales. En esta etapa temprana del desarrollo del concepto de “quasi acción de clase”, dichas mejores prácticas deben aun cristalizarse en el mundo real.

## Capítulo 2

*Efecto sobre el derecho vigente.* La sub-sección (a)(1) de esta Sección refleja la vigente Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(f). La sub-sección (a)(2) explica el emergente tratamiento judicial de cuestiones comunes cuando el proceso colectivo no abarca todas las cuestiones presentes en un litigio determinado. Una modificación estatutaria sería necesaria para autorizar el tipo de apelación interlocutoria sobre la decisión del mérito de la cuestión común descrita en la sub-sección (a)(2), si bien modelada de manera muy cercana a la autoridad existente en 28 U.S.C. § 1292(b) para apelaciones interlocutorias de órdenes sobre cuestiones de derecho controlantes.

### § 2.10 Agregación por consentimiento

**Quando razones de justicia así lo requieran, una corte puede autorizar que el tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas o de una cuestión común se produzca por expreso consentimiento de cada reclamante afectado.**

#### **Comentario:**

*a. Discreción para agregar por consentimiento.* Esta Sección reconoce que razones de justicia pueden requerir a la corte acordar tratamiento colectivo a una cuestión común por expreso consentimiento de las personas que habrán de integrar el grupo involucrado. La agregación por consentimiento es diferente del procedimiento para certificación de clase, en el cual los reclamantes pueden ser traídos ante la corte con fundamento en una notificación apropiada y en la no manifestación de su voluntad para excluirse de la acción de clase. Ver § 2.07(a). No obstante, la autorización reconocida en esta Sección no provee una vía para evadir o sortear los principios establecidos en todo este Capítulo sino que, más bien, debe respetar dichos principios en la medida que sean pertinentes bajo las circunstancias del caso.

Sin limitar a las cortes en su identificación de situaciones apropiadas, esta Sección procede sobre la expectativa que la agregación por consentimiento se mantendrá como algo excepcional. Una situación del género puede surgir, por ejemplo, cuando el litigio tiene lugar en los Estados Unidos de América pero involucra principalmente a reclamantes domiciliados en países extranjeros. Una orden judicial que permita a los reclamantes consentir ser vinculados por un proceso colectivo que tramita en los Estados Unidos opera, en sus efectos prácticos, como una invitación al litisconsorcio

## Capítulo 2

o, en la terminología del derecho de las acciones de clase, como un proceso de “optar por incluirse”. La autoridad reconocida en esta Sección pretende no tener efecto sobre los relativamente raros regímenes sustantivos que, en el derecho vigente, explícitamente prevén la agregación en base al derecho de optar por incluirse. La agregación por consentimiento bajo esta Sección, además, no puede conferir a la corte competencia personal cuando ésta, de otra manera, no existiría.

La referencia al “expreso consentimiento de cada reclamante afectado” está formulada para subrayar que el requisito de consentimiento para ser vinculado por los efectos del proceso no necesita provenir de las personas que se oponen al grupo. Con respecto a tales personas, el tratamiento colectivo reconocido en esta Sección se mantendría como no consensual, de la misma manera que en los procesos descritos en §§ 2.07–2.08. Como se reflejó en § 2.07(d), sin embargo, aun la agregación bajo esta Sección no debería comprometer la capacidad de las personas que se oponen al grupo para discutir las pretensiones subyacentes y presentar las defensas sustantivas que fueran pertinentes.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Esta Sección rompe con el derecho vigente en materia de acciones de clase al reconocer la conveniencia, en circunstancias excepcionales, de órdenes judiciales que efectivamente crean una clase conformada por quienes opten por incluirse en ella. Una corte de distrito intentó hacer eso con respecto a cuestiones de responsabilidad planteadas por el accidente de un tren de esquí en Austria, el cual resultó en la muerte de 155 pasajeros y miembros de la tripulación, la gran mayoría de los cuales no eran ciudadanos de los Estados Unidos. *In re Ski Train Fire in Kaprun, Austria* on Nov. 11, 2000, 220 F.R.D. 195 (S.D.N.Y. 2003). La certificación por la corte de una clase conformada por quienes optaran por incluirse, sin embargo, fue revocada por una corte de apelaciones que no encontró autorización para ese tipo de clases en la Regla 23 actual. *Kern v. Siemens Corp.*, 393 F.3d 120 (2d Cir. 2004).

Estatutos vigentes autorizan acciones representativas en base al derecho de optar por incluirse en ciertas áreas sustantivas en particular. Ver, por ejemplo, 29 U.S.C. §§ 216(b) (autorizando acciones bajo la Fair Labor Standards Act (FLSA) “por cualquier trabajador o más de uno de ellos en beneficio de sí mismos y de otros empleados similarmente situados” pero también disponiendo que “[n]ingún empleado será parte actora en este tipo

## Capítulo 2

de acción a menos que otorgue por escrito su consentimiento para convertirse en parte”) & 626(b) (proveyendo para el cumplimiento de la Age Discrimination in Employment Act “en concordancia con los . . . procesos previstos en” 28 U.S.C. § 216). Ver también 15 U.S.C. § 77p(d)(2)(A) (Securities Litigation Uniform Standards Act, preservando autoridad existente que permite a los planes de pensión estatales demandar “como miembro de una clase compuesta únicamente por otros estados, subdivisiones políticas, o fondos de pensión estatales que son actores nominales y que han autorizado la participación en una acción de ese tipo”). Para una detallada discusión sobre el marco de la FLSA, ver 7B Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Mary Kay Kane, *Federal Practice and Procedure* § 1807 (3d ed. 2005).

*Efecto sobre el derecho vigente.* Esta sección rechaza el resultado de *Kern* en cuanto a que una clase conformada por quienes opten por incluirse resulta *per se* impermissible bajo la actual Regla 23 y, en cambio, podría proveer a las cortes con autoridad para crear mecanismos de este tipo (con derecho de opción por incluirse) a fin de lograr una agregación voluntaria de reclamantes por medio de su expreso consentimiento. Suponiendo que la corte de *Kern* leyó apropiadamente la actual Regla 23, una reforma sería suficiente para este propósito.

### § 2.11 Efecto preclusivo de la propia decisión de agregar

**La decisión judicial que rechaza el tratamiento colectivo de una cuestión común o de pretensiones relacionadas por medio de una acción de clase debería dar lugar, por razones de reciprocidad, a una presunción iuris tantum contra peticiones orientadas a obtener el mismo tratamiento colectivo en otras cortes.**

#### **Comentario:**

*a. Potencial para múltiples intentos de certificación de clase.* Esta Sección aborda situaciones en las que la denegatoria de la certificación de clase por una corte precede a los esfuerzos por obtener el mismo o similar tratamiento en otra corte. El potencial de relitigación de la misma o similar cuestión de certificación de clase deriva de las divisiones estructurales dentro del sistema judicial. Dicho potencial de relitigación de la cuestión de la agregación se encuentra reducido por la autoridad del Panel Judicial de Litigio Multidistrital cuando se trata de intentos efectuados en múltiples cortes federales, ya que este Panel puede con-

## Capítulo 2

solidar para los procedimientos previos al juicio aquellos procesos relacionados que se encuentren tramitando dentro del sistema federal (sea sobre la base de que tales procesos fueron promovidos inicialmente en esta jurisdicción o bien por haber sido apropiadamente removidos desde una corte estatal). Hasta ahora no hay una institución comparable para la coordinación de litigios civiles a través de varios estados o entre las cortes federales y las distintas cortes estatales. Como resultado, la denegatoria de certificación de clase por una corte puede dejar a quienes proponen la agregación en libertad para buscar el mismo o similar tratamiento ante una corte de un sistema judicial diferente. Llevado al extremo, este procedimiento tiene el potencial de convertirse en la búsqueda de una corte anómala propensa a certificar una acción de clase previamente rechazada por muchas otras cortes -un problema particularmente presente cuando la conducta cuestionada tiene alcance nacional y da lugar a causas de acción definidas por derecho estatal.

*b. Reciprocidad en lugar de preclusión.* Esta Sección prevé que una denegatoria al pedido de certificación de clase debería generar una presunción *iuris tantum* contra el pedido para obtener el mismo tratamiento colectivo en otra corte. La base para esta presunción no es la preclusión sino, más bien, la reciprocidad. Esto es, la autoridad de la corte subsiguiente para ejercer discreción a la hora de decidir sobre la agregación, de modo tal de evitar, en la medida de lo posible, una fricción innecesaria entre sistemas judiciales. Dicha fricción surge con mayor fuerza cuando la parte que se opone a la certificación plantea en un foro subsiguiente el mismo alegado defecto que derrotó al pedido de certificación de clase en el foro inicial.

La elección de la reciprocidad en lugar de la preclusión como foco de esta Sección se deriva de las dificultades asociadas con esta última doctrina cuando se trata de aplicarla a la denegatoria de una certificación de clase. La mayor dificultad surge del reconocimiento que, en lo que hace a tal denegatoria, los futuros miembros de la clase ausentes no se convirtieron en parte de la acción de clase propuesta ni en personas con atributos propios de la calidad de parte (tales como la capacidad para ser vinculados por las decisiones allí tomadas, como ocurre en una acción de clase debidamente certificada). Tampoco hay garantía alguna de que los eventuales miembros de la clase ausentes se encuentren siquiera en conocimiento de la determinación de la corte sobre su capacidad para promover pretensiones colectivas. La noción según la cual los miembros de la clase ausentes pueden ser vinculados —en el sentido de preclusión de cuestiones— por una decisión sobre certificación dictada en otra corte, aun para la misma acción de clase propuesta, entra en conflicto con la jurisprudencia existente que confina a ciertas categorías, estrechamente defini-

## Capítulo 2

das, las situaciones en las cuales la preclusión puede extenderse para alcanzar a quienes no son parte. La preclusión de cuestiones surgida de la denegatoria de una certificación de clase con respecto a quienes serían miembros de la clase ausentes se acerca al tipo de “representación virtual” desautorizada bajo el derecho vigente.

Aparte de otras limitaciones de debido proceso, la preclusión de cuestiones requiere de por sí que la misma cuestión haya sido litigada y determinada en el proceso donde se produjo la adjudicación que luego se invoca como fuente de efectos preclusivos. El requisito de la “misma cuestión” es relativamente estricto, demandando la litigación y determinación en el proceso inicial no simplemente del mismo tipo de cuestión concerniente a la idoneidad de la agregación sino, más bien, de una cuestión idéntica. La calidad de “misma cuestión” no se presenta cuando la cuestión de la agregación en el primer proceso surgió bajo una regla procesal de la corte que dictó la decisión y la cuestión de la agregación en el proceso subsiguiente surge bajo otra regla procesal —salvo, tal vez, que se trate de una regla formulada en idénticos términos— que no necesariamente debe ser interpretada o aplicada de idéntica manera. La preclusión de cuestiones generalmente no es apropiada en una situación de este tipo, ya que la corte en el proceso subsiguiente debe tener la oportunidad, si así lo desea, de construir su regla procesal de manera diferente en lo que hace a la cuestión de la agregación, siempre dentro del ámbito conferido para ello por el debido proceso constitucional federal. Obstáculos similares a la preclusión de cuestiones pueden también surgir si la denegatoria de la certificación de clase se basa en problemas sobre selección del derecho vigente cuando se trata de pretensiones fundadas en derecho estatal y la corte del proceso subsiguiente decide aplicar, en su análisis sobre la certificación, principios sobre selección del derecho sustantivo aplicable que son materialmente diferentes a los utilizados por la corte inicial.

Sin embargo, aun cuando no puede invocar la preclusión de cuestiones, la corte del proceso subsiguiente debería generalmente ejercitar su discreción para evitar fricciones innecesarias con la corte que denegó inicialmente la certificación de clase. De acuerdo con esto, dicha denegatoria debería ser un elemento relevante a considerar por la corte del proceso subsiguiente, tanto cuando las reglas sobre acciones de clase utilizadas por ambas cortes se encuentran redactadas en términos idénticos, como cuando tales reglas exhiben preocupaciones superpuestas (aun en ausencia de idénticos términos) que hacen que la certificación en el proceso subsiguiente pueda acarrear las consecuencias indeseadas del *forum-shopping* descritas en el Comentario *a*. Bajo el derecho vigente es ya un lugar común que las cortes estatales miren hacia precedentes

## Capítulo 2

federales en materia de acciones de clase para informar la interpretación y aplicación de sus propios requisitos de acción de clase estatal.

*c. Rebatiendo la presunción.* Como ocurre en general con las presunciones legales, aquella establecida en esta Sección es rebatible. La expectativa de esta Sección es que las situaciones de rebatimiento pueden surgir con mayor frecuencia frente a la presunción aquí establecida que en situaciones que involucran otras presunciones utilizadas en el derecho, con relación a las cuales es relativamente raro observar una refutación exitosa.

Una base importante para rebatir la presunción consiste en demostrar una inadecuada representación en conexión con la previa denegatoria de certificación de clase. En este sentido, la corte subsiguiente debería precaverse contra la posibilidad de que haya existido una corrida estratégica del demandado para obtener una determinación de la cuestión de la agregación favorable a sus intereses en el marco de procesos donde los abogados de los reclamantes operan bajo conflictos de interés estructurales. Conflictos que generan un importante potencial para sesgar sistemáticamente sus incentivos a fin de presionar vigorosamente por el uso de la agregación. Ver § 2.07(a)(1) (discutiendo derechos de lealtad en la agregación en términos de conflictos de interés estructurales). Adicionalmente, cuando la base para la denegatoria inicial (tal como la falta de un patrocinio letrado adecuado para representar a la clase propuesta) no se encuentra presente en el proceso subsiguiente (debido al cambio de abogados para dejar el caso en manos de quienes podrían representar adecuadamente a la clase propuesta), la presunción establecida en esta Sección sería refutada.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* In re Bridgestone/Firestone, Inc., Tires Products Liability Litigation, 333 F.3d 763 (7th Cir. 2003), se refiere a los problemas prácticos asociados con los repetidos esfuerzos para obtener en múltiples foros la certificación de una misma acción de clase de alcance nacional. La corte observó: “Aun cuando tan sólo un juez sobre diez crea que una acción de clase de alcance nacional resulta legal, si el actor promueve su demanda en diez estados diferentes la probabilidad de que al menos uno certificará la clase de alcance nacional es del 65%... Promover la acción en 20 estados produce una probabilidad del 88% para alcanzar la certificación de clase nacional”. Id. p. 767. En breve, “[u]na sola decisión positiva sobre la certificación de clase triunfa sobre todas las negativas.” Id. pp. 766–767. Para mayor discusión sobre los problemas generados en la búsqueda de la corte certificadora anómala, ver Samuel

## Capítulo 2

Issacharoff & Richard A. Nagareda, *Class Settlements under Attack*, 156 U. Pa. L. Rev. 1649, 1660–1666 (2008).

La Class Action Fairness Act del año 2005 expandió sustancialmente la posibilidad de promover ante las cortes federales acciones de clase de alcance nacional con pretensiones fundadas en derecho estatal, así como también la posibilidad de remover ese tipo de acciones de las cortes estatales a pedido de los demandados. 28 U.S.C. § 1332(d)(2) (expandiendo la competencia por diversidad para alcanzar las acciones de clase que involucran más de 5 millones de dólares en disputa y presentan una diversidad mínima de ciudadanía). Para un análisis temprano del impacto de la CAFA sobre la práctica de acciones de clase, ver Richard L. Marcus, *Assessing CAFA's Stated Jurisdictional Policy*, 156 U. Pa. L. Rev. 1765 (2008). Una vez en las cortes federales, las acciones de clase propuestas que sean duplicadas o se superpongan con otras se encuentran sujetas a la autoridad general del Panel Judicial de Litigio Multidistrital para coordinar con propósitos previos al juicio “acciones civiles que involucran una o más cuestiones comunes de hecho”. 28 U.S.C. § 1407(a). Para una regla procesal similar en el orden estatal, ver Tex. R. Jud. Admin. 13.

*Comentario b.* En el derecho de las cortes federales, las cortes de un sistema judicial a menudo buscan evitar fricciones innecesarias con las determinaciones realizadas por cortes de otro sistema judicial, no como resultado de la preclusión o de alguna otra obligación legal, sino más bien como resultado de consideraciones de reciprocidad. Para algunas miradas sobre estas doctrinas de reciprocidad, ver en general Richard H. Fallon, John F. Manning, Daniel J. Meltzer & David L. Shapiro, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System* 1049–1140 (6th ed. 2009); 17A Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Edward H. Cooper, *Federal Practice and Procedure* §§ 4244–4247 (3d ed. 2005).

Sobre el rechazo de la “representación virtual” como base para precluir a no-partes, ver *Taylor v. Sturgell*, 128 S. Ct. 2161 (2008). Allí, la Suprema Corte observó que “la regla contra la preclusión sobre no-partes está sujeta a excepciones”. *Id.* p. 2172. La Corte, sin embargo, se apresuró a subrayar que esas excepciones “delinean específicas situaciones” que “aplican en ‘limitadas circunstancias’” *id.* p. 2175 (citando *Martin v. Wilks*, 490 U.S. 755, 762 n. 2 (1989)), ninguna de las cuales se extiende generalmente a la situación de un eventual miembro de la clase ausente con respecto a la denegatoria de la certificación de clase.

Informada por el análisis de los límites de la preclusión sobre no-partes efectuado por la Corte en *Taylor*, esta Sección rechaza la mirada pre-*Taylor* de la Corte de *Bridgestone/Firestone* según la cual la denegatoria de la certificación de clase puede dar lugar a un efecto de preclusión de cuestiones. Aun en el

## Capítulo 2

período pre-*Taylor*, además, el enfoque sobre preclusión de cuestiones tomado en *Bridgestone/Firestone* representaba la mirada minoritaria dentro de los circuitos federales, con otras cortes enfatizando la estrictez del requisito de “misma cuestión” para que se produzca tal preclusión. Ver *J.R. Clearwater Inc. v. Asbland Chem. Co.*, 93 F.3d 176, 180 (5th Cir. 1996); en igual sentido, *In re Gen. Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Prods. Liab. Litig.*, 134 F.3d 133, 146 (3d Cir. 1998) (citando con aprobación *Clearwater*). Sobre el contenido del requisito de “misma cuestión” para la preclusión de cuestiones, ver Restatement Second of Judgments § 27, Comentario *c*; 18 Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure* § 4417. Para un argumento pre-*Taylor* a favor del poder inyuntivo invocado en *Bridgestone/Firestone*, ver Tobias Barrington Wolff, *Federal Jurisdiction and Due Process in the Era of the Nationwide Class Action*, 156 U. Pa. L. Rev. 2035, 2109–2117 (2008).

Para la proposición de que las reglas procesales siguen el rastro de los sistemas judiciales, ver en general *Baker v. General Motors Corp.*, 522 U.S. 222, 239–241 (1998). En *Baker*, la Corte sostuvo que una orden judicial prohibiendo a un ex empleado testificar contra General Motors, dictada en el marco de la acción por despido indebido promovida por tal empleado contra la empresa en una corte estatal de Michigan, no podía evitar que testificara en una acción distinta que versaba sobre responsabilidad por productos elaborados y había sido promovida contra General Motors en una corte estatal de Missouri. La Suprema Corte señaló que la orden judicial de Michigan no podía “exigir obediencia en cualquier otro lugar sobre un asunto [concerniente a la admisibilidad de pruebas bajo la ley de Missouri] respecto del cual la corte de Michigan carece de autoridad para resolver”. *Id.* p. 241.

*Efecto sobre el derecho vigente.* El enfoque de esta Sección puede ser implementado por interpretación judicial, sin necesidad de cambios en las reglas.

## TEMA 4 GESTIÓN JUDICIAL DE LA AGREGACIÓN

### § 2.12 Plan de adjudicación para el proceso colectivo

- (a) **Al autorizar el tratamiento colectivo por vía de una acción de clase de una cuestión común o de pretensiones relacionadas, la corte debería adoptar un plan de adjudicación que explique**
  - (1) **la justificación del tratamiento colectivo basada en los principios de este Capítulo;**
  - (2) **los procedimientos a ser utilizados en el proceso colectivo para determinar la cuestión común, en la medida que el tratamiento colectivo se encuentre limitado a ello; y**
  - (3) **el efecto anticipado que una determinación de la cuestión común tendrá en el proceso de clase y con respecto a cualquier otro proceso sobre las cuestiones remanentes.**
- (b) **En el plan de adjudicación descrito en la sub-sección (a), la corte debería resolver cualquier disputa pertinente relacionada con la viabilidad del tratamiento colectivo.**
- (c) **En el supuesto que la autorización de la corte para el tratamiento colectivo aplique sólo para propósitos transaccionales como se prevé en § 3.06, no se requiere un plan de adjudicación bajo la sub-sección (a).**

#### **Comentario:**

*a. Funciones de un plan de adjudicación.* Esta Sección subraya que las cortes no deberían tomar a la ligera el tratamiento colectivo de una cuestión común o de pretensiones relacionadas. Las cortes, en cambio, sólo deberían habilitar el tratamiento colectivo luego de una cuidadosa consideración de las alternativas procesales a dicho tratamiento (ver § 2.02(a)(1)), una articulación de los procedimientos que se seguirían en el proceso colectivo, y un análisis del

## Capítulo 2

efecto anticipado del proceso sobre el tratamiento de las cuestiones individuales. La insistencia sobre un plan de adjudicación que aborde estos asuntos opera, en la práctica, como un significativo requisito inicial al desautorizar cualquier enfoque que pudiera “agregar primero y hacer las preguntas después”. Esta Sección describe la obligación en cabeza de la corte en términos de formulación de un plan de adjudicación coherente con la autorización para el tratamiento del asunto como acción de clase. Plan que, a su turno, provee un punto central para la revisión en instancia de apelación conforme lo establecido en § 2.09.

La elección del término “plan de adjudicación” en lugar de la formulación más familiar de “plan de enjuiciamiento” está diseñada para evitar la implicación —descriptivamente inexacta— de que los procesos colectivos usualmente proceden a través de un juicio completo. Al mismo tiempo, sin embargo, el apartamiento de la denominación “plan de enjuiciamiento” no pretende sugerir que el marco en el cual la cuestión común podría ser enjuiciada no resulte importante para la determinación sobre si autorizar el tratamiento colectivo. Por el contrario, el juicio —junto con las mociones dispositivas previas al juicio— es la principal vía disponible a fin de ser “utilizada en el proceso colectivo para determinar la cuestión común” dentro del significado de la sub-sección (a)(2).

Al describir el plan de adjudicación como una obligación en cabeza de la corte, esta Sección no deja el diseño de dicho plan solamente en manos de la creación judicial. Más bien, el objetivo es focalizar la atención de los litigantes en el diseño y las consecuencias de la agregación, con la expectativa que las presentaciones de los litigantes fortalecerán la información disponible para la corte sobre ambos temas. El plan de adjudicación también informa, de manera muy relevante, el alcance de la preclusión y de la revisión por apelación interlocutoria de cuestiones que requieren una decisión colectiva.

*b. Identificación de cuestiones y preclusión.* Operativamente, las sub-secciones (a)(2) y (a)(3) trabajan una en apoyo de la otra. La clara y precisa identificación de las cuestiones comunes a ser abordadas en el proceso colectivo —en la medida que sólo sean abordadas cuestiones comunes, ver § 2.08— es importante para permitir que la determinación de esas cuestiones pueda tener efecto preclusivo en otros procesos sobre las cuestiones individuales remanentes.

Cuando la cuestión común será enjuiciada en clave colectiva por un jurado, un enfoque que puede tomar la corte, con asistencia de los abogados, es elaborar como parte del plan de adjudicación una fórmula de veredicto especial para ser utilizada en la determinación de la cuestión común. En el propio proceso colectivo, la fórmula para el veredicto especial serviría su

## Capítulo 2

función usual de dotar de estructura a la consideración del jurado sobre la cuestión común. La redacción de la fórmula para el veredicto especial puede también asistir a la corte a fin de minimizar la necesidad práctica de reconsiderar en procesos subsiguientes la prueba presentada en el proceso colectivo. Ver § 2.06(b).

Adicionalmente, a los fines de la sub-sección (a)(3), la fórmula para el veredicto especial facilitaría en otros procesos la identificación precisa de las cuestiones que fueron litigadas y determinadas en el proceso colectivo. De hecho, las cortes ya utilizan en este sentido fórmulas para veredictos especiales fuera del campo de los procesos colectivos. La fórmula para un veredicto especial puede ser particularmente útil cuando los reclamantes presentan múltiples teorías fácticas con respecto a una cuestión común en particular -digamos, conjuntos alternativos de hechos, cada uno de los cuales alegadamente apoya la configuración de negligencia de parte del demandado. Una fórmula para veredicto especial puede asistir a las cortes en subsiguientes procesos a la hora de establecer cuál de las teorías fácticas alternativas, si es que alguna de ellas, fue utilizada en el proceso colectivo como base para cualquier determinación tomada sobre la cuestión común. Aun cuando la cuestión común en el proceso colectivo no deba ser determinada por un jurado, el desarrollo de una fórmula para veredicto especial o un marco de trabajo similar como parte del plan de adjudicación alienta la cuidadosa consideración del efecto preclusivo como parte de la decisión de agregar. La falta de precisión y especificidad en la fórmula para el veredicto especial tiene un considerable potencial para socavar la capacidad del proceso colectivo sobre una cuestión común de provocar efecto de preclusión de cuestiones en procesos subsiguientes.

Al afirmar que la corte debería considerar el efecto anticipado que la determinación de la cuestión común en el proceso colectivo tendrá sobre otros procesos, la sub-sección (a)(3) no sugiere que la corte pueda predeterminar el efecto preclusivo de sus propios procesos. La sub-sección (a)(3) refuerza en cambio el principio de § 1.03(c) según el cual la agregación debe ser autorizada de forma tal que tenga efecto preclusivo, y, por tanto, la falta de efecto preclusivo debería servir como una significativa señal de que el tratamiento colectivo no resulta apropiado. En orden a aplicar el principio establecido en § 1.03(c) como parte de su decisión de agregar, la corte necesariamente debe pensar en términos del efecto preclusivo anticipado de las determinaciones que se avizora serán efectuadas en el proceso colectivo. De este modo, la obligación establecida en la presente Sección tendiente a que la corte desarrolle un plan de adjudicación para el proceso colectivo sirve una función discipli-

## Capítulo 2

nadora con respecto a si la agregación dará lugar, de hecho, al deseado efecto preclusivo.

*c. Obligación judicial de decidir cuestiones de viabilidad.* La sub-sección (b) se presenta como la contraparte de § 2.06 en materia de viabilidad del tratamiento judicial sobre cuestiones concernientes al contenido del derecho sustantivo aplicable. En línea con el enfoque de § 2.06, la sub-sección (b) obliga a la corte a resolver, como parte de su decisión de agregar, cualquier disputa pertinente relativa a la viabilidad del tratamiento colectivo. Así como una corte no debería rechazar la agregación basada simplemente en la existencia de un desacuerdo entre las partes sobre el contenido del derecho sustantivo aplicable, tampoco debería agregar si existe una genuina cuestión concerniente a la viabilidad del tratamiento colectivo. En lugar de eso, la corte debería resolver cualquier cuestión del género. Un trabajo que puede implicar la resolución de disputas entre testigos expertos en competencia con relación a las técnicas realísticamente disponibles para el tratamiento colectivo.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* La noción de un plan de enjuiciamiento es ya una característica bien establecida en el derecho de los procesos colectivos, ver, por ejemplo, Manual for Complex Litigation (Fourth) § 22.756 (2004), y, efectivamente, también del proceso civil para juicios ordinarios, ver en general la Reg. Fed. de Proc. Civ. 16(e). El plan de adjudicación contemplado en la presente Sección debería consistir no sólo en un manual de “cómo hacer” para el proceso colectivo, sino también en una explicación de por qué la corte considera apropiada esa vía procesal. Ver § 2.02(a)(1) Si bien la carga de justificación en el marco de un plan de adjudicación no es alta, las cortes deberían brindar alguna guía sobre por qué los procedimientos elegidos habrían de avanzar materialmente la resolución de la disputa. En este aspecto, una corte puede elegir de una larga lista de procedimientos experimentales que han sido testeados en procesos complejos. En línea con lo establecido en § 2.02(b), esas técnicas incluyen *bellwether trials*, bifurcación de pretensiones o de responsabilidades y remedios, juicios por etapas, y el uso de procedimientos para simplificar el litigio. Para una útil discusión de estos modos de enfrentar el asunto, ver Edward F. Sherman, *Segmenting Aggregate Litigation: Initiatives and Impediments for Reshaping the Trial Process*, 25 Rev. Litig. 691 (2006).

*Comentario b.* Consistente con el enfoque general de estos Principios, el principal objetivo es proveer a los litigantes de una clara y equitativa resolución

## Capítulo 2

final de las pretensiones sobre bases que puedan permitir actuar a la preclusión. El uso de veredictos especiales es una técnica que permite a un veredicto tener claro valor de preclusión en subsiguientes litigios. Se trata, además, de una técnica cuyo uso se apoya en autoridad de larga data en el campo de los litigios civiles. Ver, por ejemplo, Reg. Fed. de Proc. Civ. 49(a)(1) (“La corte puede requerir al jurado la presentación de tan sólo un veredicto especial en la forma de postulados escritos sobre las determinaciones efectuadas respecto de cada cuestión de hecho”). El derecho procesal confiere a la corte considerable discreción para implementar veredictos especiales. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 49(a)(2) (“La corte debe dar las instrucciones y explicaciones que sean necesarias para permitir al jurado efectuar las determinaciones sobre cada cuestión a él sometida”). Las cortes miran los veredictos especiales para clarificar qué fue lo que efectivamente determinó el jurado en un proceso previo y poder, de tal modo, establecer si hay o no preclusión de cuestiones sobre un proceso subsiguiente. Ver, por ejemplo, *Recoveredge L.P. v. Pentecost*, 44 F.3d 1284, 1291 (5th Cir. 1995); *In re McNallen*, 62 F.3d 619, 626 (4th Cir. 1995). Cuando la fórmula del veredicto especial carece de precisión y especificidad, la determinación de una cuestión común en clave colectiva puede ser impugnada como no apta para generar preclusión de cuestiones en procesos subsiguientes. Ver *Brown v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 576 F. Supp. 2d 1328 (M.D. Fla. 2008), apelación pendiente, No. 08-90023-J (11th Cir. Nov. 3, 2008) (sosteniendo que la determinación de cuestiones comunes en acciones de clase por consumo de tabaco no generaron preclusión de cuestiones en acciones individuales promovidas por fumadores luego de la de-certificación).

*Efecto sobre el derecho vigente.* El enfoque de esta Sección describe una práctica ampliamente aceptada en sede judicial con respecto a planes de enjuiciamiento bajo el derecho vigente.



## ACUERDOS COLECTIVOS

### TEMA 1 PRINCIPIOS COMUNES PARA ACUERDOS DE CLASE Y OTROS ACUERDOS COLECTIVOS

#### § 3.01 Principios generales de los acuerdos

- (a) **Reclamantes y demandados puede resolver procesos colectivos mediante acuerdo en términos que podrían no estar disponibles como remedios en casos contenciosos, siempre que cualquier acuerdo del género disponga un tratamiento equitativo entre los reclamantes.**
- (b) **Las acciones de clase también pueden ser resueltas mediante acuerdo en términos que pueden incluir remedios no disponibles en casos contenciosos siempre que el acuerdo sea justo, razonable y adecuado, y siempre que el patrocinio letrado de la clase represente adecuadamente a todos los reclamantes que estarán sujetos al mismo. La justicia del acuerdo debe ser abordada por la corte como parte de su procedimiento de aprobación.**
- (c) **Las impugnaciones de los acuerdos colectivos posteriores a la sentencia son desfavorecidas, a menos que ningún procedimiento adecuado para efectuar una impugnación contemporánea a la sentencia hubiera estado disponible. Por tanto, deberían ser limitadas como se establece en este Capítulo.**

#### **Comentario:**

*a. Alcance.* Mientras que hay ciertas características comunes a todos los procesos colectivos en lo que hace a las limitaciones sobre las partes para

### Capítulo 3

controlar el trámite, las consideraciones relativas a las acciones de clase difieren significativamente de aquellas relativas a procesos colectivos que no asumen esa modalidad. Las acciones de clase son acciones representativas; los miembros de la clase ausentes normalmente no seleccionan a los representantes de la clase ni a sus abogados, y típicamente carecen de relación contractual con tales abogados. (Existen algunas variaciones del modelo de acción de clase definidas por estatuto. Bajo la Private Securities Litigation Reform Act, por ejemplo, el actor designa su patrocinio letrado sujeto a la aprobación de la corte.) Ningún acuerdo de clase puede ser alcanzado sin que una corte certifique la clase, y todos los acuerdos de clase se encuentran sometidos a revisión y aprobación judicial. Acuerdos colectivos fuera del ámbito de las acciones de clase, en contraste, involucran abogados que han sido elegidos por reclamantes individuales y cuya relación está sujeta a un contrato. Los acuerdos colectivos que no son acuerdos de clase normalmente no requieren aprobación de la corte. Su mecanismo de aprobación es gobernado por el contrato que los reclamantes tienen con sus abogados, y se encuentra sujeto a reglas de responsabilidad profesional. Si bien los jueces algunas veces revisan estos acuerdos debido a potenciales conflictos o por la presencia de menores, ello continúa siendo la excepción. De hecho, muchos acuerdos colectivos fuera del ámbito de las acciones de clase tiene lugar sin que las demandas en beneficio de muchas de las partes afectadas hayan sido siquiera promovidas.

Como resultado de lo expuesto y sin perjuicio de esta Sección, que establece principios aplicables tanto a acuerdos colectivos de clase como a los celebrados en otros contextos procesales, ambos tipos de acuerdo son tratados separadamente. Los principios aplicables a los acuerdos de clase son discutidos en §§ 3.02–3.14. Los principios aplicables a los acuerdos colectivos celebrados fuera del contexto de acciones de clase son discutidos en §§ 3.15–3.18. Al igual que los Capítulos 1 y 2, el presente Capítulo no aborda el uso de los procesos de quiebra para resolver pretensiones civiles, y tampoco aborda los acuerdos *parens patriae*.

*b. Los acuerdos son una característica normal de los procesos, incluidos los procesos colectivos.* La finalidad de este Capítulo es asegurar que los acuerdos no se vean indebidamente impedidos y, al mismo tiempo, requerir protecciones para obtener justicia para la clase en cualquier acuerdo que se alcance. La litigación de pretensiones sobre las cuales las partes desean acordar impone innecesarios costos al sistema judicial y las partes.

*c. Acuerdos en términos no permisibles en litigios contenciosos.* En el contexto de un caso contencioso, principios fundamentales de debido proceso, remedio

### Capítulo 3

y de otras áreas del derecho imponen sustanciales limitaciones sobre el tipo de condena que puede ser impuesta. Por ejemplo, un jurado ordinariamente debe liquidar las sumas de dinero debidas a un reclamante particular teniendo en cuenta todos los factores que influyen sobre ese tipo de recuperos. En el contexto de un acuerdo, sin embargo, esas mismas limitaciones pueden no aplicar. Como será discutido en § 3.07, por ejemplo, un mecanismo de *cy pres* bien puede ser una forma viable para acordar un proceso colectivo aun cuando, en un caso contencioso, los mismos reclamantes pueden no verse compelidos a aceptar una sentencia de *cy pres* en lugar de daños individualizados. Como otro ejemplo tenemos el hecho que los acuerdos colectivos algunas veces ignoran factores que podrían influenciar el tamaño de los veredictos del jurado, por ejemplo, al tratar a todas las personas comprendidas en particulares categorías de enfermedades de igual manera, sin detallada prueba sobre circunstancias individuales.

*d. Momento para impugnar los acuerdos.* Tanto para los acuerdos colectivos de clase como para los que se celebran en otros contextos procesales, el enfoque de este Capítulo requiere que, con limitadas excepciones, cualquier impugnación a un acuerdo sea efectuada en el momento que tal acuerdo es alcanzado (y, de ser aplicable, aprobado por la corte). Este enfoque permite a la corte de juicio y a las partes abordar potenciales problemas antes de que el acuerdo se convierta en definitivo, por oposición a esperar y plantear las cuestiones por vía de un ataque colateral. En el contexto de las acciones de clase, este procedimiento es facilitado mediante la autorización de una temprana revisión en instancia de apelación de las cuestiones relativas al acuerdo de clase. Ver § 3.12.

Cabe destacar que el objetivo de alcanzar una solución final con el acuerdo y requerir que las impugnaciones a éste se realicen al momento de su celebración, no clausura los cuestionamientos posteriores que pueden ser realizados por reclamantes contra sus abogados con causa en agravios relacionados con dicho acuerdo. Ver § 3.14(b).

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Para autoridades que reconcen una fuerte política a favor de la celebración de acuerdos en el marco de procesos colectivos, ver, por ejemplo, *In re Warfarin Sodium Antitrust Litig.*, 391 F.3d 516, 534 (3d Cir. 2004); *In re Gen. Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Prods. Liab. Litig.*, 55 F.3d 768, 784 (3d Cir. 1995); Edward H. Cooper, *Aggregation and*

### Capítulo 3

*Settlement of Mass Torts*, 148 U. Pa. L. Rev. 1943, 1979–1980 (2000). Para una discusión sobre *parens patriae*, ver § 1.02, Nota de los Reporteros, *supra*.

*Comentario b.* El concepto de acuerdos *cy pres* es discutido en § 3.07. Para autoridades apoyando la posición según la cual las sumas obtenidas con causa en un acuerdo no necesariamente deben concordar con los requisitos de las decisiones en casos contenciosos, ver, por ejemplo, *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 21.662, p. 333 n.1001 (2004).

*Comentario c.* Restricciones sobre impugnaciones colaterales a acuerdos de clase son discutidas en § 3.14.

*Comentario d.* Pocos comentaristas han abordado los acuerdos colectivos celebrados fuera del contexto de las acciones de clase. Para notables excepciones, ver, por ejemplo, Elizabeth Chamblee Burch, *Procedural Justice in Nonclass Aggregation*, 44 Wake Forest L. Rev. 1 (2009); Howard M. Erichson, *A Typology of Aggregate Settlements*, 80 Notre Dame L. Rev. 1769 (2005); Howard M. Erichson, *Beyond the Class Action: Lawyer Loyalty and Client Autonomy in Non-Class Collective Representation*, 2003 U. Chi. Legal F. 519; Charles Silver & Lynn A. Baker, *Mass Lawsuits and the Aggregate Settlement Rule*, 32 Wake Forest L. Rev. 733 (1997); Nancy J. Moore, *The Case Against Changing the Aggregate Settlement Rule in Mass Tort Lawsuits*, 41 S. Tex. L. Rev. 149 (1999). Para algunas de las muchas discusiones sobre acuerdos en acciones de clase, ver, por ejemplo, Roger C. Cramton, *Individualized Justice, Mass Torts, and “Settlement Class Actions”*: An Introduction, 80 Cornell L. Rev. 811 (1995); Richard A. Nagareda, *Closure in Damage Class Settlements: The Godfather Guide to Opt-Out Rights*, 2003 U. Chi. Legal F. 141.

*Efecto sobre el derecho vigente.* La implementación de estos principios cambiaría el derecho vigente como es explicado en §§ 3.02–3.18.

## TEMA 2 ACUERDOS DE CLASE

### § 3.02 Aprobación judicial del acuerdo en acciones de clase

- (a) **Una acción de clase certificada puede ser acordada, transigida o desistida sólo después de haberse practicado una notificación apropiada a la clase y de contar con la aprobación de la corte.**
- (b) **Antes que una acción de clase sea certificada, un acuerdo o desistimiento que involucre a los representantes nominales de la clase puede ser consumado sólo si es aprobado por la corte. Cuando un acuerdo o desistimiento propuesto no involucra ningún pago u otra consideración especial hacia los abogados o los representantes nominales, la corte debería presumir la conveniencia de no litigar la pretensión y raramente debería denegar la aprobación o requerir notificación a la clase.**

#### **Comentario:**

*a. Tratamiento de acuerdos de clase.* Esta Sección, que requiere la aprobación judicial de cualquier acuerdo celebrado en beneficio de una clase certificada, es consistente con la práctica federal y con la práctica en cada uno de los estados que permiten acciones de clase, esto es, todos los estados salvo Mississippi. Debido a que una acción de clase es una acción representativa, los derechos de los miembros de la clase serán adjudicados aun cuando tales individuos no están presentes en la corte y pueden no estar siquiera monitoreando el proceso. De hecho, en la vasta mayoría de las situaciones los miembros de la clase ausentes no habrán jugado ningún rol en la selección del representante de la clase o sus abogados. Ver § 1.05, Notas de los Reporteros (discutiendo la separación de titularidad y control en procesos colectivos). Debido a estas características únicas de las acciones de clase, es extremadamente importante que se impongan ciertas protecciones. Entre ellas está el requisito de que cualquier resolución que sería vinculante sobre

### Capítulo 3

la clase se encuentre sujeta a notificación y aprobación judicial. Adicionalmente, para acciones que tienen por objeto remedios divisibles, el derecho de optar por excluirse debe ser otorgado a todos los miembros de la clase al momento de notificarse la decisión de certificación. Ver § 2.07(a)(2).

En acciones de clase que persiguen un remedio divisible, los requisitos de notificación y aprobación judicial reconocen el potencial de conflicto entre los miembros de la clase (quienes buscan maximizar sus propios recuperos, netos de honorarios) y los abogados de la clase (quienes pueden tener un incentivo económico para maximizar sus honorarios, aun si el resultado es menos dinero disponible para la clase).

En una amplia gama de acciones de clase, especialmente aquellas organizadas para superar el bajo valor de las pretensiones individuales, no se puede confiar sólo en los representantes de la clase para asegurar una representación adecuada y libre de conflictos de parte de los abogados de la clase. En muchos supuestos, los representantes de la clase son poco más que un medio (asegurando que los requisitos mínimos para la existencia de un caso o controversia se encuentren reunidos), y el litigio es controlado entera o principalmente por los abogados de la clase. Mientras que los acuerdos son una forma apropiada de resolver litigios de clase, existe el riesgo que en algunos casos los demandados puedan intentar “comprar” a los representantes y sus abogados, ofreciendo para ello incentivos especiales que maximicen el recupero de un sector de la clase o de los abogados a expensas de la clase como un todo. Idealmente, las obligaciones éticas y fiduciarias de los abogados de la clase hacia los miembros de ésta, así como el interés de aquéllos en mantener su reputación, deberían proveer incentivos para que los abogados de la clase maximicen el recupero para la clase. No obstante, la revisión y aprobación judicial de los acuerdos de clase es crítica. Otras medidas que pueden estar disponibles para asegurar un tratamiento justo a los miembros de la clase son la designación de un *special master* u otros adjuntos de la corte (ver § 3.09) y el aliento al planteo de objeciones meritorias (ver § 3.08).

Una forma complicada de colusión involucra la llamada “subasta inversa”, en la cual varios abogados actores compiten para alcanzar un acuerdo de clase con un demandado. El demandado se beneficia de la posibilidad de seleccionar el abogado actor que le ofrezca los mejores términos para el acuerdo (desde el punto de vista del demandado). Tales acuerdos provocan serias preocupaciones potenciales, incluyendo la inadecuada representación por parte de los abogados de la clase y los representantes de la clase.

La sub-sección (a) aborda los acuerdos alcanzados luego de que la clase es certificada. Una categoría separada de acuerdos de clase involucra

### Capítulo 3

la situación en que las partes buscan simultáneamente la certificación y la aprobación del acuerdo. Esa categoría es abordada en § 3.06.

*b. Tratamiento de acuerdos celebrados por representantes de la clase antes de la certificación.* Considerable controversia ha rodeado el tratamiento de acuerdos celebrados por representantes de la clase antes de la certificación. Algunas cortes y comentaristas han reconocido que los representantes de la clase pueden, en ciertas ocasiones, utilizar su poder de negociación como representantes para obtener grandes acuerdos personales. En efecto, los representantes de la clase pueden a menudo actuar como guardianes de la puerta de entrada al proceso colectivo. Los demandados muchas veces están dispuestos a pagar premios de este tipo en la esperanza que, cuando los representantes de la clase desistan de sus pretensiones individuales, no habrá nuevos actores que tomen la posición de representantes de clase, eliminando así la amenaza de una sentencia de clase. Otras cortes han expresado preocupación por el hecho que los miembros de la clase que confiaron en la pendencia de la acción de clase putativa como razón para no promover demandas individuales pueden inadvertidamente haber dejado prescribir su acción si la acción de clase putativa es desistida sin advertencia alguna. Estas preocupaciones han llevado a algunas cortes y comentaristas a argumentar sobre la necesidad de revisión judicial de acuerdos o desistimientos efectuados por los representantes de la clase antes de la certificación. Otras cortes y comentaristas, sin embargo, no creen que las cortes deban supervisar resoluciones o desistimientos previos a la certificación dado que tales disposiciones no vinculan a nadie en la clase putativa excepto al representante particular que celebra el acuerdo o desiste de su caso. Las reformas del año 2003 a la Regla 23 optaron por este último enfoque y permiten acuerdos previos a la certificación sin necesidad de aprobación judicial.

Esta Sección postula el enfoque de requerir una supervisión judicial limitada. Los potenciales riesgos de que acuerdos o desistimientos previos a la certificación ocurran sin escrutinio judicial justifican una regla requiriendo que tales acuerdos tengan efecto sólo con una aprobación judicial previa, luego de que la corte haya tenido oportunidad de revisar sus términos, incluyendo los honorarios pagados a los abogados. El propio requisito de aprobación judicial puede disuadir a las partes de entrar en problemáticos acuerdos previos a la certificación.

En muchos de los casos, tal vez en la mayoría, la aprobación de la corte será virtualmente automática. Por ejemplo, como se refleja en § 3.02(b), cuando se propone un desistimiento en el cual ni el patrocinio letrado putativo de la clase ni el cliente reciben beneficio monetario alguno, hay pocas o ninguna razón para preocuparse de que el acuerdo sea un esfuerzo para utilizar la

### Capítulo 3

amenaza de la acción de clase a fin de recibir un acuerdo que no hubiera estado justificado de haberse planteado el caso como una acción individual. Lo mismo puede ser cierto si efectivamente hay un beneficio monetario para los abogados de la clase y para la clase, pero se trata de un pago nominal o de algún otro modo insustancial a la luz de las pretensiones individuales que están siendo acordadas.

*c. Necesidad de notificación por la corte.* Si bien esta Sección requiere aprobación judicial para desistimientos o transacciones previas a la certificación, sólo en raras circunstancias la corte podría verse en la necesidad de practicar notificaciones del desistimiento o acuerdo a los miembros de la clase putativa. La excepcional circunstancia que puede requerir la práctica de notificaciones sería aquella en que el caso, aun antes de la certificación, ha recibido una publicidad tan extensa que la corte puede razonablemente estar preocupada de que los miembros putativos de la clase confiaban en este proceso como razón para no promover demandas individuales. En esos casos hay un riesgo de que, en ausencia de alguna forma de notificación, tales miembros putativos de la clase puedan haber dejado prescribir involuntariamente sus acciones, dado que cualquier efecto suspensivo que pudiera haber con relación al plazo de prescripción cesaría automáticamente con el desistimiento de la acción de clase propuesta.

Aun si la corte decide que el caso es uno de los raros en que se requiere la notificación del acuerdo o desistimiento previos a la certificación, ella no debería verse restringida en el modo de enfocar el tema de la notificación. La notificación individual es un procedimiento costoso y que consume mucho tiempo. Bien puede la corte decidir, por ejemplo, que la cobertura de prensa de casos de alto perfil como éste, otras publicaciones, o la notificación por Internet son suficientes para alertar a los miembros putativos de la clase sobre el desistimiento o la transacción.

*d. Opciones si la corte determina que los representantes y los abogados no son adecuados.* Si la corte se rehúsa a permitir que un representante y los abogados de la clase avancen con un acuerdo o un desistimiento previo a la certificación, puede enfrentarse con un dilema cuando el acuerdo propuesto refleja un intento de los abogados de la clase o del representante para obtener un gran pago presionando con la amenaza de la acción de clase. La corte puede concluir, como resultado del acuerdo propuesto, que los abogados y representantes putativos de la clase no son adecuados para representar a esta última. En este punto, las opciones de la corte serían (1) rechazar las alegaciones sobre acción de clase con fundamento en la inadecuada representación, o (2) dejar el caso abierto por un corto período de tiempo para permitir que

otros representantes y abogados putativos de la clase den un paso adelante y asuman la representación. De implementar la última alternativa, la corte puede considerar la posibilidad de un rechazo condicionado a que el demandado extienda el plazo de prescripción para permitir a nuevos abogados y representantes dar ese paso adelante.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Para autoridades discutiendo los potenciales conflictos entre miembros de la clase y abogados de la clase, ver, por ejemplo, John C. Coffee, Jr., *Class Wars: Evaluating the Selection of Class Counsel by Auction*, 95 Colum. L. Rev. 1343, 1367–1384 (1995). *Georgine v. Amchem Products, Inc.*, 80 Cornell L. Rev. 1045, 1048 (1995). Para autoridades discutiendo la necesidad de revisión y aprobación judicial de los acuerdos de clase, ver, por ejemplo, *Knisley v. Network Assocs., Inc.*, 312 F.3d 1123, 1125 (9th Cir. 2002) (Kozinski, J.) (señalando la necesidad de revisión judicial de los acuerdos debido a la posibilidad de que “los abogados de la clase pueden entrar en colusión con los demandados, reduciendo tácitamente el acuerdo en su totalidad a cambio de honorarios profesionales más altos”); L. Elizabeth Chamblee, *Unsettling Efficiency: When Non-Class Aggregation of Mass Torts Creates Second-Class Settlements*, 65 La. L. Rev. 157, 159 (2004); Sylvia R. Lazos, Note, *Abuse in Plaintiff Class Action Settlements: The Need for a Guardian During Pretrial Settlement Negotiations*, 84 Mich. L. Rev. 308, 316–325 (1985).

Para autoridades discutiendo las “subastas inversas”, ver, por ejemplo, *Reynolds v. Beneficial Nat’l Bank*, 288 F.3d 277, 282 (7th Cir. 2002) (Posner, J.) (colectando autoridades); John C. Coffee, Jr., *Class Wars: Evaluating the Selection of Class Counsel by Auction*, 95 Colum. L. Rev. 1343, 1370–1373 (1995). *Class Certification and Blackmail*, 78 N.Y.U. L. Rev. 1357, 1404 (2003).

*Comentario b.* Para casos requiriendo aprobación de la corte de acuerdos celebrados antes de la certificación, ver, por ejemplo, *Shelton v. Pargo, Inc.*, 582 F.2d 1298, 1306 (4th Cir. 1978) (señalando que “la Corte de Distrito debería tener tanto el poder como el deber, en miras a su poder de supervisión sobre y su especial responsabilidad en acciones promovidas como acciones de clase, como se encuentra establecido en 23(d), para cuidar que la parte representativa no haga nada . . . que pueda perjudicar injustamente a los miembros de la clase”) (nota a pie de página omitida); *Roper v. Consurve, Inc.*, 578 F.2d 1106, 1110–1111 (5th Cir. 1978), *aff’d*, 445 U.S. 326 (1980); *Diaz v. Trust Territory of Pac. Islands*, 876 F.2d 1401, 1408 (9th Cir. 1989). El enfoque tomado en

### Capítulo 3

esta Sección es consistente con la práctica actual en California bajo la Cal. R. Ct. 3.770(a), la cual establece que en todas las acciones de clase, putativas o certificadas, “[e]l desistimiento de una acción de clase completa, o de cualquier parte o causa de acción en una acción de clase, requiere aprobación judicial.” La regla de California no requiere notificación para todos los miembros de la clase antes de la certificación si la corte determina que no habrá perjuicio a sus intereses. Cal. R. Ct. 3.770(c). Ver también Or. R. Civ. P. 32(D) (requiriendo aprobación judicial y notificación “a algunos o todos los miembros de la clase en la forma que la corte lo disponga”, excepto que un desistimiento sin notificación “puede ser ordenado . . . si se demuestra que no hay compensación en forma alguna que haya pasado directa o indirectamente desde la parte que se opone a la clase hacia el representante de la clase o su abogado y que no se ha hecho ninguna promesa de compensación de este tipo”).

A la luz de las reformas del año 2003 a la Regla 23, diversas cortes reconocen ahora el derecho absoluto de los representantes de la clase para acordar sobre sus pretensiones antes de la certificación sin necesidad de aprobación judicial. Ver, por ejemplo, *Eckert v. Equitable Life Assurance Soc’y*, 227 F.R.D. 60, 62 (E.D.N.Y. 2005) (“debido a que la aceptación del acuerdo por el [representante putativo de la clase] fue sólo en beneficio de sus pretensiones en lugar de las de la clase certificada, [el] no necesita obtener permiso de la corte antes de desistir de la acción”); *Aikens v. Deluxe Fin. Servs.* No. 01-2427-CM, 2005 U.S. Dist. LEXIS 8079, at \*18 (D. Kan. Mar. 2, 2005); *Daniels v. Bursey*, No. 03 C 1550, 2004 U.S. Dist. LEXIS 20950, at \*17–\*18 (N.D. Ill. Oct. 19, 2004). Significativamente, sin embargo, aun después del 2003 algunas cortes han entendido que se requiere la revisión de los acuerdos celebrados antes de la certificación. Ver, por ejemplo, *Doe v. Lexington-Fayette Urban County Gov’t*, 407 F.3d 755, 761–764 (6th Cir. 2005) (encontrando que la corte de distrito incurrió en error al rehusarse a notificar a la clase putativa del acuerdo celebrado antes de la certificación ya que “los miembros putativos de la clase probablemente fueron llevados a creer que sus pretensiones continuaban siendo preservadas”); *Griffith v. Javitch, Block & Rathbone, LLP*, 358 B.R. 338, 342 (S.D. Ohio 2007) (“[A]un bajo la actual versión de la Regla, la Corte tiene un deber hacia los miembros putativos de la clase que le demanda examinar si puede resultar algún perjuicio del desistimiento de [una] pretensión [antes de la certificación]”); *Ramirez v. Cintas Corp.*, No. C 04-00281 JSW, 2007 WL 4410414, at \*1 (N.D. Cal. Dec. 14, 2007) (“Asumiendo sin decidir que la Regla 23 aplica en esta instancia” la corte permitió a los representantes de la clase desistir su pretensión sin notificaciones); *Cramblit v. City of Columbus, Ohio*, No. 2:05-CV-301, 2006 WL 1735329, at \*1 & n.1 (S.D. Ohio June 21,

### Capítulo 3

2006) (revisando y aprobando una moción conjunta para desistir pretensiones de la clase; la corte reconoce la reforma del 2003 pero descansa sobre reglas y jurisprudencia previas a esa reforma al ejercer la revisión); Manual for Complex Litigation (Fourth) § 21.61, p. 309 n.948 (2004) (señalando que, a pesar de las reformas del año 2003 a la Regla 23, “en ciertas situaciones en las que un desistimiento puede representar un abuso del procedimiento de acción de clase, la corte debería indagar en las circunstancias detrás del desistimiento”).

La regla de California requiere que las partes que buscan un desistimiento previo a la certificación “claramente afirmen [en una declaración] si alguna consideración, directa o indirecta, está siendo dada por la contraria con causa en el desistimiento” y “describan tal consideración en detalle”. Cal. R. Ct. 3.770(a). Ver también Or. R. Civ. P. 32(D) (citado más arriba) (notificación no requerida cuando no ha habido consideración alguna que cambie de manos). Para un ejemplo de una decisión aprobando sumariamente un desistimiento previo a la certificación donde el actor no recibió consideración alguna bajo el desistimiento propuesto, ver *Zavala v. Takata Corp.*, No. BC 277327, 2006 WL 4511430, at \*1 (Cal. Super. Ct. Dec. 22, 2006) (desistiendo uno de varios demandados).

*Comentario c.* Discutiendo acuerdos previos a la certificación, una corte ha identificado tres propósitos que cumple la notificación del acuerdo o desistimiento: (1) “protege al *demandado* al evitar que un actor anexe las alegaciones de clase a su demanda en orden a extraer un acuerdo más favorable”; (2) “protege a la clase de objetables remedios estructurales, concesiones entre remedios compensatorios y estructurales, o del agotamiento de fondos limitados disponibles para pagar las pretensiones de la clase”; y (3) “protege a la clase del perjuicio que de otro modo sufriría si sus miembros omitieron promover demanda debido al conocimiento de la acción de clase en trámite”. *Diaz*, 876 F.2d at 1409 (énfasis en el original).

Para casos discutiendo la suspensión del plazo de prescripción en el contexto de acciones de clase, ver, por ejemplo, *Crown, Cork & Seal Co. v. Parker*, 462 U.S. 345, 354 (1983) (la promoción de una acción de clase putativa suspende el curso del plazo de prescripción para los miembros de la clase putativa “hasta que la certificación de la clase es denegada”); *Armstrong v. Martin Marietta Corp.*, 138 F.3d 1374 (11th Cir. 1998) (en banc) (la suspensión cesa con la denegatoria de la corte a la certificación de clase, aun si se intenta una apelación contra tal denegatoria); *Culver v. City of Milwaukee*, 277 F.3d 908, 914 (7th Cir. 2002) (Posner, J.) (señalando que la suspensión provocada por una acción de clase putativa cesa “cuando el caso es rechazado sin efectos sobre el fondo del asunto”). Para casos que

### Capítulo 3

muestran preocupación sobre perjuicios para los miembros de la clase luego de la suspensión del plazo de prescripción, ver, por ejemplo, *Culver*, 277 F.3d at 914 (ordenando notificación de la de-certificación de la clase por la preocupación de que “cuando [una acción de clase] es rechazada sin efectos sobre el fondo del asunto o cuando la certificación de la clase es denegada, el plazo de prescripción comienza a correr nuevamente para los miembros de la clase”; “[a] menos que sean notificados de que la demanda fue desistida, ellos pueden no promover sus propias demandas y por tanto fallar en retomar sus acciones en plazo oportuno, encontrando como resultado a sus acciones prescriptas sin saberlo”). Para un caso sosteniendo que la notificación de un desistimiento o de-certificación de una acción de clase no es necesaria cuando el caso ha atraído poca publicidad, ver, por ejemplo, *Clarke v. Ford Motor Co.*, 228 F.R.D. 631, 637 (E.D. Wis. 2005) (no se requiere notificación de la de-certificación de una clase bajo la Regla 23(b)(2) porque ninguna notificación fue cursada a la clase al momento de la certificación).

*Comentario d.* Si bien al rechazar un acuerdo celebrado con representantes de la clase antes de la certificación una corte debería tener la opción de dejar el caso abierto por un breve período para permitir que representantes y abogados adecuados den un paso adelante y tomen el control del caso, este mecanismo es utilizado principalmente cuando las partes han logrado ya un progreso sustancial hacia la etapa de juicio o bien cuando hay indicaciones de que otros representantes se presentarán. Comparar, por ejemplo, *Birmingham Steel Corp. v. Tenn. Valley Auth.*, 353 F.3d 1331 (11th Cir. 2003) (la corte de distrito abusó en su discreción al ordenar la de-certificación sin proveer oportunidad para que nuevos representantes de la clase sustituyan a los anteriores; el caso estaba en una etapa avanzada, posterior al *discovery*, y listo para el juicio), con *Culver*, 277 F.3d 908 (confirmando la de-certificación sin antes mantener el caso abierto para nuevos representantes porque no había indicios de posibles voluntarios futuros).

*Efecto sobre el derecho vigente.* El requisito de notificación apropiada y aprobación de la corte para los acuerdos de clase es consistente con el derecho vigente. El requisito de aprobación judicial de acuerdos celebrados antes de la certificación con representantes de la clase requeriría un cambio del sistema federal y de toda otra jurisdicción que tenga un enfoque similar a la Regla 23(e)(1)(A). Para autoridad en el derecho vigente consistente con el enfoque abogado aquí sobre los acuerdos previos a la certificación de clase, ver Cal. R. Ct. 3.770(a).

### § 3.03 Audiencia y procedimiento de revisión de los acuerdos de clase

**Al revisar un acuerdo de clase propuesto, la corte debe involucrarse en un procedimiento de dos pasos:**

- (a) **Antes de aprobar la notificación, la corte debe efectuar una revisión preliminar del acuerdo. El propósito de esta revisión preliminar es determinar si hay algún defecto en la notificación propuesta o si existen otras irregularidades formales o sustantivas que puedan justificar retener las notificaciones. La revisión preliminar no es, sin embargo, un sustituto para la completa y cuidadosa revisión que debe efectuarse sobre el acuerdo al momento de la audiencia sobre la justicia del mismo conforme lo dispuesto en la sub-sección (b) En cualquier orden que siga a la revisión preliminar, la corte debe establecer una agenda para la formulación de presentaciones en apoyo de la moción para aprobar el acuerdo y la moción para los honorarios de los abogados. Ausentes especiales circunstancias, la agenda debería proveer un plazo razonable para que los miembros de la clase y los objetores respondan luego de efectuadas tales presentaciones.**
- (b) **Después de la notificación y una oportunidad para presentar objeciones (y, cuando sea requerido, para optar por excluirse), la corte debe efectuar una revisión completa del acuerdo. Esta revisión incluye la realización de una audiencia en la corte, con oportunidad para las partes y los objetores de ofrecer prueba y presentar argumentos. Si la corte aprueba o desaprueba el acuerdo, debe dejar constancia de las determinaciones realizadas y de las conclusiones a que arribó en apoyo de su decisión.**

#### **Comentario:**

*a. Revisión preliminar.* En la etapa de revisión preliminar muchas cortes ven la cuestión como si se tratara de conceder una *aprobación* preliminar del acuerdo. Esta Sección rechaza tal enfoque. Ocurre que una decisión

### Capítulo 3

preliminar a favor del acuerdo puede, en la práctica, dar lugar a una injustificada presunción sobre la corrección de una propuesta que la corte no ha considerado cuidadosamente. Una “aprobación preliminar” —descrita de tal modo frente a la clase— puede tornar a la corte renuente a rechazar el acuerdo en la audiencia sobre su justicia debido al hecho de haberlo apoyado en la etapa preliminar de aprobación.

No obstante, aun cuando el procedimiento de revisión preliminar no tiene como propósito la aprobación del acuerdo, la corte debería conferenciar con los abogados para identificar cualquier deficiencia obvia en la notificación o cualquier otro defecto (formal o sustantivo) que pueda poner en riesgo al acuerdo. La corte debería articular cualquier problema o duda que identifique. Si los problemas con el acuerdo propuesto son evidentes para la corte, es en interés de ella misma y de las partes abordar el asunto prontamente antes de invertir mucho tiempo y recursos en notificar a la clase. En muchos supuestos, la corte habrá tenido un rol activo en el caso antes de la propuesta de acuerdo y estará en posición de ofrecer a las partes una importante guía sobre potenciales dificultades que la misma puede presentar.

El punto crucial, sin embargo, es que cuando la corte dicta una decisión que permite la notificación del acuerdo propuesto a los miembros de la clase, tal decisión no debería ser caracterizada como una “aprobación” preliminar. En lugar de eso, la corte debe involucrarse en su revisión definitiva al momento de la audiencia sobre la justicia del acuerdo bajo § 3.03(b). Al evitar utilizar el término “aprobar” para describir la revisión preliminar bajo § 3.03(a), la corte puede evitar que la etapa de revisión preliminar sea interpretada como una garantía implícita acerca de cómo la corte resolverá el asunto, luego de una audiencia completa, en la etapa de aprobación. Por supuesto que, en la práctica, la corte debería dar mayor peso a su análisis y evaluación inicial si la presentación en la etapa preliminar es extensa —por ejemplo, involucrando prueba y presentaciones de objetores— y menor peso si la presentación es breve o superficial.

En la medida de lo posible, la corte debería esforzarse para notificar a personas interesadas, tales como abogados con casos similares, de que un proceso de revisión preliminar ha sido agendado. Si el caso está maduro y las partes que potencialmente pueden objetar son conocidas, la notificación de la audiencia de revisión preliminar puede permitir a la corte expandir esta etapa para convertirla en una completa examinación de los méritos del acuerdo. Ausente un examen informado de los términos, sin embargo, no debería haber implicación alguna de que la corte haya “aprobado” el mérito subyacente del acuerdo propuesto.

### Capítulo 3

Un importante determinante se presenta cuando los objetores son capaces de realizar presentaciones serias sobre la justicia del acuerdo de clase y la agenda impone el tratamiento de una petición sobre honorarios de abogados. La última oración de § 3.03(a) tornaría claro que una moción para aprobar un acuerdo de clase y una petición sobre honorarios de abogados deberían ser tratadas en la forma habitual en que se tratan todas las mociones. Por tanto, ausentes excepcionales circunstancias, no debería requerirse a los miembros de la clase y a los objetores que realicen sus presentaciones sino hasta que el trámite esté completo. A menos que especiales circunstancias demanden otra cosa, los objetores deberían tener un período razonable para realizar sus presentaciones después de que las partes que arribaron al acuerdo hayan realizado las suyas en apoyo del acuerdo y, luego, las partes que arribaron al acuerdo deberían contar con un período razonable para responder a cualquier objeción.

*b. Aprobación.* El procedimiento de aprobación y la audiencia deberían ser conducidos con gran cuidado para asegurar que la corte ha revisado y analizado todos los potenciales defectos del acuerdo propuesto. Normalmente la corte debería permitir a las partes ofrecer prueba antes de realizar cualquier determinación sobre la justicia del acuerdo.

La corte debería también ser receptiva para activar la participación de los objetores. Los pedidos de *discovery* en el contexto de objeciones contra el acuerdo requieren un ejercicio cuidadoso de la discreción de la corte a fin de balancear los intereses subyacentes en la necesidad de información de los objetores para apoyar una objeción de buena fe, por un lado, y en el costo y la demora implicada, el potencial abuso estratégico del *discovery* y cualquier otra consideración que sea producto del trabajo a realizar, por el otro.

En algunos supuestos, particularmente en casos que involucran acciones de clase relativamente pequeñas o simples, las cortes han realizado determinaciones desde su banca sin explicitarlas en órdenes separadas. Para subrayar la importancia de ese tipo de determinaciones y asegurar su apropiada revisión en apelación, esta Sección toma la posición de que una corte que elija revelar las determinaciones realizadas desde su banca debería explicitar las mismas en una orden dentro del expediente. Idealmente, la corte debería redactar sus propias determinaciones y no debería simplemente repetir de manera textual las que fueron propuestas en las presentaciones de las partes.

## Capítulo 3

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Para una discusión de la naturaleza “superficial” de la etapa de revisión preliminar, ver 5 James Wm. Moore et al., *Moore’s Federal Practice* ¶ 23.165[2] (3d ed. 2009). Para una discusión de los criterios y procedimiento que la corte debería considerar al revisar acuerdos, ver *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 21.632, at 320–321 (2004) (“En algunos casos, esta evaluación inicial puede ser hecha sobre la base de información ya conocida, suplementada en cuanto sea necesaria por escritos, mociones o presentaciones informales. . . El juez debe realizar una determinación preliminar de la justicia, razonabilidad y adecuación de los términos del acuerdo y debe ordenar la preparación de las notificaciones. . . [E]l juez puede contar con un experto o *special master* designado por la corte para revisar los términos del acuerdo propuesto. . . El juez debería efectuar preguntas en la audiencia preliminar y tal vez buscar una revisión independiente si hay reservas sobre el acuerdo. . . Las partes tienen luego una oportunidad para retomar las negociaciones en un esfuerzo por remover potenciales obstáculos para la aprobación judicial”); ver también *Cal. R. Ct. 3.769(c)*. Para un caso demostrando el procedimiento para la aprobación de un acuerdo bajo la regla de California, ver *Chavez v. Netflix, Inc.*, No. CGC-04-434884, 2006 WL 2613144 (*Cal. Sup. Ct. Apr. 28, 2006*).

Para ejemplos de cortes que, a pesar de la naturaleza superficial de la revisión, otorgan una *aprobación* preliminar como resultado de ella, ver, por ejemplo, *New England Health Care Employees Pension Fund v. Fruit of the Loom, Inc.*, 234 F.R.D. 627, 631 (W.D. Ky. 2006) (“La aprobación preliminar hace nacer una presunción de que el acuerdo es justo, razonable y adecuado. Los objetores, por tanto, tienen la carga de persuadir a esta Corte de que el acuerdo propuesto es irrazonable.”) (citas omitidas); *Bennett v. Behring Corp.*, 737 F.2d 982 (11th Cir. 1984) (confirmando la aprobación preliminar de la corte de distrito); *Hickerson v. Velsicol Chem. Corp.*, 121 F.R.D. 67, 69 (N.D. Ill. 1988) (otorgando aprobación preliminar antes de requerir la notificación del acuerdo a los miembros de la clase ausente).

*Comentario b.* Para una decisión señalando la necesidad general de una audiencia previa a la aprobación de un acuerdo, ver *Gen. Motors Corp. v. Bloyed*, 916 S.W.2d 949, 958 (Tex. 1996) (“Dada la especial responsabilidad de la corte de juicio en materia de aprobación de acuerdos en acciones de clase. . . pensamos que una audiencia plenaria, con oportunidad para que la corte pregunte y con un vigoroso interrogatorio cruzado por parte de los abogados de los miembros de la clase que objetan, debería ser la regla

general”). Ver también Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(e)(2) (“Si la propuesta vincularía a los miembros de la clase, la corte puede aprobarla sólo después de una audiencia y sobre la base de haber determinado que tal propuesta es justa, razonable y adecuada”).

La Regla 23(e)(1)(c) requiere una determinación en apoyo de la justicia del acuerdo, y las notas del Comité Consultivo afirman que “[l]as determinaciones deben ser presentadas con suficiente detalle para explicar a los miembros de la clase y a la corte de apelación los factores que influyen en la aplicación del estándar”. A diferencia de las Reglas Federales, muchos estados no requieren determinaciones específicas en apoyo de la justicia del acuerdo. Ver, por ejemplo, Ala. R. Civ. P. 23(e); Colo. R. Civ. P. 23(e); Ohio Rev. Code Ann. § 23(e) (West 1970). Más aun, ni las Reglas Federales ni cualquier regla estatal requieren determinaciones específicas en apoyo de la conclusión de que el acuerdo debería ser rechazado por injusto. Ver § 3.12 (apelación discrecional de la determinación sobre la injusticia del acuerdo).

*Efecto sobre el derecho vigente.* El enfoque aquí propuesto cambiaría la práctica existente en aquellas jurisdicciones que, por regla o jurisprudencia, requieren una “aprobación” preliminar antes de practicar la notificación sobre la propuesta de acuerdo. El requisito de plasmar en el expediente las determinaciones de hecho y las conclusiones de derecho, tanto cuando el acuerdo es aprobado como cuando es rechazado, también requeriría un cambio en la práctica existente y va más allá de los requisitos establecidos jurisprudencialmente en muchas jurisdicciones.

### § 3.04 Notificación del acuerdo de clase

- (a) **El propósito de notificar una propuesta de acuerdo de clase es establecer los contornos principales de tal propuesta e informar a los miembros de la clase de su derecho a asistir a la audiencia sobre la justicia del acuerdo y a presentar objeciones escritas en un plazo determinado si así lo desean.**
- (b) **En la etapa de revisión preliminar, la corte debería establecer la forma y el contenido apropiado de la notificación. Al diseñar la notificación del acuerdo de clase, para determinar si se requiere una notificación personal o si alguna otra forma de notificación sería suficiente la corte debería considerar su costo y la posibilidad de recuero involucrada en el acuerdo**

### Capítulo 3

**propuesto. La notificación individual presumiblemente debería ser vista por la corte como menos importante cuando las pretensiones son demasiado pequeñas para ser avanzadas individualmente.**

- (c) La notificación de un acuerdo de clase, cuando sea requerida, debería ser escrita en lenguaje sencillo y debería contener, como mínimo: (i) la definición de la clase, (ii) los términos materiales y condiciones específicas del acuerdo (incluyendo el preciso resultado que obtendrán los miembros de la clase), (iii) la propuesta de honorarios presentada por los abogados de la clase, (iv) cómo el miembro de la clase puede obtener información adicional sobre el caso, (v) si se permite el derecho de exclusión; y (vi) detalles de la audiencia judicial sobre aprobación del acuerdo y de la presentación de objeciones.**

#### **Comentario:**

*a. Razones para apartarse del derecho vigente.* La regla tradicional es que, en los procesos bajo la Regla 23(b)(3), debe practicarse una notificación individual a todos los miembros de la clase que puedan ser identificados mediante un esfuerzo razonable. Este enfoque está basado en la Regla 23(c)(2)(B). Bajo la Cláusula de Debido Proceso, sin embargo, es importante balancear el beneficio de la notificación y el costo de practicarla.

En muchos casos, la notificación personal puede no tener sentido económico. El valor de la pretensión puede ser tan pequeño que su litigación fuera del contexto de una acción de clase resulte no viable, y la probabilidad de optar por excluirse u objetar puede ser tan baja que la notificación individual simplemente consumiría recursos del acuerdo sin generar ningún beneficio real para la clase. Esta Sección apoya un enfoque que directamente dispense la notificación individual en estas circunstancias.

Esta Sección busca brindar mayor protección a las partes que arribaron al acuerdo al eliminar objeciones técnicas sobre la forma de notificación establecida en el acuerdo original. El enfoque tomado es consistente con el requisito de debido proceso que demanda una notificación razonable y practicable a las partes afectadas, así como también con consideraciones pragmáticas relativas a costos y eficiencia a la luz de los intereses en juego en el litigio. Este enfoque eliminaría el requisito de notificación individual en ciertos contextos, contrariando la práctica federal vigente que se basa en la interpretación judicial de la Regla 23(c)(2)(B), la cual dispone que “la corte debe dirigir a los miembros

de la clase la mejor notificación que sea practicable. . .”. La corte y las partes deberían explorar opciones de bajo costo para dirigir notificaciones directas por correo antes de dispensar tal obligación. Por ejemplo, si los miembros de la clase son usuarios de servicios públicos la empresa prestataria puede estar en condiciones de realizar la notificación a muy bajo costo mediante su inclusión en la factura mensual que remite a sus clientes. El objetivo es hacer que la notificación sea tanto efectiva como razonable en términos de costos. En el supuesto de incluir un aviso junto con la factura como sustituto de la notificación directa, la corte y las partes deben reconocer la posibilidad de que los clientes puedan descartar esos avisos sin leerlos.

### Ejemplos:

1. Actor demanda en beneficio de una clase de consumidores que compraron teclados de computadora defectuosos. Las partes proponen un acuerdo por el cual los miembros de la clase reciben \$3 por cada teclado defectuoso comprado. El costo de notificar a cada miembro de la clase por correo estatal en los Estados Unidos (estampillas, impresión, sobres, cargos por administración de pretensiones) es aproximadamente de \$5 por miembro de la clase. La notificación individual por correo no es requerida, dado el alto costo relativo de tal notificación con respecto al valor del recupero de cada miembro de la clase. Una notificación por publicación (y posiblemente notificación vía Internet o correo electrónico) será suficiente.
2. Actor demanda en beneficio de compradores que pagaron de más ciertos paquetes vacacionales. Cada miembro de la clase busca recuperar más de \$5000. Demandado tiene en su poder el domicilio de todos los miembros de la clase, y el costo de notificar a cada uno de ellos por medio del correo estatal de los Estados Unidos asciende aproximadamente a \$5 por persona. La notificación individual es requerida.

*b. Contenido de la notificación.* Esta Sección, consistente con la opinión prevaleciente en la doctrina, toma la posición de que la notificación del acuerdo, cuando sea requerida, debería ser escrita en lenguaje claro y entendible, y debería contener los términos materiales del acuerdo y el monto de los honorarios reclamados por los abogados, así como también información sobre derechos de optar por excluirse (si los hay), la audiencia sobre la justicia del acuerdo y la posibilidad de presentar objeciones.

## Capítulo 3

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* El origen de la regla que requiere notificación individual para todos los miembros de la clase que puedan ser razonablemente identificados en las acciones de clase bajo la Regla 23(b)(3) es *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 173 (1974). La Corte de *Eisen* basó su decisión en le terminología de la por entonces Regla 23(c)(2) (hoy Regla 23(c)(2)(B)). Ver también las Notas del Comité Consultivo a las reformas del año 2003 a la Regla 23 (“Una notificación razonable del acuerdo puede requerir notificación individual en la manera requerida por la Regla 23(c)(2)(B) para comunicar la certificación de una clase bajo la Regla 23(b)(3).”); *id.* (señalando que la notificación individual es “apropiada” si, por ejemplo, “se requiere que los miembros de la clase tomen alguna acción -como promover pretensiones- para participar en el resultado de la sentencia, o si la corte ordena una oportunidad de optar por excluirse del acuerdo bajo la Regla 23(c)(3)”). Si bien las Notas del Comité Consultivo a la versión del año 1966 de la por entonces Regla 23(c)(2) descansan sobre el estándar de debido proceso establecido en *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306 (1950), el propio precedente *Mullane* afirma que “dentro de los límites prácticos, la notificación debe ser efectuada en un modo tal que se estime alcanzará razonablemente a las partes interesadas”. *Id.* p. 318. En casos con pretensiones de escasa cuantía, los reclamantes pueden tener escaso interés en recibir una notificación individual. Además, en 1950, el correo estatal de los Estados Unidos era el único medio razonable para practicar una notificación individual. Hoy en día, el correo electrónico y la Internet proveen vehículos alternativos para alcanzar una notificación razonable. De este modo, la notificación por el correo estatal de los Estados Unidos no debe ser vista como un elemento necesario de todos los casos enmarcados en la Regla 23(b)(3) en los cuales los miembros puedan ser identificados.

Para críticas del requisito de notificación individual establecido en *Eisen*, aun en casos con pretensiones de escasa cuantía, ver Kenneth W. Dam, *Class Action Notice: Who Needs It?*, 1974 Sup. Ct. Rev. 97, 107–109; Brian Wolfman & Alan B. Morrison, *What the Shuts Opt-Out Right Is and What It Ought to Be*, 74 UMKC L. Rev. 729, 751 (2006). Para la proposición de que el debido proceso requiere un balance de costos y beneficios a la luz de los intereses en juego, ver, por ejemplo, *Van Harken v. City of Chicago*, 103 F.3d 1346, 1351 (7th Cir. 1997) (Posner, J.) (el debido proceso “requiere una comparación entre costos y beneficios de cualquier procedimiento que el actor alegue es requerido”). Ver también *Jones v. Flowers*, 547 U.S. 220, 229

### Capítulo 3

(2006) (señalando que el debido proceso requiere “balancear los ‘intereses del estado con ‘el interés individual que la Decimocuarta Enmienda busca proteger”” (citando *Mullane*, 339 U.S. at 314)); Dam, *supra*, p. 115 (señalando que la Corte en *Mullane* “no fue ajena a la conveniencia de sopesar costos y beneficios”).

Para una discusión de los propósitos de la notificación del acuerdo, ver, por ejemplo, *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 21.633 (2004). Un ejemplo útil de un enfoque flexible frente al asunto de la notificación se encuentra en Cal. R. Ct. 3.766(e) y (f). La sub-sección (f) instruye:

Si la notificación personal es irrazonablemente costosa o los intereses de los miembros individuales de la clase son insustanciales, o si se ve que los miembros de la clase no pueden ser notificados personalmente, la corte puede ordenar un medio de notificación razonablemente calculado para informar a los miembros de la clase de la pendencia de la acción -por ejemplo, publicación en diario o revista; transmisión por televisión, radio o Internet; o colocación o distribución de información a través de asociaciones de comercio o profesionales, sindicatos o grupos de interés público.

Debido a que los demandados típicamente pagan por el costo de la notificación como parte de un acuerdo de clase, este cambio podría, en ciertas circunstancias, reducir el costo total de la administración del acuerdo. No gastar dinero en enviar por correo notificaciones individuales cuando es poco probable que los miembros de la clase tomen alguna acción en su beneficio torna disponibles fondos adicionales para ser pagados a la clase bajo los términos del acuerdo.

*Comentario b.* Ejemplos de notificaciones de acuerdos de clase escritas en lenguaje sencillo pueden verse en el sitio web del Federal Judicial Center. Ver [www.fjc.gov](http://www.fjc.gov) (última visita el 11 de Agosto de 2013), bajo el título “Class Action Notices Page”. Ejemplos útiles de la información que necesariamente debe ser transmitida a los miembros de la clase para permitirles una respuesta informada a la notificación pueden encontrarse en Cal. R. Ct. 3.766(d).

Para discusiones sobre la información que debería ser incluida en las notificaciones de acuerdos de clase, ver, por ejemplo, *National Association of Consumer Advocates’ Standards and Guidelines for Litigating and Settling Consumer Class Actions*, 48–51 (2006), disponible en <http://www.naca.net/sites/default/files/pdfs/RevisedGuidelines.pdf> (última visita el 11 de Agosto de 2013); Darren Carter, Note, *Notice and the Protection of Class Members’ Interests*, 69 S. Cal. L. Rev. 1121, 1135–1137 (1996). Ver también Howard M. Downs,

### Capítulo 3

*Federal Class Actions: Diminished Protection for the Class and the Case for Reform*, 73 Neb. L. Rev. 646, 693–696 (1994) (urgiendo para que las notificaciones contengan información sobre objeciones presentadas por los representantes de la clase y el preciso esquema de distribución de los fondos del acuerdo, esto es, “detalles sobre cómo y quién será pagado con el fondo del acuerdo”).

*Efecto sobre el derecho vigente.* La sub-sección (a) no requeriría cambio alguno en las reglas procesales. La sub-sección (b) requeriría un cambio en las reglas procesales en la medida que las reglas de la jurisdicción manden practicar notificación individual sin perjuicio del tamaño del potencial recupero de cada miembro individual de la clase. La sub-sección (c) describe mejores prácticas que una corte puede implementar sin un cambio de reglas.

#### § 3.05 Revisión judicial de la justicia de un acuerdo de clase

- (a) **Antes de aprobar o rechazar cualquier acuerdo de clase, la corte debe conducir una audiencia para discutir sobre su justicia. Una corte revisando la justicia de un acuerdo de clase propuesto debe analizar, por medio de determinaciones y conclusiones realizadas en el expediente, si:**
- (1) **el representante y los abogados de la clase han sido y son actualmente representantes adecuados de ésta;**
  - (2) **el resultado obtenido para la clase (teniendo en cuenta cualquier arreglo complementario o auxiliar que pueda ser parte del acuerdo) es justo y razonable dados los costos, riesgos, probabilidades de éxito y demoras del juicio y la apelación;**
  - (3) **los miembros de la clase son tratados equitativamente (en relación a otros miembros) con base en sus circunstancias, y no se ven desaventajados por el acuerdo considerado como un todo; y**
  - (4) **el acuerdo fue negociado de forma independiente, en igualdad de condiciones, y no fue producto de colusión.**
- (b) **La corte puede aprobar un acuerdo sólo si determina, basada en los criterios de la sub-sección (a), que el acuerdo sería justo para la clase y para cada segmento sustancial de la clase.**

- Una determinación negativa sobre cualquiera de los criterios especificados en las sub-secciones (a)(1)-(a)(4) torna injusto al acuerdo. Un acuerdo también puede ser considerado como injusto por cualquier otra razón significativa que pueda surgir de los hechos y circunstancias del caso particular.**
- (c) Es carga de quienes proponen el acuerdo establecer que el mismo es justo y razonable para los miembros de la clase ausentes que habrán de ser vinculados por el mismo. Al revisar un acuerdo propuesto, una corte no debería aplicar presunción alguna de que el acuerdo es justo y razonable.**
  - (d) Una corte puede aprobar o desaprobar un acuerdo de clase pero no puede por sí misma enmendar el acuerdo para agregar, borrar o modificar término alguno. La corte puede, sin embargo, informar a las partes de que no aprobará un acuerdo a menos que éstas lo enmienden de una manera especificada por la corte. Esta sub-sección no limita la autoridad de la corte para establecer honorarios de abogados justos y razonables.**
  - (e) Si, antes o como resultado de la audiencia sobre la justicia del acuerdo, las partes arreglan modificar los términos del acuerdo, una nueva notificación debe ser practicada a todos los miembros de la clase que puedan ser sustancialmente perjudicados por el cambio. En particular:
    - (1) Para clases con derecho de exclusión, debe ser garantizada una nueva oportunidad de optar por excluirse para todos los miembros de la clase sustancialmente perjudicados por los cambios en el acuerdo.**
    - (2) Cuando un acuerdo es modificado para incrementar significativamente los beneficios de la clase, los miembros de la clase que optaron por excluirse antes de tales modificaciones deben ser notificados y contar con una oportunidad para optar por volver a incluirse en la clase.****
  - (f) Para los miembros de la clase que no optaron por excluirse, no se requiere una nueva notificación ni una nueva oportunidad de optar por hacerlo cuando, como resultado de la audiencia sobre la justicia del acuerdo, éste es revisado y resulta que los nuevos términos dan derecho a tales miembros de**

### Capítulo 3

#### **la clase para acceder a beneficios que no son sustancialmente menores a los propuestos en el acuerdo original.**

##### **Comentario:**

a. *Criterios para el acuerdo.* La jurisprudencia actual sobre criterios para evaluar acuerdos es confusa y desordenada. Las cortes articulan un amplio rango de factores para considerar, pero raramente discuten el peso que debe darse a cada factor, y ni que hablar de por qué un factor particular tiene valor probatorio en determinada circunstancia. Los factores mencionados en los casos incluyen, entre otros, los riesgos de establecer la responsabilidad; los riesgos de establecer los daños; las probabilidades de triunfar en el juicio; el monto que podría ser obtenido en el juicio; el interés público servido por el acuerdo; si las negociaciones fueron mantenidas con independencia y en igualdad de condiciones; la experiencia de los patrocinantes legales; la opinión de los abogados; el costo, la complejidad y la duración estimada en el supuesto de continuar litigando; el riesgo de no mantener la clase certificada a través del juicio; la capacidad del demandado para soportar una sentencia más grande en el juicio; la participación de alguna entidad gubernamental en las negociaciones o en la aprobación del acuerdo; la naturaleza y extensión de las objeciones al acuerdo; la razonabilidad de los honorarios propuestos para los abogados; la extensión del *discovery* ya completado; la etapa en que se encuentran los procesos; la cantidad de miembros de la clase que optaron por excluirse; el vigor con que el caso fue impulsado; la existencia de coerción o colusión que pueda haber influido en las negociaciones; y la fortaleza del caso de los actores.

Muchos de estos criterios pueden tener un cuestionable valor probatorio en diversas circunstancias. Por ejemplo, si bien una corte puede dotar de peso al hecho que los abogados de la clase o del demandado opinen a favor del acuerdo, la corte debería tener en mente que los abogados que negociaron el acuerdo raramente ofrecerán algo menos que un fuerte y favorable apoyo al mismo. Por esta razón, al determinar si corresponde dotar de peso a ese factor la corte debería considerar la presencia o ausencia de un incentivo para que los abogados de la clase señalen un acuerdo como inadecuado. Cuando los abogados de la clase comparten el interés de los miembros de ésta en maximizar el valor de las pretensiones, la buena voluntad de los abogados para apoyar el acuerdo puede considerarse de cierto peso.

Una corte, al revisar un acuerdo, no debería dar ningún peso predeterminado al hecho de que el caso haya estado tramitando por un período de tiempo sustancial antes de que el acuerdo fuera alcanzado, ni al hecho

### Capítulo 3

de que el acuerdo haya sido alcanzado en una etapa temprana del caso. La oportunidad para celebrar un acuerdo puede o no tener valor probatorio sobre la cuestión de su justicia. Por ejemplo, un acuerdo temprano puede simplemente reflejar una evaluación realista del asunto en lugar de sugerir que el acuerdo fue negociado sin contar con un adecuado conocimiento de los hechos o del mérito del caso.

De igual manera, el mero hecho de que el acuerdo sea celebrado muchos meses (o incluso muchos años) después de que el caso fue promovido no asegura por sí solo que dicho acuerdo sea justo y razonable. Similarmente, si el acuerdo es propuesto luego de una audiencia donde se discutió la certificación de la clase ello puede o no tener valor probatorio respecto a que las negociaciones fueron conducidas con independencia y en igualdad de condiciones. Y la resolución de un caso antes de la certificación no necesariamente refleja colusión o falta de negociaciones con esas características.

En la misma línea, el número de objetores puede o no aportar elementos para determinar la justicia del acuerdo. Los miembros de la clase algunas veces son urgidos a objetar por abogados con casos similares que están descontentos por no haber alcanzado ellos mismos un acuerdo, perdiendo de ese modo honorarios profesionales, o por abogados que pueden buscar obtener una ganancia privada por medio de la interposición estratégica de objeciones motivadas. En estos supuestos, las objeciones dirigidas por abogados tienen poco mérito. De igual manera, la ausencia de un número significativo de objeciones no necesariamente refleja una aprobación tácita de los miembros de la clase sobre la justicia del acuerdo. Por ejemplo, un acuerdo puede hacer surgir serias cuestiones de justicia, pero los montos involucrados, considerados individualmente, pueden ser tan pequeños que ningún miembro de la clase tenga suficiente incentivo para objetar. La corte, por ello, debería enfocarse en la sustancia de las objeciones y no en una mecánica cuenta de cabezas.

Otro ejemplo: el número de miembros de la clase que optaron por excluirse puede o no tener algún valor probatorio respecto de la justicia del acuerdo. En la mayoría de los acuerdos celebrados en acciones de clase el número de quienes optan por excluirse es pequeño. En algunos casos donde hay grandes números de personas que optan por excluirse, ello ocurre simplemente como resultado de esfuerzos orquestados por abogados. Abogados que esperan obtener una silla en la mesa de negociación del acuerdo o bien promover nuevos litigios en beneficio de quienes optan por excluirse. Así, el número de quienes optan por excluirse puede de hecho decir poco a la corte acerca de la efectiva justicia del acuerdo.

### Capítulo 3

Aparte del hecho que muchos de los criterios analizados tienen un cuestionable valor probatorio, el elevado número de los mismos ha llevado a confusión. Algunos de estos criterios, tales como si el acuerdo avanza o refuerza el “interés público”, son amorfos y parecen pobremente dirigidos a la protección de la clase. Las cortes han terminado por seleccionar y elegir algunos de todos estos factores, con escasa o nula discusión sobre las razones que llevaron a tal elección y no a otra. Más aun, con tantos factores potenciales las cortes son incapaces de proveer guía alguna sobre la importancia relativa de cada uno de ellos. En muchos casos, ciertos factores parecen ser destacados meramente porque apoyan un resultado predeterminado.

Finalmente, el elevado número de factores —y la confusión sobre su mérito relativo— torna dificultoso para los abogados de la clase, los abogados del demandado y los abogados de los objetores, abordar y analizar las consideraciones pertinentes de forma adecuada.

*b. Cambios propuestos referidos a los criterios para los acuerdos.* Esta Sección articula cuatro simples pero importantes factores que las cortes deberían considerar al revisar cualquier acuerdo. Más aun, como fue señalado en la sub-sección (b), estos cuatro factores no impiden a la corte considerar otros hechos relevantes para un acuerdo en particular. Los cuatro factores, y cualquier consideración específica de hecho adicional, deberían ser abordados por medio de determinaciones y conclusiones plasmadas en el expediente. Debido a que cada uno de los requisitos establecidos en (a)(1)–(a)(4) es tan importante, la no satisfacción de cualquiera de ellos torna injusto al acuerdo. La sub-sección (b) reconoce que los hechos específicos de un acuerdo puede tornarlo injusto, aun si el acuerdo satisface los requisitos de (a)(1)–(a)(4).

Con respecto al primer factor, la corte debería evaluar si se proveyó a la clase de una representatividad adecuada como se describe en § 2.07(a)(1). En las “clases al sólo efecto transaccional”, donde los pedidos de certificación de clase y de aprobación del acuerdo son efectuados al mismo tiempo, la representatividad adecuada es considerada como parte del procedimiento de aprobación. En los casos que han sido certificados antes del acuerdo, sin embargo, habrá ya una decisión tomada sobre la representatividad adecuada. No obstante, tal decisión puede ser puesta en duda por el modo en que el abogado manejó el litigio luego de la certificación y por el acuerdo propuesto. Una corte que considera sólo la justicia y no la calidad de la representación al momento del acuerdo puede pasar por alto importantes aspectos que influyen sobre la justicia del acuerdo. De hecho, un nuevo examen sobre la calidad de la representación puede ser el modo más productivo para evaluar la justicia última del acuerdo.

### Capítulo 3

Debido a que en el contexto del acuerdo ni la clase ni la defensa tendrán interés alguno en provocar preocupaciones sobre la calidad de la representación, la corte puede verse en la necesidad de asumir un activo rol de investigación sobre este requisito, especialmente cuando no han sido planteadas objeciones útiles. Como está contemplado en la Regla 23(g), por ejemplo, la corte puede requerir a las partes información específica y detallada para abordar la adecuada representatividad de los abogados de la clase. En algunos casos, la corte puede considerar la necesidad de designar un *special master* o *special officer* para examinar la representatividad adecuada. Ver § 3.09. Si bien alguien recién designado enfrentará algunos de los mismos obstáculos que la corte al revisar un acuerdo completo, un *special master* o *special officer* puede tener más tiempo y recursos para dedicar a la tarea. La corte también puede necesitar estudiar con cuidado cualquier objeción que haya sido planteada al acuerdo.

Segundo, la corte debería abordar el resultado proveído por el acuerdo a la luz del monto peticionado por la clase, y establecer si tal resultado es significativo y suficiente dadas las fortalezas y riesgos del caso y el potencial recuperado a obtener en el supuesto de un veredicto favorable. También puede provocar preocupaciones en torno a su justicia un acuerdo propuesto en el cual la clase recibe pagos insustanciales, mientras que los honorarios pedidos por los abogados son sustanciales. Como ocurría con respecto a la cuestión de la representatividad adecuada, tanto los abogados de la clase como los de la defensa tendrán muchos incentivos para subrayar las fortalezas del acuerdo y para minimizar sus debilidades. Por tanto, la corte puede necesitar asumir mayor responsabilidad en el asunto, posiblemente incluyendo, nuevamente, la designación de un *special master* o *special officer*.

Tercero, la corte debería mirar si los miembros de la clase son tratados equitativamente entre ellos y si el acuerdo tiene en cuenta diferencias materiales entre los miembros de la clase. Por ejemplo, un acuerdo que otorga la misma suma de dinero a todos los miembros de la clase, a pesar de significativas diferencias en la naturaleza de sus pretensiones o daños, puede no ser justo y razonable. Adicionalmente, la corte debería considerar si los miembros de la clase pueden verse desaventajados por el acuerdo. Por ejemplo, una amplia liberación que vaya más allá de las pretensiones que son objeto del litigio puede ser inapropiada a la luz de la naturaleza del recuperado bajo el acuerdo propuesto.

Cuarto, la corte debería asegurar que el acuerdo fue producto de negociaciones desarrolladas con independencia y en igualdad de condiciones, y que no fue resultado de colusión.

### Capítulo 3

*c. Cargas de la prueba.* Algunas cortes han adoptado una presunción de que el acuerdo es justo y razonable si los abogados que lo ofrecen son experimentados abogados en acciones de clase, las negociaciones fueron conducidas con independencia y en igualdad de condiciones, y relativamente pocos miembros de la clase presentaron objeciones. Esta presunción puede no estar justificada. Como fue señalado más arriba, por ejemplo, la presencia o ausencia de objetores puede o no tener valor probatorio. De igual modo, la experiencia de los abogados no debería normalmente alivianar la carga de las partes de demostrar la justicia del acuerdo basada en los hechos específicos del caso. Finalmente, como refleja lo dicho en § 3.05(a)(4), la existencia de negociaciones independientes y en igualdad de condiciones debería ser una característica de todo acuerdo de clase justo.

Como se establece en esta Sección, la carga de la prueba pesa sobre quienes proponen el acuerdo. El propósito de la indagación de la corte es asegurar que los intereses de los miembros de la clase ausentes estén adecuadamente protegidos de modo tal que éstos puedan ser vinculados firmemente al resultado del caso. Así, la responsabilidad de asegurar la justicia del acuerdo recae sobre los representantes de la clase, sus abogados y la corte.

*d. Sin opción para imponer términos diferentes o adicionales.* La sub-sección (d) sigue el derecho vigente al dotar a la corte de sólo dos opciones cuando enfrenta un acuerdo propuesto: aprobarlo o desaprobarlo. Por supuesto que la corte puede identificar ciertos términos que, si agregados o eliminados, podrían lograr la aprobación del acuerdo. Pero la decisión sobre si incorporar los cambios o las adiciones sugeridas por la corte es exclusiva de las partes. La corte no puede modificar unilateralmente el acuerdo o imponer términos sobre las partes. La corte sí tiene, en cambio, autoridad para regular los honorarios de los abogados a pesar de la petición de honorarios profesionales que hubiera sido presentada por los abogados de los actores.

*e. Modificaciones durante el procedimiento de determinación de la justicia del acuerdo.* Bajo la sub-sección (e), los cambios materiales a un acuerdo pueden necesitar (1) nueva notificación a todos los miembros de la clase adversamente afectados, incluyendo cualquiera que previamente hubiera optado por excluirse de la clase, y (2) nuevos derechos de optar por excluirse para miembros de clases de este tipo. Cuando los cambios afectan adversamente sólo a una sub-parte de la clase, la nueva notificación y los nuevos derechos de optar por excluirse deberían ser limitados a tal sub-parte. Permitir cambios materiales en ausencia de protecciones procesales de este tipo sería injusto para aquellos que se apoyaron en los términos anteriores del acuerdo para decidir si mantenerse dentro de la clase u objetar. Por ejemplo, un miem-

bro de la clase puede haber optado por excluirse debido a que las sumas a obtener eran muy bajas. La persona debería tener una chance para reconsiderar esa decisión de optar por excluirse si las sumas a obtener han sido sustancialmente incrementadas. De manera similar, un miembro de la clase puede haber decidido no optar por excluirse porque el acuerdo le otorgaba cierto tipo de importante remedio. Si tal remedio es eliminado luego de vencido el plazo para optar por excluirse, el miembro de la clase debería tener la oportunidad de reconsiderar su decisión. Las cortes han asumido varios enfoques sobre el tema. Algunas de ellas han autorizado aún cambios sustanciales sin nueva notificación ni concesión de derechos de optar por excluirse, mientras que otras han requerido protección para todas las reformas que puedan afectar adversamente los intereses de los miembros de la clase. Esta Sección opta por el último enfoque.

**Ejemplos:**

1. Bajo un acuerdo de clase que involucra sistemas de computación defectuosos se pagaría a los miembros de la clase \$100 por cada sistema comprado. Varios miembros de la clase ejercen su derecho de optar por excluirse. Debido a que el juez opina que el pago es demasiado bajo, las partes acuerdan modificar ese monto y fijarlo en \$200. Antes de que el acuerdo sea aprobado, deberían enviarse notificaciones a todos aquellos que hubieran optado por excluirse, permitiéndoles optar por volver a formar parte de la clase.
2. Mismo acuerdo inicial que en el Ejemplo 1., pero es modificado para diferir por 30 días el pago de los honorarios de abogados. Ninguna nueva notificación es requerida.
3. Mismo acuerdo inicial que en el Ejemplo 1., pero modificado de modo tal que ahora, en lugar de la oferta original en efectivo, sólo se ofrece a los miembros de la clase un crédito de \$1000 para comprar un nuevo sistema de computación. Es necesario efectuar una nueva notificación a la clase completa, incluyendo a quienes hubieran optado por excluirse .

*f. Distribución directa del producido del acuerdo.* Cuando fuera posible, las cortes deberían aprobar distribuciones directas del producido del acuerdo, prorrateadas o por cabeza, sin requerir a los miembros de la clase efectuar petición alguna sobre sus pretensiones. Esto es así aun cuando las partes hubieran propuesto un procedimiento tradicional para tales peticiones. Las

### Capítulo 3

distribuciones directas usualmente son factibles cuando la parte que logra el acuerdo tiene un archivo preciso y razonablemente actualizado. Este enfoque evita los costos de administrar un procedimiento de peticiones y permite a los miembros de la clase recibir de la forma más completa posible los beneficios que puedan obtenerse de la acción de clase tramitada a su favor.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Para ejemplos de la amplia variedad de enfoques sobre los acuerdos, ver, entre otros, *In re Am. Bank Note Holographics, Inc. Sec. Litig.*, 127 F. Supp. 2d 418, 426–428 (S.D.N.Y. 2001) (abordando, entre otras cosas, la dificultad de probar pretensiones y daños, los “riesgos del litigio”, la posible quiebra de uno de los demandados, la amenaza de litigios prolongados, la naturaleza independiente e igualitaria de las negociaciones entre “calificados abogados”, la extensión del *discovery* completado, y el dotar de “gran peso” a las opiniones de los abogados de las partes); *In re Austrian & German Bank Holocaust Litig.*, 80 F. Supp. 2d 164, 174–178 (S.D.N.Y. 2000) (abordando, entre otras cosas, las dificultades de los actores “para establecer los daños en el juicio”, las negociaciones de naturaleza independiente y en igualdad de condiciones, si los demandados pueden soportar una sentencia mayor, y el pequeño número de objeciones); *Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa U.S.A., Inc.*, 396 F.3d 96, 117 (2d Cir. 2005) (considerando nueve factores); *In re Warfarin Sodium Antitrust Litig.*, 391 F.3d 516, 534–535 (3d Cir. 2004) (considerando nueve factores); *Ngwanyia v. Gonzales*, 376 F. Supp. 2d 923, 928 (D. Minn. 2005) (considerando cuatro factores).

Como fuera señalado, muchos de los criterios utilizados por las cortes tiene un cuestionable valor probatorio. Por ejemplo, puede ser injustificado confiar en el número de objetores o de miembros de la clase que optaron por excluirse dado que “en promedio, menos del 1 por ciento de los miembros de la clase optan por excluirse y alrededor del 1 por ciento de los miembros de la clase objetan los acuerdos”, Theodore Eisenberg & Geoffrey Miller, *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, 57 *Vand. L. Rev.* 1529, 1532 (2004). Además, las objeciones pueden representar nada más que objeciones “enlatadas” promovidas por objetores profesionales que buscan acciones de clase simplemente para obtener alguna suma de dinero mediante el planteo de protestas genéricas y de poca ayuda. . .”, *Shaw v. Toshiba Am. Info. Sys., Inc.*, 91 F. Supp. 2d 942, 973–974 (E.D. Tex. 2000).

### Capítulo 3

De la misma manera, el momento en que se celebra el acuerdo también puede tener una relevancia cuestionable a la hora de evaluar su justicia. En *Molski v. Gleich*, 318 F.3d 937 (9th Cir. 2003), la corte revocó un acuerdo de clase en un caso bajo la Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. § 12101 et seq. Uno de los fundamentos fue que “el actor nominal y los demandados alcanzaron un acuerdo sobre los componentes primarios del decreto consensuado dentro de los cuatro meses”. 318 F.3d at 955. Si bien no determinó la existencia de colusión *per se*, la corte señaló que el breve lapso de tiempo transcurrido hasta la celebración del acuerdo “indica que el actor nominal y los patrocinantes legales de la clase ‘no impulsaron o defendieron la acción con debida diligencia y prudencia razonable’”. Id. p. 956 (citas omitidas). En una opinión concurrente, el Juez Graber planteó su preocupación sobre el razonamiento de la mayoría respecto del momento en que el acuerdo fue celebrado:

La resolución temprana de disputas es saludable, y nosotros no deberíamos alentar los innecesarios gastos, demoras e incertidumbres que provoca un litigio extenso cuando las partes están preparadas para transigir. Tampoco deberíamos nosotros sostener, como lo hace la mayoría, que un rápido acuerdo sugiere necesariamente una falla en procesar o defender la acción con debida diligencia y prudencia razonable. Por el contrario, una resolución temprana puede demostrar que las partes y sus patrocinantes legales se encuentran bien preparados y bien conscientes de las fortalezas y debilidades de sus respectivas posiciones, así como también de los intereses que serán servidos mediante una amigable terminación del caso

318 F.3d p. 959 (citas omitidas). Esta Sección está de acuerdo con el enfoque del Juez Graber.

Para casos requiriendo un acentuado nivel de escrutinio cuando las partes buscan el acuerdo y la certificación simultáneamente, ver, por ejemplo, *In re Ins. Brokerage Antitrust Litig.*, MDL No. 1663, 2009 WL 2855855, p. \*10 (3d Cir. Sept. 8, 2009); *Warfarin Sodium Antitrust Litig.*, 391 F.3d at 534; *Hanlon v. Chrysler Corp.*, 150 F.3d 1011, 1026 (9th Cir. 1998).

*Comentario b.* Para discusiones sobre el llamado rol “fiduciario” ejercido por las cortes en las acciones de clase, ver, por ejemplo, *Reynolds v. Beneficial Nat’l Bank*, 288 F.3d 277, 279–280 (7th Cir. 2002) (Posner, J.); Chris Brummer, Note, *Sharpening the Sword: Class Certification, Appellate Review, and the Role of the Fiduciary Judge in Class Action Lawsuits*, 104 Colum. L. Rev. 1042, 1058–1071 (2004). Para una discusión de la importancia de abordar la representatividad adecuada al momento de la audiencia sobre la justicia del acuerdo, ver G. Donald Puckett,

### Capítulo 3

Note, *Peering Into a Black Box: Discovery and Adequate Attorney Representation for Class Action Settlements*, 77 Tex. L. Rev. 1271, 1294–1295 (1999).

*Comentario c.* Para casos imponiendo una presunción de que el acuerdo de clase es justo, ver, por ejemplo, *In re Cendant Corp. Litig.*, 264 F.3d 201, 232 n.18 (3d Cir. 2001) (aplicando una presunción de justicia cuando el acuerdo es negociado en forma independiente y en igualdad de condiciones luego de suficiente *discovery*, los proponentes tienen experiencia en litigios de clase y pocos miembros de la clase presentaron objeciones); *In re Heritage Bond Litig.*, Nos. 02-ML-1475-DT(RCX) et al., 2005 WL 1594403, at \*11 (C.D. Cal. 10 de Junio de 2005) (presunción de justicia surge cuando el caso involucra un patrocinio letrado con experiencia, negociaciones libres y en igualdad de condiciones, y suficiente *discovery*).

*Comentario d.* Numerosas cortes han reconocido que una corte puede aceptar o rechazar un acuerdo pero no imponer términos sobre partes que no lo desean. Ver, por ejemplo, *Evans v. Jeff D.*, 475 U.S. 717, 726–727 (1986) (“[E]l poder para aprobar o rechazar un acuerdo negociado por las partes antes del juicio no autoriza a la corte a requerir a las partes que acepten un acuerdo que no han consensuado”); *In re Domestic Air Transp. Antitrust Litig.*, 148 F.R.D. 297, 305 (N.D. Ga. 1993) (“[La corte] no puede reescribir el acuerdo como fue solicitado por numerosos objetores”).

*Comentario e.* Varias cortes han tomado el enfoque presentado en la subsección (e) en cuanto requiere una nueva notificación sólo en el supuesto de darse cambios sustanciales adversos. Ver, por ejemplo, *In re Diet Drugs Prods. Liab. Litig.*, 226 F.R.D. 498, 506 (E.D. Pa. 2005) (no requiriendo nueva notificación para “cambios técnicos” en el acuerdo); *In re Compact Disc Minimum Advertised Price Antitrust Litig.*, 292 F. Supp. 2d 184, 186 (D. Me. 2003) (notificación sobre “mejoras” al acuerdo enviadas a objetores y a quienes optaron por excluirse, pero no al resto de los miembros de la clase). Otras cortes, sin embargo, no han requerido una nueva notificación siquiera ante la presencia de cambios sustanciales. Ver *Jack B. Weinstein & Karin S. Schwartz, Notes from the Cave: Some Problems of Judges in Dealing with Class Action Settlements*, 163 F.R.D. 369, 377 (1995) (discutiendo jurisprudencia en conflicto y argumentando que la notificación a la clase es requerida cuando los cambios en el acuerdo son materiales).

*Efecto sobre el derecho vigente.* Debido a que la jurisprudencia especifica precisos factores que una corte debe considerar al revisar un acuerdo, y debido también a que la consideración de tales factores varía de manera significativa de jurisdicción a jurisdicción, para implementar esta Sección sería necesario un cambio de reglas en la mayoría de las jurisdicciones.

### § 3.06 Aprobación del acuerdo de clase

- (a) **En cualquier supuesto que las partes busquen simultáneamente la certificación y la aprobación del acuerdo, el caso no necesita satisfacer todos los requisitos para la certificación de una clase con propósitos de litigar sino, en cambio, sólo los requisitos de las sub-secciones (b) y (c) de esta Sección.**
- (b) **Sujeto a la sub-sección (c) de esta Sección, una corte puede aprobar un acuerdo de clase si determina que el mismo satisface los criterios establecidos en § 3.05, y además determina que (1) existen cuestiones comunes significativas, (2) la clase es suficientemente numerosa como para permitir el tratamiento colectivo, y (3) la definición de la clase es suficiente para establecer quien está y quien no incluido en ella. La corte no necesita concluir que las cuestiones comunes predominen sobre las cuestiones individuales.**
- (c) **Además de satisfacer los requisitos de la sub-sección (b) de esta Sección, cuando se trata de una clase obligatoria que persigue certificación y aprobación de acuerdo, los proponentes del acuerdo deben también demostrar que las pretensiones comprendidas en el mismo involucran remedios indivisibles tal como se define a éstos en § 2.04.**
- (d) **Si un acuerdo de clase propuesto no es aprobado, ninguna declaración, representación o argumento utilizado por los proponentes del acuerdo en este contexto puede ser utilizado contra ellos en cualquier litigio subsiguiente sobre la certificación de la clase o cuestiones de mérito del asunto.**

#### **Comentario:**

*a. Comparación con el derecho vigente.* Algunos acuerdos de clase son alcanzados mucho tiempo después de que el caso es certificado como una acción de clase. En tales casos, cuando las cortes consideran los requisitos para la certificación de clase asumen que el proceso avanzará hacia el juicio, aun cuando la mayoría de los casos que son certificados como acciones de clase eventualmente se acuerdan (al igual que se acuerdan antes del juicio la mayoría de los casos que no son acciones de clase). En otros supuestos las partes alcanzan un acuerdo de clase tempranamente, antes de que la corte se haya siquiera pronunciado sobre la viabilidad de la certificación de clase

### Capítulo 3

En esta última situación, al abordar los requisitos de la certificación de clase las cortes saben con certeza que, asumiendo que el acuerdo es aprobado y confirmado en apelación, el caso no irá a juicio.

Por muchos años las cortes y los comentaristas han debatido si los estrictos requisitos para certificar una acción de clase con propósito de litigarla deberían aplicar en el contexto de casos en los que la certificación es solicitada solamente con el propósito de lograr un acuerdo de clase. Según el derecho federal vigente, todos los requisitos para certificar una clase bajo la Regla 23(b)(3) aplican con respecto a una clase que sólo busca el acuerdo, excepto aquel que se refiere a la necesidad de que la corte considere “las probables dificultades para gestionar la acción de clase”. Algunos estados, en contraste, han adoptado reglas que eximen a este tipo de clase de los estrictos requisitos para certificar una clase con el propósito de litigar. Esta Sección no requiere que una clase al sólo efecto transaccional satisfaga todos los mismos requisitos que una clase certificada. Por ejemplo, las clases al sólo efecto transaccional no deberían sujetarse a una demostración rigurosa de que, en un juicio contencioso, las cuestiones comunes pesarían más que las cuestiones individuales. En la medida que haya suficiente carácter común entre las pretensiones para establecer que el caso es cohesivo en términos generales, la viabilidad del acuerdo no necesita depender de la satisfacción de un requisito de “predominancia”. Sin embargo, la inhabilidad para certificar una clase con propósitos de litigación puede ser importante evidencia de la falta de poder de los abogados de la clase para actuar en tal sentido y, por tanto, puede sugerir la posibilidad de una representación inadecuada. Ver § 3.05(a)(1).

Como la sub-sección (b) deja claro, ciertos requisitos fundamentales continúan siendo aplicables aun para clases con el sólo propósito de lograr un acuerdo. Todas las clases —sean para acuerdo o litigación— deben satisfacer los requisitos fundamentales básicos para certificar cualquier acción de clase, esto es, el carácter común de las pretensiones, la representatividad adecuada, y una definición de la clase que resulte suficiente para establecer quién está comprendido en ella y quién no. (El requisito de representatividad adecuada en la etapa de acuerdo está desarrollado en § 3.05(a)(1)). La corte, sin embargo, no necesita determinar que las cuestiones comunes superan en importancia a las cuestiones individuales. La eliminación de cualquier requisito mecánico que exija que las cuestiones comunes predominen en el caso debería ayudar a facilitar los acuerdos, siempre que se encuentren reunidos los indicios fundamentales de una representación justa y adecuada.

### Capítulo 3

*b. Acuerdos buscando certificación de una clase obligatoria.* Las clases al sólo efecto transaccional que buscan la certificación como clase obligatoria presentan cuestiones especiales. El tratamiento obligatorio de clases que persiguen obtener remedios divisibles plantea cuestiones constitucionales de debido proceso (ver § 2.04) y es, como mínimo, fuertemente desfavorecido. En consecuencia, antes de que una corte pueda certificar como clase obligatoria a una clase propuesta al sólo efecto transaccional, los proponentes deben demostrar que las pretensiones comprendidas en el acuerdo involucran remedios indivisibles, además de satisfacer los otros requisitos necesarios para la aprobación del acuerdo de clase.

*c. Efecto no vinculante de los argumentos presentados en apoyo de la certificación de una clase al sólo efecto transaccional.* Un destacado caso ha creado un posible riesgo para los demandados que apoyan la certificación de una clase al sólo efecto transaccional: si el acuerdo no avanza, el demandado puede ser vinculado —en un proceso contencioso de certificación de clase— por haber concedido en la etapa de acuerdo que el caso era idóneo para certificación. Este uso de las declaraciones efectuadas en la etapa de acuerdo podría disuadir a los demandados de formular propuestas de acuerdos de clase debido al temor que, en caso de hacerlo, podrían dañar su posición si el acuerdo no se materializa o bien podrían generar declaraciones que tengan efecto preclusivo en otro litigio. La sub-sección (d) dejar claro que las posiciones tomadas sobre la certificación en la etapa de acuerdo no pueden ser utilizadas contra el declarante o su cliente en el contexto de un proceso de certificación de clase contencioso o en cualquier otro contexto. Por supuesto que la sub-sección (d) no impide a una corte imponer sanciones si los proponentes del acuerdo han tergiversado los beneficios del acuerdo propuesto o han tomado posiciones que no fueron razonablemente avanzadas con el propósito de mantener un acuerdo válido. Ver § 3.08(c).

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* El derecho federal vigente se encuentra establecido en *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997). Allí, la Corte revisó la decisión del Tercer Circuito en *Georgine v. Amchem Products, Inc.*, 83 F.3d 610 (3d Cir. 1996). En *Georgine*, el Tercer Circuito sostuvo que todos los requisitos para certificar una clase a los efectos de litigar aplican a una clase propuesta al sólo efecto transaccional. En *Amchem* la Suprema Corte sostuvo que, mientras “una corte de distrito no necesita indagar si el caso, de ser

### Capítulo 3

enjuiciado, presentaría problemas de gestión insuperables”, ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(b)(3)(D), los otros requisitos de la Regla 23 “—aquellos diseñados para proteger a los ausentes bloqueando definiciones de clases injustificadas o excesivas— demandan una atención completa, incluso acentuada, en el contexto del acuerdo”. 521 U.S. p. 620.

Antes de *Amchem*, el Comité Consultivo sobre Reglas Civiles había estado considerando una propuesta de reforma (nueva Regla 23(b)(4)) que hubiera establecido lo siguiente: “[L]as partes de un acuerdo [pueden] requerir certificación bajo la subdivisión (b)(3) para propósitos de acuerdo, aun cuando los requisitos de la subdivisión (b)(3) puedan no estar reunidos para propósitos de enjuiciamiento”. 167 F.R.D. 559 (1997). Después de que la Suprema Corte decidió *Amchem*, el Comité Consultivo no avanzó con esta propuesta.

La propuesta del Comité Consultivo generó variadas reacciones. Para ejemplos de reacciones negativas, ver, entre otros, Christopher J. Willis, *Collision Course or Coexistence?* *Amchem Products v. Windsor and Proposed Rule 23(B)(4)*, 28 *Cumb. L. Rev.* 13, 27–36 (1997). Para reacciones favorables, ver, por ejemplo, Linda S. Mullenix, *The Constitutionality of the Proposed Rule 23 Class Action Amendments*, 39 *Ariz. L. Rev.* 615, 622–639 (1997); Eric D. Green, *What Will We Do When Adjudication Ends? We'll Settle in Bunches: Bringing Rule 23 into the Twenty-First Century*, 44 *UCLA L. Rev.* 1773, 1798–1799 (1997).

Para comentarios recientes criticando lo resuelto en *Amchem*, ver Elizabeth J. Cabraser, *The Class Action Counterreformation*, 57 *Stan. L. Rev.* 1475, 1476 (2005) (“[E]l multibillonario acuerdo rechazado por la Suprema Corte se perdió para siempre, y miles de reclamantes que hubieran negociado con gusto sus prístinos derechos de debido proceso por una compensación monetaria sustancial fueron consignados a la interminable espera que caracteriza las quiebras de compañías relacionadas con el amianto”).

Para reglas estatales que no requieren que las clases propuestas al sólo efecto transaccional deban cumplir los requisitos de una clase propuesta a efectos de litigar, ver, por ejemplo, La. Code Civ. Proc. Ann. art. 591(B)(4) (1997).

Sobre la preocupación de que la incapacidad de certificar una clase para litigar pueda comprometer la capacidad de los abogados de la clase para negociar un acuerdo favorable, ver, por ejemplo, *Amchem*, 521 U.S. p. 621; Charles Silver, “*We’re Scared to Death*”: *Class Certification and Blackmail*, 78 *N.Y.U. L. Rev.* 1357, 1368 (2003); John C. Coffee, Jr., *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, 95 *Colum. L. Rev.* 1343, 1379–1380 (1995).

### Capítulo 3

La Corte de *Amchem*, al sostener que los requisitos de la Regla 23(a) y (b)(3) aplican a las clases propuestas al sólo efecto transaccional (con excepción del requisito de capacidad de gestión previsto en la Regla 23(b)(3) (D)), articuló dos justificaciones. Primero, la Corte señaló que el texto de la regla clausuraba la capacidad de la Corte para crear excepciones a los requisitos de certificación en el contexto de clases propuestas al sólo efecto transaccional, debido a que los requisitos de la Regla 23(a) y (b) aplican con independencia de que haya o no un acuerdo. 521 U.S. pp. 620–621. Esa justificación no restringe por sí misma una potencial reforma de la regla que podría proveer, como se sugiere aquí, criterios diferentes para las clases propuestas al sólo efecto transaccional

Segundo, la Corte de *Amchem* señaló que, si una clase pudiera ser certificada sin satisfacer los requisitos de una clase propuesta a efectos de litigar, “los abogados de la clase confinados a las negociaciones por el acuerdo no podrían utilizar la amenaza del litigio para presionar por una mejor oferta . . .” Id. p. 593. Hay al menos dos dificultades con esta proposición. Para comenzar, en los casos de daños masivos frecuentemente la resolución global del asunto es impulsada por la presión de casos individuales. Bien puede ser que el patrocinio letrado de la clase tenga capacidad para utilizar la amenaza de litigar fuera del contexto colectivo para obtener un acuerdo colectivo favorable. Segundo, durante las negociaciones de un acuerdo previas a la certificación a menudo no está claro si la corte certificaría el caso para ser litigado. Con frecuencia es la posibilidad de certificación de clase —no la certeza— lo que lleva a las partes al acuerdo. A todo evento, la preocupación planteada por la corte se asienta en última instancia sobre la premisa de una falta de adecuada representación, lo cual requiere una indagación más amplia que aquella orientada simplemente a establecer la posibilidad de certificar la disputa global como una acción de clase para propósitos de litigación. La propuesta contenida aquí (que incorpora los criterios de § 3.05) especialmente requiere a la corte, en cualquier clase propuesta al sólo efecto transaccional, determinar que la clase haya sido adecuadamente representada. Un acuerdo al cual se arribe a través de una falta de poder de negociación adolecería de la ausencia de indicios sobre una representatividad adecuada y sería, casi con seguridad, tan deficiente que no podría satisfacer los criterios de justicia establecidos en § 3.05.

El principal efecto de esta propuesta sería reenfocar la atención sobre la representatividad adecuada y el justo tratamiento de los miembros de la clase en su relación con los demás y con el potencial valor de sus pretensiones. Este enfoque pondría la indagación judicial en la etapa del acuerdo de

### Capítulo 3

clase fuera del escenario de un juicio hipotético para dirigirla hacia el crítico indicio de la representación adecuada.

*Comentario c.* Para un ejemplo de una corte sosteniendo que, bajo los particulares hechos de la causa, un demandado se encontraba judicialmente precluido para oponerse a la certificación de clase luego de haber apoyado la certificación de la clase al sólo efecto de obtener un acuerdo, ver *Carnegie v. Household Int'l, Inc.*, 376 F.3d 656, 660 (7th Cir. 2004) (Posner, J.) (razonando que “habiendo cosechado un beneficio gracias a su pertinaz defensa del tratamiento del caso como una acción de clase con el propósito de lograr un acuerdo, no puede permitirse ahora [a los demandados] buscar mayores beneficios revirtiendo su posición”).

Para críticas de *Carnegie* con fundamento en que aplica equivocadamente la preclusión judicial y desalienta a los demandados para intentar alcanzar acuerdos de clase, ver John B. Nelsen, Note, *Fast and Loose Litigants and Courts: Carnegie v. Household International, Inc. and the End of Settlement Classes*, 84 Tex. L. Rev. 541 (2005). De hecho, ya antes de *Carnegie* muchas cortes y comentaristas habían asumido que los demandados podían litigar completamente la cuestión de certificación de clase si el acuerdo propuesto no era aprobado. Id. p. 552 n. 52 (citando jurisprudencia y doctrina).

Para casos sosteniendo que las cortes deben ser más vigilantes al revisar la justicia de los acuerdos de clase cuando la petición de certificación y el acuerdo son presentados simultáneamente, ver las Notas de los Reporteros a § 3.05.

*Efecto sobre el derecho vigente.* Como se explica más arriba, las sub-secciones (a) y (c) se alejarían de la interpretación de la Regla 23 establecida en *Amchem*, y, por tanto, podrían potencialmente requerir un cambio de reglas en las jurisdicciones cuyos sistemas sobre acciones de clase fueron modelados siguiendo las Reglas Federales y que toman como guía la jurisprudencia federal. Con respecto a la sub-sección (d), un cambio de reglas no resulta necesario pero podría ser útil para dejar claro que una corte no puede dar efecto preclusivo a las manifestaciones efectuadas en el contexto del acuerdo.

#### § 3.07 Acuerdos *Cy Pres*

**Una corte puede aprobar un acuerdo que propone un remedio *cy pres* aun cuando un remedio de este tipo no pudiera ser ordenado en un caso contencioso. Para determinar si un remedio *cy pres* es apropiado, la corte debe aplicar los siguientes criterios:**

- (a) **Si los miembros individuales de la clase pueden ser identificados a través de un esfuerzo razonable y los resultados son suficientemente grandes para tornar económicamente viables las distribuciones individuales, el producido del acuerdo debería ser distribuido directamente a los miembros individuales de la clase.**
- (b) **Si el acuerdo involucra distribuciones individuales a los miembros de la clase y luego de efectuarlas quedara un fondo disponible (porque algunos miembros de la clase no pudieron ser identificados o eligieron no participar), el acuerdo debería presumiblemente proveer nuevas distribuciones para los miembros de la clase a menos que los montos involucrados sean demasiado pequeños para tornar económicamente viable tales distribuciones adicionales o existan otras razones que tornen a éstas imposibles o injustas.**
- (c) **Si basada en los criterios establecidos en las sub-secciones (a) y (b) la corte determina que las distribuciones individuales no son viables, el acuerdo puede utilizar un enfoque *cy pres*. La corte, cuando sea factible, debería requerir a las partes que identifiquen un destinatario de los fondos cuyos intereses razonablemente se aproximen a los perseguidos por la clase. Si, y sólo si, luego de un minucioso análisis e investigación no puede identificarse ningún destinatario cuyos intereses se aproximen razonablemente a aquellos perseguidos por la clase, una corte puede aprobar un destinatario que no cumpla tal requisito.**

### **Comentario:**

*a. Fines del remedio cy pres.* El remedio de *cy pres* tiene su origen en el contexto de los fondos de caridad. La idea era que si los precisos términos del testador no podían ser llevados a cabo (por ejemplo, porque una organización caritativa específica dejó de existir), la corte podría modificar el fondo de manera tal que pueda llevar adelante la intención del testador de la mejor manera posible (por ejemplo, seleccionando una entidad caritativa similar).

Un remedio relacionado, conocido como *fluid recovery*, provee respuesta a futuros consumidores para aproximarse razonablemente a los intereses perseguidos por la clase afectada cuando los miembros de ésta no pueden

### Capítulo 3

ser razonablemente identificados. Esta Sección utiliza el término *cy pres* de manera amplia para referirse a ambos tipos de remedio.

En el marco de acuerdos, las cortes han aprobado remedios *cy pres* en dos situaciones. Primero, muchas cortes autorizan acuerdos que dirigen fondos a una tercera parte cuando éstos sobran luego de que todas las pretensiones individuales fueron satisfechas. Sujeto a una estricta excepción en la subsección (c), esta Sección aprueba este tipo de *cy pres* sólo cuando no es factible realizar nuevas distribuciones a los miembros de la clase y los intereses del tercero a quien se destinan los fondos se aproximan a los intereses de los miembros de la clase. Segundo, algunas cortes autorizan acuerdos que requieren exclusivamente un pago a un tercero; esto es, que no proveen suma alguna para ser distribuida directamente a los miembros de la clase. El remedio de *fluid recovery* encuadra en esta segunda categoría. Esta Sección aprueba este último tipo de remedio *cy pres* sólo cuando la distribución de fondos directamente a los miembros de la clase no resulta factible y los intereses del tercero destinatario de tales fondos se aproximan a los intereses de la clase.

*b. Circunstancias en que el remedio cy pres resulta apropiado.* Esta Sección parte de la premisa que los fondos generados a través de la litigación colectiva de pretensiones divisibles son presuntamente propiedad de los miembros de la clase (y que el acuerdo no ha sido estructurado de modo tal que cualquier fondo remanente vuelva al demandado). Partiendo de ese punto de ventaja, en general esta Sección permite remedios *cy pres* sólo cuando las distribuciones directas a los miembros de la clase no son factibles -sea porque éstos no pueden ser razonablemente identificados o porque la distribución involucraría montos tan pequeños que, debido a los costos administrativos involucrados, la distribución no sería económicamente viable. En circunstancias de este tipo, debería haber una obligación presunta de otorgar cualquier fondo remanente a una entidad que se asemeje, en su composición o propósito, a los miembros de la clase o sus intereses.

Aun asumiendo que los miembros de la clase pueden ser razonablemente identificados y que las distribuciones directas tienen sentido económico, puede ocurrir que queden fondos porque algunos miembros de la clase no pudieron ser identificados o eligieron no presentar sus pretensiones. Bajo esta Sección, asumiendo que nuevas distribuciones a los miembros de la clase previamente identificados serían económicamente viables, este enfoque es preferible a las distribuciones *cy pres*. Esta Sección rechaza la posición impulsada por algunos pocos comentaristas según la cual el remedio *cy pres* es preferible a realizar nuevas distribuciones a favor de los miembros de la clase. Tales comentaristas razonan que nuevas distribuciones podrían

### Capítulo 3

constituir una ganancia extraordinaria para esos miembros de la clase. Sin embargo, pocos acuerdos otorgan el 100 por ciento de las pérdidas de los miembros de la clase y, por tanto, en la mayoría de los casos es poco probable que nuevas distribuciones a los miembros de la clase puedan resultar en más que un recupero del 100 por ciento para esos miembros. A todo evento, esta Sección considera que en la mayoría de las circunstancias las distribuciones dirigidas a los miembros de la clase se aproximan mejor a las finalidades del derecho sustantivo que las distribuciones a terceras partes que no fueron directamente dañadas por la conducta del demandado.

El *cy pres* es preferible a otras opciones disponibles para una corte cuando las distribuciones directas no son viables. Una opción es devolver los fondos remanentes al demandado aun cuando el acuerdo no contenga una previsión expresa de reversión. Esta opción, sin embargo, socavaría la función disuasoria de las acciones de clase y las bases de derecho sustantivo que operan como fundamento del recupero al premiar al alegado infractor simplemente porque la distribución a la clase no sería viable. Otra opción, pasar los bienes al estado como ocurre en los casos de herencias vacantes, beneficiaría a todos los ciudadanos de igual manera, aun a quienes no hubieran sido dañados por la alegada conducta del demandado. Un remedio *cy pres* otorgado a favor de un destinatario cuyos intereses se aproximan mucho a los intereses de la clase es preferible a cualquiera de ambas opciones.

La Sección 3.07(c) provee que si no es posible una sentencia a favor de un destinatario cuyos intereses se aproximen razonablemente a los intereses de la clase, la corte puede designar un destinatario alternativo. En la práctica, el nivel de esfuerzos que una corte y las partes deben realizar para identificar un destinatario cuyos intereses se aproximen razonablemente a los de la clase será necesariamente variable en función de los hechos del caso, especialmente del monto de distribución en juego. Para montos pequeños, una corte puede estar más inclinada a aprobar una organización como destinataria sin realizar una extensa investigación sobre otras entidades disponibles, mientras que cuando hay más dinero en juego se requerirá una búsqueda más exigente.

Un remedio *cy pres* no debería ser ordenado si la corte o cualquiera de las partes tienen una relación previa significativa con el pretendido destinatario que pudiera generar sustanciales interrogantes sobre si la selección de éste fue realizada en base a sus méritos.

Bajo la sub-sección (c), antes de aprobar un destinatario cuyos intereses no se aproximan a los intereses de la clase, la corte debe determinar que nuevas distribuciones directas hacia los miembros de la clase no son factibles

### Capítulo 3

y que, a pesar de una exhaustiva investigación y análisis, no pudo hallarse ningún destinatario que se aproxime a los intereses de la clase. Una vez que realizó esas determinaciones y se encuentra en proceso de seleccionar un destinatario apropiado, la corte debería dar peso a las elecciones de las partes, tal como hayan sido manifestadas en el acuerdo, respecto de quien debería ser tal destinatario. Si el acuerdo no designa un destinatario, la corte designará un destinatario apropiado luego de solicitar la opinión de las partes sobre el asunto. A menos que la corte realice las determinaciones específicas requeridas por la sub-sección (c), el *cy pres* no puede utilizarse cuando no existe un nexo estrecho entre el destinatario propuesto y la clase, con independencia de qué tan “digno” la corte y las partes consideren a dicho destinatario.

Nada en esta Sección requeriría que un acuerdo efectivamente recupere dinero para los miembros de la clase, en la medida que la clase tenga conocimiento de tal hecho por medio de una notificación del acuerdo apropiadamente elaborada. Por ejemplo, nada en esta Sección prohíbe un acuerdo que se limite exclusivamente a un remedio inyuntivo. De igual modo, nada en esta Sección limita la capacidad de las legislaturas para designar destinatarios apropiados de fondos remanentes en ciertas circunstancias particulares, incluyendo a los proveedores de servicios legales gratuitos.

#### Ejemplos:

1. Una compañía de taxi supuestamente cobró sobrepagos por sus servicios durante un período de cuatro años previos al inicio de la demanda. Los miembros de la clase específicamente dañados no pueden ser identificados, y aun si pudieran serlo el monto que típicamente le correspondería a cada uno de ellos probablemente sería muy pequeño. Las partes proponen un acuerdo por el cual la compañía reducirá la tarifa de taxi durante un período de tiempo para compensar por los sobrepagos. Si bien los beneficiarios del acuerdo (futuros pasajeros) no son idénticos a los miembros de la clase dañada, el remedio es un esfuerzo, tan cercano como es posible, para compensar a las víctimas. Un acuerdo de este tipo configura una forma adecuada de distribuir el producido de la clase (dejando a un lado la discusión sobre si podría afectar injustamente a compañías de taxi competidoras).
2. En una demanda por discriminación laboral que involucra a 100 individuos Afro-Americanos como miembros de la clase en recla-

mo de más de \$50.000 cada uno, las partes proponen un acuerdo que dispone un pago de \$5 millones al Fondo de Defensa Legal de la NAACP. El acuerdo es impropio ya que el empleador tiene la información de contacto de todos o la mayoría de los miembros de la clase y los montos involucrados son suficientemente altos para esperar que la mayoría de ellos promueva sus pretensiones. Por otro lado, si un acuerdo establece pagos individuales a los miembros de la clase y al final del período para presentar peticiones quedan fondos remanentes por un total de \$5 millones, la donación de esta suma a una entidad que beneficie indirectamente a los miembros de la clase y otras víctimas de discriminación racial, tal como el Fondo de Defensa Legal de la NAACP, resultaría apropiada si los pagos adicionales a los miembros de la clase identificados no sería económicamente viable.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Esta Sección aborda los acuerdos en que las partes establecen un remedio de *cy pres*, como algo distinto a la situación en que es una corte la que ordena una distribución *cy pres* como remedio en una acción de clase contenciosa.

Para comentarios discutiendo la diferencia entre el *cy pres* tradicional y el *fluid recovery*, ver Martin H. Redish, Peter Julian, & Samantha Zyontz, *Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis* at 59–60 (manuscrito no publicado, disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=1485047> (visitado por última vez el 11 de Agosto de 2013).

Para autoridades discutiendo la historia del remedio de *cy pres* y su aplicación a las acciones de clase, ver, por ejemplo, *Mirfasihi v. Fleet Mortgage Corp.*, 356 F.3d 781, 784–785 (7th Cir. 2004) (Posner, J.); *In re Lupron Marketing and Sales Practices Litig.*, No. 01-CV-10861-RGS, 2009 WL 1395411, pp. \*1–\*2 (D. Mass. May 19, 2009) (citando un borrador previo de estos Principios del Derecho de los Procesos Colectivos); *S.E.C. v. Bear Stearns & Co.*, 626 F. Supp. 2d 402, 414 (S.D.N.Y. 2009) (igual); *Schwab v. Phillip Morris U.S.A., Inc.*, 449 F. Supp. 2d 992, 1251–1271 (E.D.N.Y. 2006), *rev'd*, *McLaughlin v. Philip Morris*, 522 F.3d 215 (2d Cir. 2008); Susan Beth Farmer, *More Lessons from the Laboratories: Cy Pres Distributions in Parens Patriae Antitrust Actions Brought By State Attorneys General*, 68 *Fordham L. Rev.*

### Capítulo 3

361, 391–399 (1999). Ver también Robert H. Klonoff & Mark Herrmann, *The Class Action Fairness Act: An Ill-Conceived Approach to Class Settlements*, 80 Tul. L. Rev. 1695, 1704–1705 (2006) (argumentando que “el *cy pres* debería . . . estar disponible . . . cuando porciones del fondo obtenido por un acuerdo probablemente no serán objeto de reclamo”).

Para ejemplos de una corte utilizando la doctrina *cy pres* a fin de desembolsar fondos sobrantes del acuerdo después de que todos los actores habían sido satisfechos, ver *In re Publication Paper Antitrust Litigation*, Nos. 3:04 MD 1631(SRU) et al., 2009 WL 2351724, pp. \*1–\*2 (D. Conn. July 30, 2009) (“Con respecto a la aprobación del acuerdo que establece un remedio *cy pres*, [un borrador previo de estos Principios del Derecho de los Procesos Colectivos] propuso una regla limitando el *cy pres* a “circunstancias en las cuales la distribución directa a los miembros individuales de la clase no es económicamente factible, o donde quedan fondos remanentes después de que los miembros de la clase recibieron una completa oportunidad para promover una pretensión.””) (citando *Masters v. Wilhelmina Model Agency, Inc.*, 473 F.3d 423, 436 (2d Cir. 2007)); *In re Tyco Intern., Ltd. Multi-district Litig.*, 535 F. Supp. 2d 249, 262 (D.N.H. 2007) (también citando un borrador previo de estos Principios como acorde con la decisión de la corte de aplicar la doctrina *cy pres* una vez que los desembolsos prorrateados a favor de los miembros de la clase no son “económicamente viables”).

Para autoridad sosteniendo que un remedio *cy pres* no puede ser usado en una acción de clase contenciosa a fin de evitar problemas de capacidad de gestión, ver, por ejemplo, *McLaughlin v. Am. Tobacco Co.*, 522 F.3d 215, 231–233 (2d Cir. 2008); *Six (6) Mexican Workers v. Ariz. Citrus Growers*, 904 F.2d 1301, 1305 (9th Cir. 1990). Numerosas cortes, sin embargo, han indicado que los remedios *cy pres* pueden ser permisibles en acuerdos de clase. Ver, por ejemplo, *Masters*, 473 F.3d pp. 435–436; *Six Mexican Workers*, 904 F.2d p. 1305. Pero aun sobre este punto las cortes están divididas. Por ejemplo, el Noveno Circuito ha afirmado que, aun en el contexto de un acuerdo, un remedio *cy pres* puede “eludir requisitos probatorios individualizados y alterar los derechos sustantivos en disputa”. *Molski v. Gleich*, 318 F.3d 937, 954 (9th Cir. 2003).

Para un ejemplo del uso de *cy pres* en el contexto de acuerdos debido a la inviabilidad de realizar distribuciones directas a los miembros de la clase, ver *Block v. McDonald’s Corp.*, No. 00 CH 9137 (Cir. Ct. of Cook County, Ill. Oct. 30, 2002), disponible en <http://www.edcombs.com/CM/Notices/Notices233.asp> (última visita el 11 de Agosto de 2013) (aprobando un acuerdo de clase en un caso donde se alegaba que McDonald’s utilizaba grasa

### Capítulo 3

de buey o extracto de ternera para preparar las papas fritas y las papas con cebolla, a pesar de representar en sus publicidades que esas comidas estaba cocinadas en aceite vegetal; McDonald's acordó pagar \$10 millones a varias organizaciones de vegetarianos y de nutrición). Para otros ejemplos, ver *Bruno v. Superior Court*, 179 Cal. Rptr. 342 (Cal. Ct. App. 1981) (caso alegando fijación ilegal de los precios de la leche y buscando, entre otras cosas, una baja de tales precios en el área afectada); Kerry Barnett, *Equitable Trusts: An Effective Remedy in Consumer Class Actions*, 96 Yale L.J. 1591 (1987) (dando ejemplos de casos). Para un ejemplo del uso creativo de *cy pres* por parte de una corte en un complejo acuerdo que involucraba millones de miembros de una clase, ver *In re Holocaust Victim Asset Litig.*, 424 F.3d 132 (2d Cir. 2005) (una de varias sentencias del Segundo Circuito confirmando el uso de *cy pres* por la corte para distribuir parte del acuerdo por \$1,25 billones entre las víctimas del saqueo Nazi más necesitadas).

Sobre la importancia de asegurar que, de ser posible, las sumas obtenidas vayan a los miembros de la clase en el contexto de casos por discriminación racial, ver Michael Selmi, *The Price of Discrimination: The Nature of Class Action Employment Discrimination Litigation and Its Effects*, 81 Tex. L. Rev. 1249, 1249–1252 (2003) (urgiendo un incremento en la participación de la corte para asegurar “mayores indemnizaciones monetarias para los actores y monitorear el acuerdo”); ver también Derrick A. Bell, Jr., *Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation*, 85 Yale L.J. 470 (1976).

En circunstancias excepcionales, las cortes pueden usar su discreción para determinar el modo de desembolsar fondos después de que todas las pretensiones de la clase han sido satisfechas. Por ejemplo, en *In re Pharmaceutical Industry Average Wholesale Price Litigation*, —F.3d—, 2009 WL 3933088 (1st Cir., 19 de Noviembre de 2009), la corte se basó en un borrador previo de estos Principios del ALI al determinar que la distribución *cy pres* era apropiada en un litigio sobre el precio de drogas utilizadas como parte del tratamiento del cáncer de próstata. La corte entendió que la creación de un fondo *cy pres* era apropiada ya que todos los miembros de la clase recibirían una indemnización triplicada de los daños sufridos antes de la distribución de cualquier fondo, asegurando por tanto una compensación estatutaria completa para la clase, y los montos residuales serían utilizados para financiar investigación o tratamientos relacionados con el cáncer de próstata. *Id.* p. \*9.

*Comentario b.* Para autoridad sosteniendo que los remedios *cy pres* deberían ser usados sólo cuando resulta difícil identificar a los miembros

### Capítulo 3

de la clase, cuando los fondos involucrados son demasiado pequeños para distribuirlos económicamente a los miembros individuales de la clase, o bien cuando existen fondos no reclamados, ver *Masters*, 473 F.3d pp. 435–436. Para una discusión sobre la necesidad de designar un destinatario “tan cercano como sea posible” a la clase, ver *id.*

Para comentarios impulsando el uso del remedio *cy pres* por sobre las nuevas distribuciones a los miembros de la clase, ver, por ejemplo, Farmer, *More Lessons*, 68 Fordham L. Rev. at 393 (distribuir fondos remanentes después de la distribución inicial a los miembros de la clase que presentaron sus pretensiones “es inequitativo porque los miembros de la clase que han sido compensados en su totalidad por los daños sufridos no tienen una pretensión legítima sobre ningún resto”).

Para ejemplos de remedios *cy pres* que no están contemplados en esta Sección porque no tienen un nexo con la clase, carecen de determinaciones específicas en cuanto a que nuevas distribuciones a los miembros de la clase no son factibles, y no contienen determinaciones específicas en cuanto a la imposibilidad de encontrar algún destinatario que se aproxime a los intereses de la clase, ver, por ejemplo, *Superior Beverage Co., v. Owens-Illinois, Inc.*, 827 F. Supp. 477 (N.D. Ill. 1993) (en un caso de alegada fijación de precios de envases de vidrio, la corte distribuyó los fondos no reclamados entre un museo de arte y varias organizaciones de servicios legales); *Jones v. Nat'l Distillers*, 56 F. Supp. 2d 355 (S.D.N.Y. 1999) (fondos no distribuidos en un caso de fraude accionario asignados a una sociedad de prestación de servicios legales gratuitos).

Para disposiciones legislativas permitiendo que los fondos residuales sean distribuidos entre organizaciones de servicios legales y ciertas organizaciones caritativas, ver, por ejemplo, Cal. Civ. Proc. Code § 384 (West 2004); 735 Ill. Comp. Stat. 5/2-807 (2008).

El Ejemplo 1 está basado en *Daar v. Yellow Cab Co.*, 433 P.2d 732 (Cal. 1967). Ver *Blue Chip Stamps v. Superior Court*, 556 P.2d 755, 760 n.1 (Cal. 1976) (Tobriner, J., voto concurrente) (discutiendo el acuerdo de *Daar*).

*Efecto sobre el derecho vigente.* La jurisprudencia ha tomado varios enfoques sobre qué tipos de remedios *cy pres* son permisibles en caso de avanzarse con alguno. En algunas jurisdicciones, un cambio de reglas puede ser necesario para establecer las precisas circunstancias en que los remedios *cy pres* pueden ser autorizados.

### § 3.08 Rechazo por la corte del acuerdo propuesto; honorarios de abogados para y en contra de los objetores

- (a) **Una corte que rechaza un acuerdo propuesto en su totalidad puede ordenar la designación de nuevos abogados y de un nuevo representante de la clase. La corte puede también ordenar el pago de honorarios de abogados de un fondo común por los esfuerzos realizados en beneficio de los miembros de la clase que objetan y logran, de ese modo, mejorar el acuerdo para la clase o alguna sub-clase. Tales honorarios están relacionados con la magnitud de la mejora en el recuperado final de los miembros de la clase.**
- (b) **Si los objetores demuestran que el acuerdo debería ser rechazado en su totalidad, y si una sentencia de clase o acuerdo es obtenido después en un nuevo o reconfigurado caso involucrando básicamente las mismas alegaciones de infracción, debería permitirse a los objetores del primer acuerdo recuperar honorarios razonables si pueden demostrar que sus esfuerzos previos fueron un instrumento para sentar las bases del consiguiente beneficio para la clase.**
- (c) **Si los objetores tienen éxito en sus impugnaciones al acuerdo y pueden mostrar que las posiciones de actores y demandados tergiversaron los beneficios del acuerdo propuesto y no fueron avanzadas razonablemente con el propósito de sostener un acuerdo válido, la corte debería considerar la imposición de sanciones contra los abogados de la clase, los abogados del demandado o las partes conforme el derecho aplicable.**
- (d) **Si la corte concluye que los objetores han formulado objeciones insustanciales y no orientadas razonablemente a obtener el rechazo o una mejora en el acuerdo, la corte debería considerar imponer sanciones contra los objetores o sus abogados conforme el derecho aplicable.**

#### **Comentario:**

*a. Comparación con el derecho vigente.* Un acuerdo de clase propuesto que es rechazado por la corte puede poner en discusión la representatividad adecuada de los miembros de la clase ausentes. Cuando el acuerdo es re-

### Capítulo 3

chazado como resultado de impugnaciones formuladas por objetores, éstos se convierten, de hecho, en los guardianes de los intereses de la clase. Esta Sección aborda el poder de las cortes para reconocer en tales circunstancias las contribuciones al avance de los intereses de la clase. Primero tenemos el poder de la corte para volver sobre el rol de los representantes y abogados de la clase a fin de reconsiderar si alguno de ellos, o ambos, sirvieron como representantes adecuados. Segundo, debe haber un correspondiente poder para recompensar los esfuerzos realizados por los objetores en beneficio de la clase, pero sólo en los supuestos en que las objeciones son sustanciales y meritorias. De acuerdo con la práctica reciente en el ámbito de las acciones de clase, en algunos supuestos los abogados de los objetores son compensados como resultado de acuerdos laterales con los abogados de la clase y los abogados de la defensa. La prospectiva de tales acuerdos provee un incentivo para formular objeciones insustanciales, y a menudo pone a los abogados de la clase en una situación comprometida en la cual no pagar a los objetores podría demorar, e incluso socavar, un buen acuerdo de clase. Debido a las reformas del año 2003 a la Regla 23(e), los acuerdos laterales de este tipo deben ahora ser descubiertos a la corte, removiendo así de la ecuación un elemento de astucia estratégica.

Si bien las objeciones estratégicas son una preocupación, hay circunstancias apropiadas en que los abogados de los objetores son recompensados con honorarios por la corte, aun en ausencia de un acuerdo lateral. El fundamento apropiado para una recompensa de honorarios a favor de los abogados de los objetores finca en que éstos han logrado que la clase o cierto segmento de ella alcance un mejor acuerdo. Esto se encuentra en marcado contraste con casos en que los honorarios son pagados a los abogados de los objetores no porque éstos hayan formulado objeciones válidas sino porque han amenazado prolongar el procedimiento apelando el acuerdo con fundamentos insustanciales y demorando de ese modo las distribuciones a los miembros de la clase y sus abogados. Esta Sección está diseñada para recompensar a los abogados de los objetores por impugnaciones legítimas que mejoren materialmente el acuerdo, pero al mismo tiempo autoriza a las cortes a brindar una respuesta adecuada a las objeciones que son insustanciales o irrazonables.

Esta Sección también está diseñada para llenar una seria laguna en el derecho vigente: la ausencia de algún mecanismo para compensar objetores que tienen éxito en convencer a la corte de rechazar completamente un acuerdo. Debido a esa laguna, los abogados de legítimos objetores tienen pocos incentivos para impugnar cuando el eventual resultado favorable de

### Capítulo 3

su intervención sería invalidar todo el acuerdo. Al autorizar la regulación de honorarios cuando hay un acuerdo o sentencia posterior, esta Sección se encuentra diseñada para facilitar la formulación de legítimas objeciones, aun cuando éstas puedan resultar en la invalidación del acuerdo completo. Esta Sección también subraya la autoridad de la corte, conforme el derecho aplicable, para imponer sanciones sobre los abogados de los actores, los abogados del demandado o las partes cuando las posiciones en contra de los objetores no fueron avanzadas razonablemente con el propósito de sostener un acuerdo válido.

*b. Utilidad de los objetores.* Las objeciones formuladas de buena fe a un acuerdo pueden ser útiles para la corte al iluminar problemas que probablemente no hayan sido señalados por los abogados de la clase ni por los abogados de la defensa, cuyos intereses están unidos en apoyo del acuerdo. Por otra parte, debido a otros asuntos urgentes o bien a la necesidad de mover sus expedientes, una corte puede no estar en condiciones por sí misma de dar al acuerdo un escrutinio suficiente para descubrir potenciales problemas.

Al mismo tiempo, los objetores plantean potenciales preocupaciones. Algunas objeciones no representan un esfuerzo de buena fe para mejorar el acuerdo sino, en cambio, son simplemente un esfuerzo orientado a asegurar honorarios para los abogados del objetor. Una objeción infundada, seguida de una apelación después de que la objeción es rechazada, puede demorar la finalización del acuerdo por meses o incluso años.

La tarea de la corte es efectuar un balance entre la necesidad de imponer sanciones en un caso particular y la preocupación de que la amenaza de tales sanciones puede disuadir la formulación de legítimas objeciones.

*c. Penalidades por objeciones indebidas.* Bajo esta Sección, si la corte concluye que las objeciones levantadas eran insustanciales y objetivamente irrazonables, no debería dudar en cargar a los abogados de los objetores con el pago de costos y honorarios (y, en situaciones de extrema gravedad, a los propios objetores). Sin embargo, al considerar esta alternativa, la corte debería optar por no ordenar tal pago a cargo de los abogados del objetor a menos que la conducta abusiva resulte clara. Esta Sección avizora que las sanciones serán aplicadas en base al derecho existente (por ejemplo, Reg. Fed. de Proc. Civ. 11, 28 U.S.C. § 1927). Sin embargo, si una jurisdicción en particular no tiene reglas que establezcan sanciones para cubrir esta situación, puede ser necesaria la adopción de un estatuto o regla en la materia.

## Capítulo 3

### Ejemplos:

1. En la audiencia sobre la justicia del acuerdo, varios objetores cuestionan con éxito el acuerdo celebrado en un caso de consumo de productos elaborados. La corte, basada en las objeciones, concluye que los procedimientos para promover pretensiones eran confusos, costosos y engorrosos, lo cual probablemente desalentaría de avanzar en tal sentido a muchos o la mayoría de los miembros de la clase. Como resultado, la corte rechaza el acuerdo en su totalidad. El caso se acuerda posteriormente utilizando procedimientos nuevos y simplificados para las pretensiones individuales de los miembros de la clase. La corte puede otorgar honorarios razonables a los objetores que cuestionaron con éxito el acuerdo previo.
2. En una audiencia preliminar para considerar un acuerdo propuesto en una acción de clase en defensa de la competencia, varios objetores cuestionan el acuerdo con fundamento en que el período de 45 días para optar por excluirse es demasiado corto, aun cuando numerosos acuerdos similares han sido aprobados con períodos para optar por excluirse de entre 30 y 45 días. Los abogados de los objetores amenazan apelar el acuerdo y prolongar el procedimiento a menos que este período para optar por excluirse sea modificado, a pesar de que hay poca o ninguna autoridad para la particular objeción que está siendo formulada, y aun cuando esa objeción sería rechazada en última instancia tanto por la corte de juicio como por la corte de apelación. Al rechazar la objeción, la corte de juicio tiene discreción para imponer costos y honorarios a cargo de los objetores o sus abogados si esto resulta permitido bajo el derecho aplicable. En la mayoría de los casos las sanciones deberían ser impuestas sólo sobre los abogados de los objetores y no sobre estos últimos.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Para una discusión de los procedimientos que siguen las objeciones a los acuerdos de clase, ver, por ejemplo, *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 21.643, pp. 326–328 (2004).

*Comentario b.* Para una discusión de los problemas de colusión en acuerdos de clase, ver, por ejemplo, John C. Coffee, Jr., *Understanding the Plaintiff's Attor-*

**Capítulo 3**

ney: *The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions*, 86 Colum. L. Rev. 669, 715–716 (1986); Susan P. Koniak & George M. Cohen, *In Hell There Will Be Lawyers Without Clients or Law*, 30 Hofstra L. Rev. 129, 145–155 (2001).

Para una discusión de las dificultades presentes a la hora de asegurar que la corte de juicio realice un análisis cuidadoso de los acuerdos de clase, ver, por ejemplo, Samuel Issacharoff, *Class Action Conflicts*, 30 U.C. Davis L. Rev. 805, 829 (1997); John C. Coffee, Jr., *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, 100 Colum. L. Rev. 370, 389 (2000).

Para una propuesta que permitiría a los objetores pujar por el derecho a servir como abogados líderes de la clase, ver Geoffrey P. Miller, *Competing Bids in Class Action Settlements*, 31 Hofstra L. Rev. 633 (2003).

Para autoridad permitiendo a las cortes asignar honorarios con fundamento en la “contribución relativa de las firmas y abogados individuales a la obtención del resultado final del litigio”, ver *In re Diet Drugs Prods. Liab. Litig.*, No. Civ. A. 99-20593, MDL 1203, 2003 WL 21641958, p. \*6 (E.D. Pa. 15 de Mayo de 2003). Para autoridad sobre la capacidad de las cortes de gravar equitativamente las contribuciones realizadas por los abogados, ver *In re Diet Drugs Prods. Liab. Litig.*, No. 08-2387, 2009 WL 3212548 (3d Cir. 8 de Octubre de 2009).

Sobre la necesidad y utilidad de los objetores, ver, por ejemplo, *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 21.643, p. 326 (2004); *Reynolds v. Beneficial Nat'l Bank*, 288 F.3d 277, 287–288 (7th Cir. 2002) (Posner, J.); *Crawford v. Equifax Payment Servs. Inc.*, 201 F.3d 877, 881 (7th Cir. 2000) (Easterbrook, J.); *Bell Atlantic Corp. v. Bolger*, 2 F.3d 1304, 1310 (3d Cir. 1993).

Para una discusión del indebido rol que algunas veces juegan los objetores demorando acuerdos legítimos, ver, por ejemplo, *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 21.643, at 326 (2004); William B. Rubenstein, *The Fairness Hearing: Adversarial and Regulatory Approaches*, 53 UCLA L. Rev. 1435, 1448–1451 (2006); Richard A. Nagareda, *Administering Adequacy in Class Representation*, 82 Tex. L. Rev. 287, 375–377 (2003); Edward Brunet, *Class Action Objectors: Extortionist Free Riders or Fairness Guarantors*, 2003 U. Chi. Legal F. 403. Para un reconocimiento del problema que implica el hecho que, bajo el derecho vigente, los objetores que invalidan con éxito un acuerdo completo no reciben honorario alguno, ver, por ejemplo, Rubenstein, *Fairness Hearing*, 53 UCLA L. Rev. at 1450; Koniak & Cohen, *In Hell There Will Be Lawyers Without Clients or Law*, 30 Hofstra L. Rev. at 154.

*Efecto sobre el derecho vigente.* La sub-sección (a) refleja jurisprudencia vigente y no requiere un cambio de reglas. Podría decirse que la sub-sección (b)

### Capítulo 3

no requiere un cambio de reglas, aun cuando las cortes raramente, si es que alguna vez, asignan honorarios basados en las acciones de los objetores para demostrar que un acuerdo previo debería ser rechazado. Las sub-secciones (c) y (d) requieren un cambio de reglas sólo en aquellas jurisdicciones cuyas reglas vigentes en materia de sanciones no sean suficientemente amplias para cubrir estas situaciones.

#### § 3.09 *Special Officers, Special Masters, expertos y otros adjuntos designados por la corte*

- (a) **Además de considerar las opiniones de los objetores, en circunstancias apropiadas la corte puede designar uno o más asistentes cuya función es ayudar a asegurar que cualquier acuerdo de clase sea justo y razonable en lo que respecta a su negociación e implementación. Tales asistentes pueden incluir, enter otros, a:**
- (1) **un *special officer*, cuya función es revisar cuestiones desde la perspectiva de la clase; o**
  - (2) **un *special master*, cuya función es servir como asesor neutral de la corte con respecto a la justicia del acuerdo y la representatividad adecuada de las subdivisiones de la clase.**
- (b) **La corte puede designar su propio experto para analizar aspectos técnicos o científicos de un acuerdo propuesto.**
- (c) **La corte puede solicitar la opinión de oficiales federales o estatales apropiados con respecto a la justicia del acuerdo propuesto, otorgando a las partes una oportunidad para responder a cualquier opinión ofrecida.**
- (d) **Al designar un oficial adjunto de la corte, ésta debería efectuar un balance entre el probable costo y demora que insumirá tal designación y los beneficios que ella puede acarrear.**

#### Comentario:

*a. Funciones de los asistentes designados por la corte.*

(1) *Special officers.* Ocasionalmente las cortes han designado *special officers*

### Capítulo 3

(algunas veces contemplados como guardianes *ad litem* en el derecho estatal que controla el caso o en la jurisprudencia). Estos individuos funcionan como defensores adicionales para proteger los intereses de los miembros de la clase (o de un segmento de ella). Desarrollan sus tareas junto con los abogados de la clase pero no asociados a ellos, y parte de su misión es monitorear la conducta de tales abogados con la finalidad de identificar circunstancias en las que éstos no se encuentren representando adecuadamente a la clase, incluyendo situaciones de posible colusión entre los abogados de la clase y los de la defensa. Dos preocupaciones que reconocen los comentaristas son que (1) los *special officers* designados después de que un acuerdo es alcanzado pueden llegar demasiado tarde en el procedimiento como para tener un rol significativo, y (2) el *special officer* puede carecer de información suficiente para proveer una supervisión significativa. Posibles soluciones para el primer problema son designar al *special officer* antes de que cualquier acuerdo sea alcanzado, o bien hacerlo para que busque, de acuerdo con la legislación aplicable, testimonio de cualquier intermediador que haya participado en las negociaciones del acuerdo a fin de establecer si éstas fueron de naturaleza independiente y se desarrollaron en igualdad de condiciones. Una potencial solución para el segundo problema es proveer al *special officer* de las herramientas del *discovery* a fin de que pueda acceder a la información necesaria. En general, los *special officers* no deberían ser necesarios ya que los objetores pueden cumplir normalmente la función de plantear cuestionamientos al acuerdo.

(2) *Neutrales o special masters*. A diferencia de los *special officers*, que defienden los intereses de la clase o de un segmento de ella, los terceros neutrales o *special masters* son designados para proveer a la corte una mirada objetiva. Estos individuos, que frecuentemente son jueces retirados, pueden participar efectivamente en las negociaciones del acuerdo o pueden ser designados para evaluar la justicia de un acuerdo propuesto que las partes ya han alcanzado.

b. *Expertos o asesores técnicos designados por la corte*. Para evaluar un acuerdo la corte puede necesitar asistencia técnica, científica o de otro tipo especializado. En tales circunstancias, la corte puede designar su propio experto para que sirva como testigo experto o como un asesor técnico sin testificar.

c. *Oficiales gubernamentales apropiados*. Según la Class Action Fairness Act, una acción de clase sujeta a ella no puede ser acordada a menos que los demandados notifiquen del acuerdo propuesto a los oficiales federales o estatales apropiados dentro de los 10 días siguientes a la presentación de tal acuerdo ante la corte de distrito. El demandado debe proveer información

### Capítulo 3

sustancial sobre el acuerdo, incluyendo escritos relevantes, acuerdos, opiniones y notificaciones, así como detallada información sobre los miembros de la clase. Esta Sección, más que sólo confiar en que los oficiales gubernamentales se presentarán voluntariamente luego de haber recibido la notificación, sugiere que en algunos casos la corte puede desear asumir un rol activo e invitar a los oficiales gubernamentales apropiados a proveer su opinión sobre el acuerdo, sea en la audiencia sobre la justicia de éste o a través de un memorial de *amicus curiae* u otro tipo de presentación.

*d. Limitaciones en la efectividad de los adjuntos de la corte.* Aun cuando los adjuntos de la corte pueden ser útiles en el procedimiento de acuerdo, no son una panacea para asegurar acuerdos justos. En muchos casos, tales asistentes entran en escena sólo después de que las partes ya han alcanzado un acuerdo, y por tanto la capacidad de los adjuntos de la corte para ofrecer críticas significativas puede verse limitada por restricciones de tiempo y lagunas informativas. Adicionalmente, tales asistentes pueden ser costosos y las cortes pueden no desear imponer los costos sobre las partes, particularmente si esos costos reducirían el fondo común disponible para la clase. Por estas razones, la sub-sección (d) requiere a una corte, antes de designar un oficial adjunto, efectuar un balance entre el probable costo y demora que insumirá esa designación y los beneficios esperados de la ella.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Para doctrina discutiendo los roles de *special officers* y *special masters* designados por la corte en conexión con los acuerdos de clase, ver, por ejemplo, *In re Holocaust Victim Assets Litig.*, 424 F.3d 132 (2d Cir. 2005) (involucrando la distribución del producido del acuerdo usando un *special master*); *In re Asbestos Litig.*, 90 F.3d 963, 972 (5th Cir. 1996) (designando un profesor de derecho como guardián *ad litem* para revisar la justicia del acuerdo desde la perspectiva de la clase), revocado y reenviado por otros fundamentos. *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997), confirmado en reenvío, 134 F.3d 668 (5th Cir. 1998), revocado por otros fundamentos, *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999); *Miller v. Mackey Intern., Inc.*, 70 F.R.D. 533, 535 (S.D. Fla. 1976) (sosteniendo una decisión previa de designar un guardián *ad litem* para proteger a los miembros de la clase después que las partes negociaron el acuerdo); *Officers for Justice v. Civil Serv. Comm'n*, 473 F. Supp. 801, 818 (N.D. Cal. 1979) (designación de un *special master* para supervisar la distribución de indemnizaciones por

### Capítulo 3

daños); William B. Rubenstein, *The Fairness Hearing: Adversarial and Regulatory Approaches*, 53 UCLA L. Rev. 1435, 1448–1452 (2006); Edward Brunet, *Class Action Objectors: Extortionist Free Riders or Fairness Guarantors*, 2003 U. Chi. Legal F. 403; Alon Klement, *Who Should Guard the Guardians? A New Approach for Monitoring Class Action Lawyers*, 21 Rev. Litig. 25 (2002); Joseph F. Rice & Nancy Worth Davis, *The Future of Mass Tort Claims: Comparison of Settlement Class Action to Bankruptcy Treatment of Mass Tort Claims*, 50 S.C. L. Rev. 405, 422 (1999); Susan P. Koniak, *Feasting While the Widow Weeps: Georgine v. Amchem Products, Inc.*, 80 Cornell L. Rev. 1045, 1092 & n.219 (1995); Sylvia R. Lazos, Note, *Abuse in Plaintiff Class Action Settlements: The Need for a Guardian During Pretrial Settlement Negotiations*, 84 Mich. L. Rev. 308 (1985); Manual for Complex Litigation (Fourth) § 21.644, p. 329 (2004).

Para un panorama más general sobre el uso de *special masters* bajo la Reg. Fed. de Proc. Civ. 53(b), ver Margaret Farrell, *The Function and Legitimacy of Special Masters: Administrative Agencies for the Courts*, 2 Widener L. Symp. J. 235 (1997).

*Comentario b.* Las Reglas Federales sobre Prueba y las reglas sobre prueba de muchos estados autorizan a las cortes a designar expertos. Ver, por ejemplo, Reg. Fed. de Evidencia 706; N.D. R. Evid. 706; 225 Pa. Code § 706; ver también Reg. Fed. de Proc. Civ. 54(d)(2)(D) (autorizando la designación de un *special master* por la corte para analizar el valor de los servicios legales prestados en el caso); Gen. Elec. Co. v. Joiner, 522 U.S. 136, 149 (1997) (Breyer, J., voto concurrente) (discutiendo expertos designados por la corte y otros dispositivos usados por las cortes para lidiar con cuestiones técnicas). Mientras un *special master* sirve como un oficial de la corte, un experto designado por la corte sirve como un testigo de la corte. Adicionalmente, las cortes están autorizadas para designar asesores técnicos sin que deban testificar. Estos asesores no están sujetos a las diversas obligaciones impuestas por las reglas que gobiernan a los expertos designados por la corte, tales como divulgar sus determinaciones, someterse a deposiciones y ser interrogados por las partes. Ver, por ejemplo, Reilly v. United States, 863 F.2d 149, 156 (1st Cir. 1988) (discutiendo la autoridad inherente de las cortes para designar asesores técnicos y concluyendo que tales asesores no están sujetos a los requisitos de la Reg. Fed. de Evidencia 706).

*Comentario c.* Para una discusión de los requisitos para notificar oficiales gubernamentales bajo la Class Action Fairness Act, 28 U.S.C. § 1715 (2005), ver, por ejemplo, Robert H. Klonoff & Mark Herrmann, *The Class Action Fairness Act: An Ill-Conceived Approach to Class Settlements*, 80 Tul. L. Rev. 1695, 1706–1709 (2006). Para discusión del rol de los oficiales gubernamentales

### Capítulo 3

al objetar acuerdos de clase, ver Brunet, *Class Action Objectors*, 2003 U. Chi. Legal F. pp. 449–456.

*Comentario d.* Varios comentaristas han reconocido las limitaciones que tienen los asesores de la corte. Ver, por ejemplo, Rubenstein, *Fairness Hearing*, 53 UCLA L. Rev. at 1451–1452 (expresando “escepticismo sobre el hecho de que un supervisor necesariamente poseerá habilidades tanto adversariales como regulatorias”); Brunet, *Class Action Objectors*, 2003 U. Chi. Legal F. at 468 (“La falta de información y el momento de la designación de un guardián puede presentar problemas.”); Lazos, *Abuse in Plaintiff Class Action Settlements*, 84 Mich. L. Rev. 308 (argumentando por la designación de un guardián para participar *durante* las negociaciones del acuerdo); Samuel Is-sacharoff, *Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions*, 1999 Sup. Ct. Rev. 337, 376 (argumentando que el “costo de un guardián supervisor puede estar justificado en algunos litigios, pero. . . en general probablemente resultará caro y con pocos resultados”).

*Efecto sobre el derecho vigente.* El enfoque de esta Sección no requeriría un cambio en el derecho, excepto en el supuesto que una jurisdicción particular no autorice los tipos de adjuntos de la corte aquí descriptos.

#### § 3.10 Acuerdos sobre pretensiones futuras

- (a) **“Pretensiones futuras” son aquellas pretensiones de miembros de la clase que pueden ser promovidas contra el demandado dependiendo de eventos potenciales futuros, los cuales son contingentes al momento del acuerdo de clase.**
- (b) **Un acuerdo de clase no puede resolver pretensiones futuras a menos que la corte determine que las personas titulares de tales pretensiones están representadas de manera tal de evitar conflictos de interés estructurales en el sentido de § 2.07(a)(1).**
- (c) **Cuando las partes buscan simultáneamente la certificación de la clase y la aprobación de un acuerdo de clase que resolvería pretensiones futuras, los conflictos de interés estructurales a que se refiere la sub-sección (b) pueden ser evitados en la medida que el acuerdo de clase:**

- (1) **no realice concesiones con respecto a los miembros de la clase con pretensiones futuras *vis-à-vis* otros miembros de la clase; o**
- (2) **proporcione reaseguros estructurales adicionales para protección de las personas con pretensiones futuras, tales como derechos de exclusión diferidos o postergación de la determinación de los honorarios de abogados hasta ver cómo opera el acuerdo con relación a tales pretensiones.**

### **Comentario:**

*a. Definición.* Considerable atención ha rodeado a los acuerdos de clase que buscan resolver pretensiones futuras -típicamente, vinculando miembros de la clase a un marco conocido informalmente como “grilla” que describe los términos y condiciones para la resolución de ese tipo de pretensiones. Esos términos y condiciones pueden variar entre algo relativamente simple (un pago especificado en dólares) y algo complejo (detallados criterios médicos y de exposición, acompañados de correspondientes gradaciones en el pago). Al comienzo, la sub-sección (a) busca dotar de mayor claridad al término “pretensiones futuras”. La característica central de las “pretensiones futuras” consiste en que, al momento de celebrarse el acuerdo, dependen de eventos futuros. Las pretensiones futuras estarán mayormente presentes en casos que involucren exposiciones tóxicas, donde puede haber una brecha temporal -un período de latencia- entre el conocimiento de los riesgos asociados con la exposición y la efectiva manifestación de la enfermedad en la población expuesta.

Una de las características definitorias de las pretensiones futuras es que ellas representan una probabilidad estadística ampliamente compartida entre la clase de reclamantes afectada. A diferencia de las tradicionales sub-clases, cuyos miembros pueden generalmente ser identificados con alguna precisión gracias a ciertas características relevantes, las identidades precisas de los futuros reclamantes son típicamente desconocidas al momento del acuerdo. Los reclamantes futuros son una probabilidad actuarial conocida con mayor o menor precisión en base a las características de la clase afectada, conformada ésta por los reclamantes presentes. Consecuentemente, una sub-clase de reclamantes futuros es una categoría imprecisa porque, por ejemplo, típicamente abarcaría la totalidad de la población expuesta al producto o sustancia que alegadamente causa enfermedades latentes, excepto cualquier individuo con respecto al cual la última manifestación posible de la enfermedad sea conocida en el presente. Más aun, hay casos (por ejem-

### Capítulo 3

plo, de exposiciones tóxicas) en que algunos de los reclamantes presentes pueden estar en riesgo de padecer una mayor progresión de la enfermedad, lo cual los convierte en reclamantes tanto presentes como futuros.

#### Ejemplos:

1. Una clase actora conformada por propietarios de inmuebles alega que Demandado ha perjudicado sus respectivos títulos de propiedad al afirmar un derecho de servidumbre para tender un cable de fibra óptica. Las pretensiones adicionales de los miembros de la clase que pueden ser promovidas por invasión de propiedad privada en el supuesto de tenderse efectivamente el cable en sus parcelas constituyen “pretensiones futuras” en la medida que la acción de clase precede al procedimiento de medición diseñado para establecer la incidencia del tendido de cable.
2. Una clase actora alega que sus miembros fueron expuestos a una sustancia tóxica fabricada por Demandado, y que tal exposición ha generado indebidamente para todos ellos un incremento significativo del riesgo de padecer enfermedades futuras. La enfermedad en cuestión es una forma de cáncer que tiene un período de latencia entre la exposición y su manifestación. Todos los miembros de la clase alegan una pretensión actual basados en su exposición. Algunos miembros de la clase han manifestado la enfermedad en el presente. Las pretensiones adicionales de los miembros de la clase que podrían ser promovidas por daños en el supuesto de darse una manifestación de la enfermedad en el futuro constituyen “pretensiones futuras”. Ello así porque dependen de tal manifestación, la cual puede o no ocurrir en un momento determinado o en cualquier miembro de la clase en particular.

Como reflejan los Ejemplos presentados, la definición en esta Sección parte del reconocimiento que los acuerdos de clase que comprenden pretensiones futuras derivan de alegaciones subyacentes en la demanda colectiva respecto de alguna pretensión actual de todos los miembros de la clase. Como en todo litigio civil, las alegaciones no configuran por sí solas pretensiones meritorias o siquiera enjuiciables. Las alegaciones de perjuicio al título de propiedad en el Ejemplo 1 exigirían, en el supuesto de un litigio de clase, una cuidadosa consideración de si el derecho sustantivo aplicable reconoce ese tipo de pretensiones y, en caso de hacerlo, bajo qué parámetros. De igual

manera, las alegaciones de una pretensión actual fundada en la mera exposición a una sustancia tóxica en el Ejemplo 2 puede, en el supuesto de un litigio de clase, generar complicados interrogantes en cuanto al cuerpo de derecho sustantivo aplicable a esas pretensiones y, una vez identificado, en lo que hace al contenido de ese derecho. Además, la alegación de una pretensión actual puede ser apropiadamente rechazada por falta de mérito en el supuesto de no perseguir un remedio que puede ser otorgado bajo el derecho sustantivo aplicable. La existencia de cuestiones dificultosas de derecho sustantivo a lo largo de estas líneas, no obstante, no saca a la demanda de clase del ámbito de un “caso” o “controversia” de buena fe.

Incluir pretensiones futuras en una acción de clase también puede generar problemas concernientes a la posible clausura de ese tipo de pretensiones, lo cual, en el supuesto de un litigio de clase, puede darse como resultado de los principios sobre preclusión de cuestiones o por aplicación de la “regla de una sola afectación” utilizada en algunas jurisdicciones. Pero estas dificultades con respecto a la aplicación apropiada de la preclusión u otras doctrinas relacionadas, tales como la prescripción aplicable, no hacen a la justiciabilidad de la demanda de clase.

*b. Justificación para abarcar pretensiones futuras.* Los desafíos que presentan los acuerdos de clase que involucran pretensiones futuras son sustanciales, pero aun así vale la pena enfrentarlos francamente debido al considerable potencial de beneficio que tienen para todo lo que concierne a las acciones de clase. Abarcar pretensiones futuras es lo que otorga al acuerdo de clase el potencial de alcanzar una paz definitiva y total sobre el litigio subyacente. La experiencia judicial con pretensiones que van desde daños tóxicos hasta fraude económico confirma que los acuerdos son difíciles de lograr si no es posible alcanzar alguna forma de resolución completa del asunto. Si bien admitidamente exagerado en caso de ser leído literalmente, el término informal “paz global” es a menudo utilizado para expresar la naturaleza totalmente abarcadora de la resolución buscada. Una paz global puede servir mejor los intereses de todas las partes. Un demandado institucional que puede confiadamente evitar los costos de litigios futuros y evaluar el costo de un acuerdo comprensivo de todo el conflicto, es más probable que transija sobre las pretensiones y que además destine mayores recursos con finalidad compensatoria. Además, cuando las pretensiones futuras pueden gravar los recursos de un demandado institucional existe el riesgo de incurrir en un tratamiento desigual de los reclamantes futuros si los recursos existentes son pretendidos desproporcionadamente por reclamantes actuales.

### Capítulo 3

La predictibilidad y conclusividad de la paz alcanzada por el acuerdo de clase son aspectos que, en muchos casos de daños masivos por exposición, dependen críticamente de la resolución de las pretensiones futuras. Asimismo, la predictibilidad y la conclusividad son los aspectos que generan el potencial de lograr recursos adicionales para ser distribuidos por medio del acuerdo de clase. Estos recursos adicionales se desprenden principalmente de la habilidad de los demandados que celebran el acuerdo para aprovechar el mercado de capitales y otras fuentes de financiamiento en apoyo de sus emprendimientos de negocios futuros. De esta manera, el acuerdo de clase puede ser un ejercicio generador de valor, y las perspectivas de mejora en los negocios del demandado una fuente continua de fondeo para el régimen del acuerdo de clase (pero sólo si éste abarca las pretensiones futuras). Recursos adicionales también pueden provenir de una reducción sustancial en los costos de transacción que, de otra manera, hubieran acompañado la resolución de las pretensiones por otros medios. La experiencia recogida en contextos de daños por exposiciones masivas indica que la clase puede alcanzar mejores resultados totales a cambio de la prospectiva de una paz global.

Una justificación relacionada se refiere a la posición de la acción de clase frente a otras vías habilitadas para la resolución de pretensiones futuras en clave colectiva. El presente proyecto no involucra el proceso de quiebra, si bien la quiebra efectivamente tiene la característica de ser una agregación obligatoria. Este proyecto tampoco incluye el uso de legislación a fin de establecer los términos para la resolución de pretensiones que de otro modo podrían ser promovidas en el sistema de justicia civil en el futuro. Reconociendo esto en cuanto a su alcance, no obstante, la presente Sección considera que la quiebra y la legislación no deberían ser las vías exclusivas para la resolución de pretensiones futuras en clave colectiva.

Las pretensiones futuras también podrían ser resueltas a través del tiempo por medio de acuerdos colectivos celebrados a medida que las contingencias que definen esas pretensiones futuras surgen (o no) con respecto a ciertos reclamantes particulares. Al igual que con la quiebra y la legislación, una serie de acuerdos colectivos a través del tiempo puede, en un momento determinado, ser una alternativa inferior —en términos de capacidad para captar las ganancias conjuntas que supone la pacificación— a un acuerdo de clase que abarque pretensiones futuras.

*c. Evitando conflictos de interés estructurales respecto de pretensiones futuras.* La sub-sección (b) subraya la importancia de la indagación judicial sobre la representatividad adecuada otorgada a futuras pretensiones. La referencia a conflictos de interés estructurales en la sub-sección (b) no pretende menos-

**Capítulo 3**

preciar las consideraciones relacionadas con la necesidad de dirigir una notificación apropiada a los titulares de pretensiones futuras. La Sección 3.02 ya ha puesto en claro que una acción de clase puede ser acordada “sólo después de una notificación apropiada a la clase”. Ver también § 2.07(a)(3) (pidiendo de igual manera una “notificación apropiada”). El Comentario *d* se ocupa del tema de las notificaciones con mayor detalle.

En línea con el enfoque de § 2.07(a)(3), la sub-sección (b) de esta Sección orienta la indagación judicial hacia la existencia de un conflicto de interés estructural, sea entre los representantes de la clase y sus abogados, o entre los propios miembros de la clase. Un “conflicto de interés estructural” debería ser entendido aquí de la misma manera que en § 2.07(a)(1) –para referirse a situaciones donde hay un “riesgo significativo” de que las partes o los abogados de la clase puedan “inclinarse sistemáticamente” el diseño del acuerdo de clase “de modo tal de favorecer a algunos reclamantes por sobre otros con fundamentos alejados de una evaluación razonada de sus respectivas pretensiones”. Aquí, los reclamantes favorecidos podrían consistir en miembros de la clase que no sean reclamantes futuros ni reclamantes fuera de la definición de la clase representados por los abogados de ésta. Abarcar las pretensiones futuras dentro de una única clase representada puede o no generar un conflicto de interés estructural, dependiendo de la naturaleza y del modo en que fue planteada la acción de clase.

La sub-sección (c) provee orientación adicional para la indagación sobre los conflictos de interés estructurales bajo la sub-sección (b) en el particular contexto procesal que a menudo presentan los acuerdos de clase que resuelven pretensiones futuras -un contexto en el cual se pide a la corte que decida sobre la agregación al mismo tiempo que debe por primera vez involucrarse con el mérito del acuerdo de clase propuesto. Ver § 3.06. Al dirigir la atención sobre el acuerdo de clase en este contexto procesal, la sub-sección (c) no pretende sugerir que la indagación judicial sobre la justicia del acuerdo de clase analizada en § 3.06 equivale por sí misma a una adecuada representación de los futuros reclamantes bajo la sub-sección (b). Un trato justo no equivale, por el mero hecho de haber sido declarado justo por la corte que lo revisó, una adecuada representación de los miembros de la clase con pretensiones futuras. Por otra parte, las cortes generalmente se encuentran pobremente posicionadas para evaluar la justicia de un acuerdo en abstracto, esto es, independientemente de la evaluación de garantías estructurales de justicia en la representación otorgada a varios grupos de reclamantes.

### Capítulo 3

En el contexto de un acuerdo de clase que abarca pretensiones futuras, los términos del mismo informan apropiadamente la indagación sobre la existencia de conflictos de interés estructurales. Al evaluar si existe un “riesgo significativo” de que las partes y los abogados puedan “inclinarse sistemáticamente” el diseño del acuerdo de clase en el sentido establecido en § 2.07(a)(1)(B), una corte debería tener en cuenta la evidencia que pueda existir en el propio acuerdo de clase para revelar si esa inclinación de hecho ocurre. La sub-sección (c)(1) dirige la atención a si los acuerdos de clase realizan concesiones con respecto a miembros de la clase con pretensiones futuras *vis-à-vis* otros miembros de la clase. La realización de este tipo de concesiones puede crear conflictos de interés, pero la renuncia a esas concesiones (como, por ejemplo, mediante el uso de la misma matriz de pago para reclamantes presentes y futuros, y con la presencia de un fondeo continuo) puede disipar tales conflictos.

La sub-sección (c)(2) también aconseja prestar atención a cualquier garantía de protección proveída por el acuerdo de clase a los miembros con pretensiones futuras. Para dar un ejemplo concreto, la sub-sección (c)(2) menciona la posibilidad de diferir los derechos de los miembros de la clase para optar por excluirse, permitiendo su ejercicio a partir de la manifestación de la enfermedad en el futuro. Los conflictos de interés pueden ser disipados, en otras palabras, en la medida que el propio acuerdo de clase sea menos vinculante para los miembros de la clase con pretensiones futuras. Los derechos de optar por excluirse diferidos, con seguridad, pueden presentar otras dificultades significativas para el diseño del acuerdo. Por ejemplo, una resolución menos abarcadora del litigio subyacente y una consiguiente reducción en las ganancias conjuntas asociadas al acuerdo de clase, o dificultades en definir y hacer cumplir los criterios que determinan el modo de ejercer tales derechos. Estas dificultades que rodean el modo de operar de los derechos de optar por excluirse diferidos pueden presentar importantes cuestiones para el diseño del acuerdo en una instancia determinada, pero no socavan la legitimidad del procedimiento de acuerdo de clase.

Al hablar en general de “garantías de protección” para los futuros reclamantes en el acuerdo de clase, y no estrictamente en términos de algún enfoque particular como pueden ser los derechos de optar por excluirse diferidos, la sub-sección (c)(2) conscientemente busca promover innovación en el desarrollo de tales garantías. Un segundo ejemplo mencionado en la sub-sección (c)(2), nuevamente, para propósitos meramente ilustrativos, subraya el gran espacio para innovar. Aparte del diseño de un procedimiento para optar por excluirse, otras características del acuerdo de clase no dirigidas

directamente a los miembros con pretensiones futuras pueden no obstante, en una instancia determinada, alzarse al nivel de una garantía similar de protección. Un acuerdo de clase, o la relacionada orden de la corte sobre honorarios de abogados, puede proveer, por ejemplo, una demorada consideración y distribución de los honorarios de los abogados de la clase según § 3.13 para contar con un período de tiempo razonable dentro del cual establecer cómo opera el acuerdo de clase en el mundo real para los miembros que tenían pretensiones futuras al momento de su celebración. Utilizar un marco de este tipo para los honorarios de los abogados -sea inicialmente por los diseñadores del acuerdo, o posteriormente por orden judicial- podría proveer una garantía de protección para futuros reclamantes al atar los beneficios del litigio para los abogados de la clase a la justicia y viabilidad, efectivamente experimentada con el tiempo, de los términos del acuerdo que se refieren a futuros reclamantes. Un arreglo de este tipo sobre los honorarios de los abogados podría asegurar que los abogados de la clase tengan un incentivo continuo para monitorear el procedimiento de pretensiones individuales, y podría garantizar también que los futuros reclamantes, al igual que los actuales, tengan abogados con incentivos financieros para proteger sus intereses en caso que se produzca una disputa sobre el producido del acuerdo. Los conflictos de interés pueden ser disipados, en otras palabras, en tanto el acuerdo de clase contemple medidas para alinear los intereses de los abogados de la clase con los intereses de los futuros reclamantes.

**Ejemplos:**

3. Misma situación que en el Ejemplo 1. La representación conjunta de los miembros de la clase que en última instancia tendrán cable de fibra óptica tendido sobre su propiedad y los que no, no presenta ningún conflicto de interés estructural en la medida que el acuerdo de clase se celebre antes de la determinación de la incidencia final del tendido de cable. En ese momento todos los titulares de propiedad que conforman la clase comparten un interés común en el diseño del acuerdo de clase.
4. Misma situación que en el Ejemplo 2. El acuerdo de clase establece la asignación de una suma fija total para compensar tanto a los miembros de la clase con enfermedades presentes como a los miembros de la clase con pretensiones futuras que dependen de la manifestación de la enfermedad. Los intereses de los miembros de la clase con enfermedades ya manifestadas buscarán prioritariamente

### Capítulo 3

maximizar el monto de compensación establecido en los términos del acuerdo para quienes se encuentran en esa condición, independientemente de la disponibilidad de recursos para miembros de la clase que pudieran manifestar una enfermedad en el futuro. En contraste, los intereses de los miembros de la clase con pretensiones futuras se asientan tanto en el monto de compensación establecido en el acuerdo de clase como en la disponibilidad de recursos para financiar esa compensación en el futuro. Ausentes las garantías de protección previstas en la sub-sección (c)(2), un conflicto de interés estructural bajo la sub-sección (b) surge cada vez que un acuerdo de clase divide una suma fija entre reclamantes presentes y futuros. La receta para evitar un conflicto de interés estructural consiste en establecer una representación separada para los futuros reclamantes -por ejemplo, por medio de abogados para una sub-clase compuesta por reclamantes futuros o por medio de la designación de un *special officer* para tales miembros de la clase, como se describe en § 3.09.

5. Misma situación que en el Ejemplo 2. El acuerdo de clase provee una compensación para futuros reclamantes en términos que, se garantiza, son comparables a los que aplican a miembros de la clase con enfermedades ya manifestadas -por ejemplo, a través de una cobertura de seguro proveída por un tercero y financiada por Demandado que permita cobros cuando, en el futuro, se manifiesten enfermedades en los miembros de la clase. Bajo la sub-sección (c)(1), el evitar concesiones inter-temporales en el acuerdo de clase disipa el conflicto de interés estructural que de otro modo surgiría por la representación conjunta de los miembros de la clase con enfermedades ya manifestadas y aquellos con pretensiones futuras.

*d. Notificación.* El reconocimiento de que un acuerdo de clase puede abarcar pretensiones futuras viene de la mano del reconocimiento de los desafíos que presenta la aplicación de § 2.07(a)(3) en este contexto. Como una precondition para el tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas, en § 2.07(a)(3) se sostiene que la corte debe “proveer a los reclamantes de una apropiada notificación sobre la oportunidad de participar en el proceso colectivo y, si es aplicable, de optar por evitar su efecto preclusivo.” La Sección 3.02, en la misma línea, demanda una “apropiada notificación a la clase” con respecto a un acuerdo de clase. Aparte de la existencia de pretensiones actuales en cabeza de miembros de la clase que podrían también tener pretensiones futuras,

ver Comentario *a*, la necesidad de proveer una apropiada notificación puede, en la práctica, restringir la capacidad del acuerdo de clase para abarcar futuras pretensiones en las circunstancias del presente caso.

La “notificación apropiada” presupone algunos medios sistemáticos de identificar a los miembros de la clase que pueden tener pretensiones futuras, entendiéndose por “sistemático” no los medios que garantizarían que absolutamente todos los miembros de la clase recibirán efectivamente una notificación sino, más bien, medios que no dejarían ninguna predecible y categórica laguna en el procedimiento de notificación. Debido a que los reclamantes futuros son por definición desconocidos, no existe una medida de la adecuación de la notificación a potenciales futuros reclamantes independiente de la adecuación de la notificación dirigida al completo universo de miembros de la clase en riesgo. Los problemas más desafiantes a este respecto se presentan en aquellas situaciones en que los eventuales miembros de la clase no tienen conocimiento de la exposición que alegadamente sirve de causa a las potenciales pretensiones futuras. Al proveer una “notificación apropiada” en el contexto de un acuerdo de clase que abarca pretensiones futuras, tanto los abogados como la corte deberían considerar si hay medios disponibles para determinar quiénes fueron probablemente expuestos a fin de utilizarlos para facilitar la campaña de notificación -por ejemplo, registros de recetas para una acción de clase que involucra un medicamento de venta bajo prescripción médica, o listas de afiliación sindical para una acción de clase en materia laboral. Igualmente, si el acuerdo provee derechos de optar por excluirse diferidos que pueden ser ejercitados al momento en que se manifieste la enfermedad, o establece un fondo continuo que garantiza la compensación de futuros reclamantes en igualdad de condiciones que los reclamantes presentes, habrá menos necesidad de una notificación individual.

## NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Numerosos comentaristas han discutido el problema de las pretensiones futuras en acciones de clase. Ver, por ejemplo, Deborah R. Hensler, *Bringing Shutts into the Future: Rethinking Protection of Future Claimants in Mass Tort Class Actions*, 74 UMKC L. Rev. 585 (2006); Linda S. Mullenix, *Back to the Futures: Privatizing Future Claims Resolution*, 148 U. Pa. L. Rev. 1919 (2000); Geoffrey C. Hazard, Jr., *The Futures Problem*, 148 U. Pa. L. Rev. 1901 (2000); Paul D. Carrington & Derek P. Apanovitch, *The Constitutional Limits of Judicial Rulemaking: The Illegitimacy of Mass-Tort Settlements Negotiated*

### Capítulo 3

*Under Federal Rule 23*, 39 Ariz. L. Rev. 461 (1997); Richard L. Marcus, *They Can't Do That, Can They? Tort Reform via Rule 23*, 80 Cornell L. Rev. 858 (1995).

El Ejemplo 1 está tomado de la aprobación de un acuerdo de clase que abarcaba tanto pretensiones actuales de perjuicios sobre el título como pretensiones futuras de invasión de propiedad privada en *Uhl v. Thoroughbred Tech. & Telecomm., Inc.*, 309 F.3d 978 (7th Cir. 2002). El Ejemplo 2 es una generalización de supuestos de pretensiones futuras en litigios de daños masivos que involucran alegaciones de una enfermedad latente causada por un producto o sustancia vendido en el mercado, o bien cuando la enfermedad es conocida pero no así su evolución futura. Ver, por ejemplo, *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997); *In re Diet Drugs Prods. Liab. Litig.*, MDL Nos. 1203, 99-20593, 2000 WL 1222042 (E.D. Pa. 28 de Agosto de 2000), confirmado sin opinión, 275 F.3d 34 (3d Cir. 2001).

La opinión de que una demanda de clase que presenta alegaciones sobre pretensiones actuales es suficiente para que se configure un “caso” o “controversia” en el sentido del Artículo III de la Constitución está diseñada para resolver una cuestión que la Suprema Corte dejó abierta en *Amchem*. Ver 521 U.S. p. 612 (señalando, pero no resolviendo, el argumento de que la acción de clase en *Amchem* no presentaba “un caso o controversia justiciable dentro de los confines del Artículo III”). La corte de distrito había rechazado en *Amchem* los cuestionamientos sobre la justiciabilidad del caso, distinguiendo claramente la controversia de buena fe presentada por las alegaciones de pretensiones actuales basadas en la exposición al amianto de la diferente cuestión sobre si tales alegaciones justificarían un rechazo del mérito del asunto. *Carlough v. Amchem Prods., Inc.*, 834 F. Supp. 1437, 1450 (E.D. Pa. 1993) (“[L]a cuestión de si los actores que sólo alegan exposición tienen legitimación para promover este proceso en las cortes federales no depende de si han afirmado una causa de acción válida bajo el derecho de daños aplicable.”); en la misma línea, *Diet Drugs*, 2000 WL 1222042, p.\*40 (descansando sobre el análisis de justiciabilidad efectuado en *Carlough*).

La definición de “pretensiones futuras” en la sub-sección (a) se construye sobre el análisis de justiciabilidad ofrecido por el Séptimo Circuito en *Uhl*. Allí, la corte señaló:

En muchos casos por daños tóxicos abundan las incertidumbres: ¿qué miembros de la clase fueron expuesto a la sustancia? ¿Quiénes han sufrido ya daños compensables? ¿Quiénes puede ser que nunca sufran daños? Pero si el propio riesgo es inmediato, las pretensiones contingentes basadas en ese riesgo son justiciables y rutinariamente abordadas tanto en acuerdos celebrados en casos por daños tóxicos

### Capítulo 3

como en los procesos de quiebra. En este caso, hay partes de la controversia que se encuentran incuestionablemente maduras: los títulos de propiedad de los miembros de la clase ya han sido perjudicados, y [la empresa demandada] necesitará entrar a las propiedades al menos con el propósito de realizar sus estudios.

309 F.3d at 984. Para un análisis contrario sobre la cuestión de justicia-bilidad, ver Martin H. Redish & Andrianna D. Kastanek, *Settlement Class Actions, the Case-or-Controversy Requirement, and the Nature of the Adjudicatory Process*, 73 U. Chi. L. Rev. 545 (2006).

*Comentario b.* Sobre el potencial de creación de valor de un acuerdo de clase que abarca pretensiones futuras, ver *Georgine v. Amchem Prods., Inc.*, 157 F.R.D. 246, 291 (E.D. Pa. 1994), revocado por otros fundamentos, 83 F.3d 610 (3d Cir. 1996), confirmado bajo el nombre de *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997). Para una observación similar respecto de todas las formas de acuerdos comprensivos en litigios de masa, ver Richard A. Nagareda, *Mass Torts in a World of Settlement* x–xi (2007).

La resolución de pretensiones futuras en la quiebra, aun bajo las previsiones especiales del Capítulo 11 para reorganizaciones de empresas relacionadas con el amianto, no resuelve en general la cuestión de conflictos intraclase ni la necesidad de proveer protección especial a reclamantes futuros. Ver, por ejemplo, *In re Combustion Eng'g, Inc.*, 391 F.3d 190 (3d Cir. 2004) (revocando la confirmación de un plan de reorganización cerrado bajo § 524(g) del Bankruptcy Code debido al tratamiento dispar previsto para los reclamantes). En el frente legislativo, el Congreso hasta ahora ha declinado sancionar normas relacionadas con el amianto —por ejemplo, S. 852, 109th Cong. (2005)— no obstante repetidos llamamientos en tal sentido por parte de la Suprema Corte. Ver *Amchem*, 521 U.S. p. 628–629; *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815, 821 (1999).

*Comentario c.* La prescripción de una representación separada para reclamantes futuros se desprende del análisis efectuado en *Amchem*, 521 U.S. p. 626. Sobre la autoridad para establecer sub-clases en el derecho vigente, ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(c)(5) (“Cuando resulte apropiado una clase puede ser dividida en sub-clases, cada una de las cuales es tratada como una clase. . .”). Para un ejemplo posterior a *Amchem* de un acuerdo de clase en un litigio de daños masivos que involucraba el uso de sub-clases separadas para pretensiones futuras, así como también procedimientos diferidos para optar por excluirse, ver *Diet Drugs*, 2000 WL 1222042, p. \*55–56. Esta prescripción es consistente con el enfoque prevaleciente en reorganizaciones efectuadas en quiebras relacionadas con daños masivos, donde típicamente se

### Capítulo 3

usa un representante de pretensiones futuras. Ver Yair Listokin & Kenneth Ayotte, *Protecting Future Claimants in Mass Tort Bankruptcies*, 98 Nw. U. L. Rev. 1435, 1451–1452 (2004).

La referencia a derechos de optar por excluirse diferidos viene de su uso original en el acuerdo de clase celebrado en *Diet Drugs*. Ver *Diet Drugs*, 2000 WL 1222042, p. \*49. Sobre las dificultades prácticas presentadas por la administración de este particular acuerdo y de los derechos para optar por excluirse diferidos allí contempados, ver *In re Diet Drugs Prods. Liability Litig.*, 226 F.R.D. 498, 509–516, 524 (E.D. Pa. 2005) (aprobando la Séptima Enmienda para un acuerdo de clase, efectivamente liquidando y reemplazando algunos de los derechos diferidos de los miembros de la clase para optar por excluirse). En *Diet Drugs*, además, la corte de distrito utilizó un procedimiento por el cual la consideración y distribución de los honorarios de los abogados de la clase fue demorada hasta tanto se obtuviera experiencia del mundo real sobre la operación del acuerdo de clase. Ver Memorandum y Orden Previa al Juicio No. 2622, *In re Diet Drugs Prods. Liab. Litig.*, Civ. No. 99-20593, 2002 WL 32154197, p. \*23 (E.D. Pa. 3 de Octubre de 2002).

Sobre el uso de un guardián *ad litem* para abordar las preocupaciones relacionadas con una inadecuada representación de los futuros reclamantes, ver, por ejemplo, Douglas Laycock, *Due Process of Law in Trilateral Disputes*, 78 Iowa L. Rev. 1011, 1014 (1993); Samuel Issacharoff, *Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions*, 1999 Sup. Ct. Rev. 337, 373–374, 384–385 (destacando el rol de los guardianes *ad litem*, pero enfatizando la necesidad fundamental de una representación libre de conflictos).

El ímpetu para alejarse del establecimiento de una representación separada para reclamantes futuros como opción exclusiva, sin importar el diseño de las características del acuerdo de clase, se desprende de la preocupación sobre la falta de poder de negociación que tal representante separado puede padecer en las tratativas previas al acuerdo. En todos los casos, para un representante de reclamantes futuros resulta difícil amenazar con levantarse de la mesa de negociación y proceder hacia el juicio. La misma definición de pretensiones futuras indica que quienes pueden presentarlas en algún momento posterior no tienen actualmente casos en litigio. La preocupación motivada por la falta de poder de negociación es confirmada por algunos de los problemas vistos en el uso de representantes de pretensiones futuras en el contexto de reorganizaciones relacionadas con el amianto bajo § 524(g) del Bankruptcy Code. Ver Nagareda, *Mass Torts in a World of Settlement*, ch. 9; Mark D. Plevin et al., *The Future Claims Representative in Prepackaged Asbestos Bankruptcies: Conflicts of Interest, Strange Alliances, and Unfamiliar Duties for Bur-*

**Capítulo 3**

*dened Bankruptcy Courts*, 62 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 271 (2006). Además, el uso de un representante de pretensiones futuras en ese contexto viene acompañado de una insistencia adicional para que el fondo establecido de conformidad con § 524(g)

opere a través de mecanismos tales como pagos estructurados, periódicos o suplementarios, distribuciones prorrateadas, matrices o revisiones periódicas de los números y valores estimados de las pretensiones presentes y futuras, u otros mecanismos comparables que provean una garantía razonable de que el fondo valorará y estará en condiciones de pagar de la misma manera las pretensiones presentes y las futuras demandas que involucren similares pretensiones.

11 U.S.C. § 524(g)(2)(B)(ii)(V) (2005). Igualmente significativo es el hecho que, en muchos casos, para asegurar los derechos de reclamantes futuros hay otras protecciones estructurales que pueden ser más importantes que una representación nominalmente independiente. Ver Hensler, *Bringing Shutts into the Future*, 74 UMKC L. Rev. at 588 (“[E]n muchas circunstancias, los reclamantes actuales son la mejor conexión para los reclamantes futuros”).

Inicialmente, después de *Amchem* y *Ortiz* hubo una carrera para exigir sub-clases por cualquier diferencia en compensación o estatus de cualquier sub-sección identificable de la clase, con independencia del mérito de las alegaciones sobre conflictos reales en la representación proporcionada. En muchas ocasiones las denuncias sobre existencia de conflictos fueron presentadas por objetores que, rutinariamente, plantearon diferencias en el tratamiento más que la utilización del conflicto como fundamento para demandar una representación separada, probablemente a ser ofrecida por los abogados de los objetores. A la hora de evaluar la idoneidad del tratamiento en sub-clases, de manera creciente las cortes se han vuelto más atentas al problema de las concesiones efectuadas entre diferentes sub-secciones de la clase en materia de compensación y a otros conflictos estructurales. Ver, por ejemplo, *Petrovic v. Amoco Oil Co.*, 200 F.3d 1140 (8th Cir. 1999) (rechazando el tratamiento en sub-clases a pesar de grandes diferencias en el monto final obtenido por distintos miembros de la clase y confiando, en cambio, en la fórmula de compensación similar para daños por contaminación actual como un elemento suficiente para crear interés común entre todos los miembros de la clase). Por otra parte, frecuentemente hay significativos costos asociados con la creación de grandes números de sub-clases, incluyendo el costo administrativo derivado de la necesidad de más abogados y las dificultades de negociar en presencia de un gran número de partes representadas separadamente.

### Capítulo 3

Esta Sección se basa en este enfoque cauteloso en cuanto al uso de sub-clases con respecto a reclamantes futuros. La principal pregunta a realizar es si de hecho hay conflictos de interés entre los reclamantes presentes y los futuros cuando un pozo fijo de dinero está siendo dividido entre miembros de la clase presentes y futuros. Por otro lado, en la medida que los conflictos pueden ser mitigados o evitados mediante el uso de derechos para optar por excluirse diferidos o esquemas de pagos comunes respaldados por una fuente renovable de fondos, la necesidad de conformar sub-clases puede ser igualmente mitigada o evitada.

*Comentario d.* La Corte de *Amchem* se refirió a mayor abundamiento a las dificultades que implica la notificación en acuerdos de clase que abarcan pretensiones futuras cuando el hecho de la exposición es desconocido. Ver *Amchem*, 521 U.S. p. 628 (“[Los reclamantes] sin aflicciones actuales no pueden tener la información o previsión necesaria para decidir, inteligentemente, si quedarse en la clase u optar por excluirse”).

*Efecto sobre el derecho vigente.* Esta Sección es ampliamente consistente con las tendencias emergentes en los acuerdos de daños masivos. Al mismo tiempo, el enfoque sobre la naturaleza de los potenciales conflictos entre reclamantes presentes y futuros es consistente con algunas de las lecturas más formalistas de *Amchem* y *Ortiz*.

#### § 3.11 Segunda oportunidad para optar por excluirse

**En cualquier acción de clase donde los términos de un acuerdo no sean revelados hasta después de vencido el plazo inicial para optar por excluirse, los miembros de la clase ordinariamente deberían contar con el derecho de optar por excluirse después de realizarse las notificaciones del acuerdo propuesto. Si la corte se rehúsa a otorgar un segundo derecho de optar por excluirse, debe efectuar una determinación en el expediente sobre las razones específicas que existen para fundar ese rechazo.**

#### Comentario:

*a. Cambios recientes en el derecho vigente.* En el año 2003 la Regla 23 fue reformada para agregar la Regla 23(e)(3), hoy Regla 23(e)(4), la cual establece que “[s]i la acción de clase fue previamente certificada bajo la Regla 23(b)(3), la corte puede rehusarse a aprobar un acuerdo a menos que éste provea

### Capítulo 3

una nueva oportunidad de optar por excluirse a los miembros de la clase que tuvieron una oportunidad anterior para solicitar su exclusión pero no lo hicieron”. La idea detrás de la nueva previsión era sólida: por razones de justicia, un miembro de la clase debería tener una oportunidad para optar por excluirse después de conocer los términos efectivos de un acuerdo. Aun así, la regla no tuvo un impacto sustancial. Su aplicación es sólo discrecional, y son pocas las cortes que han ordenado conceder una segunda oportunidad para optar por excluirse. Dada la naturaleza no adversarial de la mayoría de los acuerdos de clase, esta escasez de segundas opciones para excluirse no debería sorprendernos: ni los abogados de la clase ni los abogados de la defensa quieren impulsar un procedimiento —no prescripto obligatoriamente por la ley— que podría deshacer el acuerdo (especialmente cuando, como sucede comúnmente, el acuerdo otorga al demandado el derecho de abandonar el trato si más de un número especificado de miembros de la clase opta por excluirse). Esta Sección reconoce que sólidas razones de política apoyan la idea de un segundo derecho de optar por excluirse y que, como resultado de ello, una opción del género debería ordinariamente ser otorgada a los miembros de la clase.

Específicamente, la probabilidad de un segundo derecho de optar por excluirse tendría el saludable efecto de forzar a las partes a alcanzar términos que sean suficientemente atractivos para desalentar salidas masivas por medio del ejercicio de tal derecho. Los demandados buscan la paz global y un gran número de individuos que opten por excluirse socavaría el propósito mismo de una acción de clase, particularmente cuando hay alguna probabilidad de que quienes se excluyeron promuevan sus propios litigios. Para evitar grandes números de opciones de exclusión, las partes necesariamente intentarán no celebrar acuerdos evidentemente injustos para la clase.

El segundo derecho de optar por excluirse sólo aplica a los acuerdos celebrados en casos donde ya hubo una oportunidad inicial para excluirse, de modo que, en caso de no haber ejercido tal derecho, los miembros de la clase serían vinculados a los términos del acuerdo sin capacidad alguna para apartarse del mismo. Esta sección no afectaría la práctica con respecto a los llamados acuerdos obligatorios en los que la corte no hubiera otorgado derechos de optar por excluirse, tales como los acuerdos celebrados sobre pretensiones de equidad promovidas bajo la Regla 23(b)(2). Cuando la corte *ha* otorgado derechos de optar por excluirse, los mecanismos a utilizar para la notificación del segundo derecho de exclusión (por ejemplo, correo de primera clase) deberían presumiblemente ser los mismos que aquellos utilizados para la notificación del primero.

### Capítulo 3

Esta Sección reconoce la posibilidad de que una corte considere que un segundo derecho de optar por excluirse resulta inapropiado en un caso particular. Si la corte determina, por ejemplo, que pocos miembros de la clase optarían por excluirse en ausencia de un esfuerzo organizado por abogados que buscan pagos laterales, la corte puede dispensar el segundo derecho de autoexclusión. Pero para dispensar este segundo derecho, la corte debe exponer en el expediente las razones específicas que sostienen tal decisión.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Para casos denegando expresamente un segundo derecho de optar por excluirse, ver, por ejemplo, *In re Visa Check/Mastermoney Antitrust Litig.*, 297 F. Supp. 2d 503, 518 n.18 (S.D.N.Y. 2003) (denegando el segundo derecho de exclusión debido al “infinitesimal número de objeciones”), confirmado bajo el nombre de *Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa U.S.A., Inc.*, 396 F.3d 96 (2d Cir. 2005); *Hicks v. Morgan Stanley & Co.*, No. 01 Civ. 10071 (RJH), 2005 U.S. Dist. LEXIS 24890, p. \*17 (S.D.N.Y. 19 de Octubre de 2005) (denegatoria de un segundo derecho de optar por excluirse fundada en que no hay intereses suficientes en juego para eventuales acciones individuales); *Denney v. Jenkins & Gilchrist*, 230 F.R.D. 317, 344–345 (S.D.N.Y. 2005) (señalando que el segundo derecho de optar por excluirse debe “ser aplicado con moderación”), confirmado en la parte relevante bajo el nombre de *Denney v. Deutsche Bank AG*, 443 F.3d 253, 271 (2d Cir. 2006) (entendiendo que no hubo abuso en la discreción ejercida por la corte de juicio al rehusarse a otorgar un segundo derecho de exclusión; la corte señaló que “[r]equerir como regla general un segundo plazo para optar por excluirse perturbaría los procesos de acuerdo porque ninguna certificación sería final hasta después de haberse alcanzado los términos definitivos”); *Hainey v. Parrott*, No. 1:02-CV-733, 2007 WL 2752375, p. \*8 (S.D. Ohio, 20 de Septiembre de 2007) (rechazando un segundo derecho de autoexclusión porque “los miembros de la clase tenían en la primera oportunidad suficiente información para tomar una decisión razonada sobre si optar o no por excluirse del acuerdo” y porque un segundo plazo para ejercer el derecho de autoexclusión “resultaría en costos administrativos adicionales, lo cual, a su turno, reduce el monto disponible para la distribución”).

Para raros ejemplos de casos otorgando un segundo derecho de optar por excluirse, ver *Dare v. Knox County*, 457 F. Supp. 2d 52, 53 (D. Me.

### Capítulo 3

2006) (requiriendo un segundo derecho de optar por excluirse debido a la “amplitud” del acuerdo, el reemplazo de un representante de la clase, la objeción formulada por el representante anterior de la clase, y varias otras preocupaciones sobre los términos sustantivos del acuerdo); *Nilsen v. York County*, 228 F.R.D. 60, 61–62 (D. Me. 2005).

Al menos una jurisdicción ha adoptado un segundo derecho de optar por excluirse con carácter obligatorio. Ver *Tex. R. Civ. P. 42(e)(3)* (“En una acción previamente certificada como una acción de clase bajo la Regla 42(b)(3), la corte no puede aprobar un acuerdo a menos que otorgue una nueva oportunidad para solicitar su exclusión a los miembros individuales de la clase que tuvieron una oportunidad anterior de requerir tal exclusión y no lo hicieron”).

Aun antes de la adopción en el año 2003 de un proceso discrecional para optar por excluirse bajo la Regla 23(e)(3), algunos comentaristas ya habían argumentado que debería darse a los miembros de la clase una oportunidad para optar por excluirse *después* de conocer los términos del acuerdo. Ver, por ejemplo, Mark C. Weber, *A Consent-Based Approach to Class Action Settlement: Improving Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 59 Ohio St. L.J. 1155, 1193–1213 (1998).

*Efecto sobre el derecho vigente.* Esta Sección requeriría la adopción de una nueva regla procesal creando una presunción a favor del segundo derecho de optar por excluirse y requiriendo determinaciones expresas en el expediente cuando tal derecho no sea proveído a los miembros de la clase.

#### § 3.12 Revisión en instancia de apelación de las órdenes que rechazan un acuerdo propuesto

- (a) Una corte de apelación puede, discrecionalmente, permitir la apelación de una orden final que definitivamente rechace un acuerdo de clase propuesto siempre que esa apelación sea promovida dentro de los 10 días siguientes al dictado de la orden. Una apelación no suspende el proceso ante la corte de juicio a menos que esta última o la corte de apelación así lo disponga. Esta Sección aplica sólo a las apelaciones efectuadas en forma conjunta por la clase y los demandados, y no aplica cuando el rechazo del acuerdo por la corte de distrito es condicional o cuando la orden contempla nuevos procesos**

### Capítulo 3

- relacionados con el acuerdo de clase propuesto. La corte de juicio debe certificar que su rechazo del acuerdo es definitivo.**
- (b) En una apelación bajo la sub-sección (a), la corte de apelación puede designar abogados a fin de representar la posición de la corte de juicio según la cual el acuerdo no es justo y razonable, incluyendo entre otros a los abogados de los objetores,**
  - (c) La decisión de la corte de juicio de rechazar un acuerdo es revisada por abuso de discreción.**

#### Comentario:

*a. Necesidad de revisión en instancia de apelación.* Cuando una corte aprueba un acuerdo de clase, generalmente el resultado es una sentencia que resulta inmediatamente apelada, sea como apelación de una sentencia definitiva o como apelación discrecional de la orden de certificación de clase de conformidad con la Regla 23(f) (o el equivalente a la Regla 23(f) contenido en diversas reglas procesales estatales). Si la corte de juicio rechaza el acuerdo, sin embargo, usualmente no hay orden apelable y se deja a las partes sin más remedio que avanzar hacia el juicio y, eventualmente, apelar la sentencia definitiva. En ese punto, por supuesto, la parte que ha ganado el caso no tendrá interés en apelar el rechazo del acuerdo previo. Aun así, si alguna de las preocupaciones de la corte de juicio con relación al acuerdo no estaban justificadas, la corte y las partes habrán desperdiciado valioso tiempo litigando un caso que podría haber sido acordado en términos aceptables para ambos lados.

A pesar de las fuertes razones de política que existen para autorizar apelaciones tempranas en estas circunstancias, una revisión interlocutoria es raramente posible bajo el derecho vigente. Ciertamente, cuando el caso involucra al mismo tiempo un pedido de certificación y una propuesta de acuerdo y el acuerdo es rechazado porque la clase putativa no cumple los requisitos necesarios para ser certificada, una revisión discrecional es autorizada bajo la Regla 23(f) y las reglas estatales similares. Pero la Regla 23(f) aplica sólo a una orden “haciendo lugar o rechazando la certificación de la acción de clase” y, por tanto, no permite la revisión de una orden rechazando el acuerdo con fundamento en su injusticia (a diferencia de una orden rechazando el acuerdo con fundamentos relacionados con la certificación de clase). De este modo, la revisión interlocutoria estaría disponible para la cuestión de la certificación de clase pero no para la cuestión de la justicia del acuerdo. Por supuesto, ni siquiera podría argumentarse que la Regla

### Capítulo 3

23(f) provee alguna base para una revisión discrecional cuando el acuerdo se relaciona con un caso que fue previamente certificado como acción de clase. Por otro lado, las partes no pueden confiar en que la corte de apelación hará lugar al pedido de revisión bajo la Regla 23(f) dado que algunos circuitos son muy restrictivos en la aplicación de esta regla. Como resultado, es poco probable que la Regla 23(f) y las reglas estatales similares provean una vía para la impugnación interlocutoria de la orden que rechaza un acuerdo con fundamento en su injusticia.

Aun cuando las partes de una acción de clase federal pueden buscar una revisión interlocutoria bajo 28 U.S.C. § 1292(b) cuestionando el rechazo del acuerdo, ellas deben obtener la certificación de la corte de juicio —el mismo juez que rechazó el acuerdo— de que tal rechazo involucra “una cuestión de derecho controlante con respecto a la cual hay sustancial motivo para diferencias de opinión y que una apelación inmediata de la orden puede avanzar materialmente la terminación definitiva del litigio”. La corte de apelación debe aceptar esa certificación. En la mayoría de los acuerdos no será posible satisfacer estos criterios, toda vez que la mayoría de los acuerdos sólo plantean cuestiones de hecho relativas a la justicia del trato conferido a los miembros de la clase (en lugar de cuestiones puras de derecho), y una corte de juicio raramente afirmará que una decisión discrecional presenta un “sustancial motivo para diferencias de opinión”. De igual modo, las partes raramente estarán en condiciones de satisfacer los altos estándares para el *mandamus*. Ocasionalmente el rechazo de un acuerdo puede ser impugnado en base a la teoría de que tal decisión se asimila al rechazo de una injunción, pero esta teoría no funcionará a menos que (1) el corazón del acuerdo propuesto involucre un remedio inyuntivo, por oposición a indemnizaciones por daños, y (2) la no autorización de una revisión inmediata podría producir un daño irreparable.

*b. Aspectos procesales y alcance de la regla.* A menos que la corte de distrito o la corte de apelación ordenen una suspensión, la apelación bajo esta Sección no detendrá el proceso ante la corte de juicio. En algunos casos, sin embargo, tendrá poco sentido proceder con el caso. Esto ocurre especialmente cuando hay una significativa probabilidad de que la corte de apelación se pronuncie a favor del acuerdo. En esas circunstancias, una suspensión (acompañada de una revisión expedita) puede ser apropiada.

Debido a la naturaleza no adversarial de la apelación contra el rechazo por la corte de juicio de un acuerdo propuesto, la corte de apelación puede verse en la necesidad de designar un patrocinio letrado para representar la posición de la corte de juicio según la cual el acuerdo no es justo y razona-

### Capítulo 3

ble. Este punto es reconocido en la sub-sección (b). En algunas circunstancias, la corte de apelación puede concluir que esta función puede ser cumplida por los abogados de los miembros de la clase que hubieran objetado el acuerdo. Al designar los abogados, la corte de apelación debería seguir un procedimiento similar al utilizado bajo la Reg. Fed. de Proc. de Apel. 21(b) cuando una corte de apelación considera si hacer lugar a una petición de *writ of mandamus*.

Esta Sección no sólo gobierna los rechazos definitivos de acuerdos, sino también las denegatorias a ordenar notificaciones cuando las partes proponen un acuerdo preliminar. En esta última situación, de conformidad con la Reg. Fed. de Proc. Civ. 52, la corte debería reducir a la forma de una orden su rechazo a disponer notificaciones de modo tal que la decisión pueda ser apelada y la corte de apelación tenga un claro registro para revisar.

Esta Sección confiere a la corte de apelación similar discreción a la otorgada por la Regla 23(f). En muchas circunstancias el rechazo del acuerdo por la corte de distrito se presentará como correcto o razonable a primera vista, y probablemente no haya necesidad de involucrar a la corte de apelación en una revisión plena.

La revisión discrecional está disponible sólo cuando la corte de juicio certifica (en una manera similar a la establecida en la Reg. Fed. de Proc. Civ. 54(b)) que el rechazo es definitivo. En muchos acuerdos el procedimiento es dinámico: la corte revisa el acuerdo propuesto, indica los problemas que impiden su aprobación, y posteriormente las partes retornan con un nuevo acuerdo que intenta solucionar esos problemas. Permitir una apelación durante este fluido proceso interferiría con esa saludable negociación y podría impedir el progreso de las partes en el camino a alcanzar un acuerdo.

Bajo esta Sección, la revisión interlocutoria no está disponible a menos que la clase y el demandado se unan para buscarla. El rechazo de la clase o del demandado a unirse en la apelación deja sin sentido el propósito de permitir la revisión: proveer a las partes una vía para evitar el juicio cuando ambos lados de la disputa consideran que la corte de distrito abusó en su discreción al rechazar el acuerdo.

*c. Impacto en la carga de trabajo de las cortes de apelación.* No se espera que esta Sección tenga un impacto importante sobre la carga de trabajo de las cortes de apelación. Para comenzar, en muchas situaciones en que la corte de juicio plantea preocupaciones sobre un acuerdo las partes lo modificarán para solucionar esos problemas en lugar de acudir directamente a la corte de apelación. Cuando las preocupaciones de la corte de juicio son meritorias y pueden ser fácilmente solucionadas, las partes tienen pocas razones para

dedicar tiempo y gastos a una apelación. Por otra parte la revisión es discrecional, de modo tal que las cortes de apelación pueden limitar la revisión a aquellos casos en que la corte de juicio parece haber errado claramente. No hay pruebas de que, por ejemplo, la Regla 23(f) haya tenido un impacto sustancial sobre la carga de trabajo de las cortes de apelación federales.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* En la mayoría de las circunstancias, el rechazo de un acuerdo es una orden interlocutoria que no está sujeta a revisión inmediata. Ver, por ejemplo, *In re Tri-State Plant Food, Inc.*, 265 B.R. 450, 451–452 (M.D. Ala. 2001) (desestimando el intento del deudor de apelar el rechazo de un acuerdo de clase dispuesto por la corte de la quiebra) (citando autoridades); ver también *In re Touch Am. Holdings, Inc. ERISA Litig.*, 563 F.3d 903, 906 (9th Cir. 2009) (señalando que la desaprobación de un acuerdo de clase no es una decisión definitiva y que, por tanto, normalmente no es apelable). En raros casos, el rechazo de un acuerdo podría ser apelable bajo 28 U.S.C. § 1292(a)(1) como una orden denegatoria de una injunción. Ver, por ejemplo, *Carson v. Am. Brands, Inc.*, 450 U.S. 79, 83–89 (1981) (el rechazo de un decreto de clase consensuado es apelable porque contenía un remedio inyuntivo; la corte no decidió si la orden era apelable como una “orden colateral”). Pero este enfoque está disponible sólo cuando el acuerdo rechazado contempla un remedio inyuntivo, cuya ausencia podría causar “consecuencias irreparables si no es revisado inmediatamente”. *Id.* p. 85. Del mismo modo, 28 U.S.C. § 1292(b) no está disponible a menos que el cuestionamiento del acuerdo plantee una “cuestión ‘pura’ de derecho” en oposición a una cuestión que “requiere indagar en el expediente . . .” *Ahrenholz v. Bd. of Trustees of the Univ. of Ill.*, 219 F.3d 674, 677 (7th Cir. 2000) (Posner, J.).

Como ejemplo de un caso en el que una corte de distrito rechazó un acuerdo propuesto, ver *In re Elec. Data Sys. Corp. “ERISA” Litig.*, No. 6:03-MD-1512, 2005 WL 1875545 (E.D. Tex., 30 de Junio de 2005). Allí, las partes alcanzaron un acuerdo global en una acción de clase de alcance nacional bajo ERISA, luego de “extensas negociaciones coordinadas por uno de los mediadores más respetados en el país”, *id.* p. \*4, el retirado juez de distrito y del Quinto Circuito Robert Parker. La corte rechazó el acuerdo en la etapa de revisión preliminar a pesar de su conclusión de que “en el acuerdo propuesto no hay siquiera una pizca de fraude o colusión entre las

### Capítulo 3

partes”, id., y a pesar de su “gran respeto por las opiniones profesionales de los abogados de ambas partes, quienes han representado a sus clientes con gran celo y capacidad a lo largo de todo este litigio”. Id. p. \*6. Después que el acuerdo fue rechazado, el Quinto Circuito dictó una orden bajo la Regla 23(f) revocando la decisión de la corte de juicio por medio de la cual se había hecho lugar a la certificación de clase. *Langbecker v. Elec. Data Sys. Corp.*, 476 F.3d 299 (5th Cir. 2007). El Quinto Circuito envió el caso de regreso a la corte de juicio para nuevos procedimientos.

En varias circunstancias el Congreso ha consagrado el derecho a apelar órdenes interlocutorias. Ver, por ejemplo, 28 U.S.C. § 1292(a)(1) (órdenes otorgando o rechazando injunciones); 28 U.S.C. § 1292(a)(2) (“órdenes designando depositarios, u órdenes rechazando el cierre del depósito o la toma de medidas para cumplir con los propósitos del mismo”); 28 U.S.C. § 1292(a)(3) (órdenes interlocutorias “determinando los derechos y responsabilidades de las partes en casos de almirantazgo donde se autorizan apelaciones de los decretos finales”). Esta Sección, sin embargo, opta por un modelo discrecional similar al de la Regla 23(f) en lugar de una revisión apelada obligatoria.

Además de la revisión discrecional bajo la Regla 23(f), la revisión apelada en el contexto de las acciones de clase está permitida en ciertas circunstancias bajo la Class Action Fairness Act del año 2005, 28 U.S.C. § 1453(c). Esa sección provee la revisión discrecional en instancia de apelación de una orden “otorgando o rechazando una moción para reenviar una acción de clase a la corte estatal de la cual fue removida” si el pedido es formulado dentro de siete días. Si la corte de apelación acepta el recurso, debe decidir al respecto dentro de los 60 días posteriores (con posibilidad de extender el plazo por 10 días más) o la apelación se entiende denegada. Esta previsión, sin embargo, no tiene aplicación para revisar el rechazo de un acuerdo.

Para autoridad indicando que la revisión bajo la Regla 23(f) raramente es apropiada, ver, por ejemplo, *In re Sumitomo Copper Litig.*, 262 F.3d 134, 140 (2d Cir. 2001) (“Anticipamos . . . que los estándares de la Regla 23(f) raramente serán satisfechos”). No obstante, la revisión apelada bajo la Regla 23(f) se ha convertido ahora en algo frecuente en algunos circuitos. Ver, por ejemplo, Paul C. Ziebert, *A Circuit by Circuit Analysis of Federal Rule of Civil Procedure 23(f) Appeals*, 3 Class Action Litig. Rep. (BNA) No. 22, 756 (2002).

*Efecto sobre el derecho vigente.* A nivel federal no se requiere ningún nuevo estatuto para lograr el tipo de revisión apelada contemplado por esta Sección. Bajo 28 U.S.C. § 1292(e), “[l]a Suprema Corte puede prescribir reglas . . . para autorizar la apelación de una decisión interlocutoria que no se encuen-

tre prevista de otro modo en [§ 1292].” Sin embargo, el dictado de legislación puede ser necesario para efectivizar este tipo de apelaciones a nivel estatal.

### § 3.13 Honorarios de abogados

- (a) **Los honorarios de los abogados en las acciones de clase, sean fijados por sentencia o por acuerdo, deberían estar basados tanto en el valor de la sentencia o acuerdo para la clase como en el valor de los remedios *cy pres* que satisfagan los criterios establecidos en § 3.07.**
- (b) **Sujeto a la sub-sección (c), el método utilizado en la mayoría de los casos con fondo común debería estar basado en un porcentaje sobre el fondo obtenido, determinando dicho porcentaje en función del valor monetario y no monetario de la sentencia o acuerdo. La corte puede considerar el uso del método “lodestar” como instrumento de verificación, particularmente cuando el valor de la sentencia o acuerdo es incierto.**
- (c) **Más allá de su uso como instrumento de verificación, o su uso en casos que persiguen exclusivamente un remedio inyuntivo o declarativo, el método lodestar debería ser limitado a:**
  - (1) **situaciones en que los honorarios serán establecidos bajo un estatuto que requiere la aplicación del método lodestar, o**
  - (2) **casos en que la corte realice determinaciones específicas en torno a que la utilización del método de porcentaje sería injusta o inaplicable dadas las circunstancias particulares del caso.**
- (d) **En los casos que sea apropiado, la corte debería considerar la conveniencia de definir los honorarios mediante el establecimiento de un porcentaje tempranamente en el litigio, en lugar de hacerlo después. Cuando así proceda, la corte puede, de ser apropiado, ajustar los honorarios en casos excepcionales donde el acuerdo es alcanzado muy temprano en el litigio o el nivel de las sumas obtenidas es extraordinario.**

### Capítulo 3

- (e) En cualquier sentencia contenciosa o acuerdo que disponga un remedio monetario, una corte debería, ausentes especiales circunstancias, requerir a las partes que presenten una cuenta final describiendo el monto y la distribución de todos los beneficios para los miembros de la clase, otros beneficiarios y los abogados.**

#### Comentario:

*a. Cálculo basado en el valor real.* Varias cortes y comentaristas se han ocupado de los honorarios de abogados que no están atados al valor real de las pretensiones de los miembros de la clase, esto es, a pagos y otros resultados que van directamente a manos de los miembros de la clase. Por ejemplo, puede crearse un pozo de dinero para pretensiones individuales sin que haya expectativas realistas de que más que un pequeño porcentaje de dicho fondo será efectivamente reclamado por los miembros de la clase. Aun si los fondos no reclamados retornan al demandado, diversas cortes han basado las regulaciones de honorarios en el valor total del fondo más que en el monto efectivamente reclamado por los miembros de la clase. Además, al menos algunos de los ímpetus dirigidos a expandir las distribuciones *cy pres* han sido fruto del deseo de agrandar el recuperado aparente de la clase. La Class Action Fairness Act del año 2005 (“CAFA”) se ocupa de esta cuestión sólo en el contexto de los “acuerdos de cupones”, exigiendo que los honorarios requeridos por el patrocinio letrado de la clase se basen sobre el valor real de los cupones canjeados. Aparte de los acuerdos de cupones, la CAFA no exige que los honorarios estén basados en el valor real del acuerdo.

Esta sección aborda la cuestión globalmente, no sólo en el contexto de los acuerdos de cupones, y requiere que las regulaciones de honorarios se basen en el valor real de la sentencia o acuerdo para los miembros de la clase. Para sentencias o acuerdos que disponen el pago de sumas de dinero, el valor real es el valor efectivamente pagado a los miembros de la clase o bien a terceros bajo un apropiado acuerdo *cy pres*. Ver § 3.07 (permitiendo que los pagos *cy pres* cuenten para calcular honorarios de los abogados a fin de asegurar que éstos puedan obtener honorarios suficientes aun en casos de escasa cuantía o de “valor negativo”). Para sentencias o acuerdos que involucran remedios de equidad, el valor es el valor real del remedio para la clase.

Determinar el valor de remedios no dinerarios es una tarea difícil, y las cortes deberían evitar enfoques que exageren o minimicen el verdadero valor de tales remedios. Para acuerdos de cupones, el valor es el valor real

### Capítulo 3

de los cupones efectivamente canjeados por los miembros de la clase o distribuidos a través de un remedio *cy pres* de conformidad con § 3.07. Basada en las circunstancias específicas del caso, la corte puede diferir la determinación completa de los honorarios hasta que los montos efectivamente pagados a la clase (directa o indirectamente a través de *cy pres*) se encuentren establecidos. Además, debido a que los pagos *cy pres* (aun los que cumplen con lo establecido en § 3.07) sólo benefician indirectamente a la clase, a efectos de regular los honorarios de abogados la corte no necesita dar a dichos pagos el mismo valor completo que sería dado a recuperos directos para la clase.

#### Ejemplos:

1. Un fondo de acuerdo de \$100 millones es separado a fin de pagar pretensiones de consumidores que compraron computadoras alegramente defectuosas. Vencido el plazo para presentar esas pretensiones, queda sin reclamar un fondo de \$95 millones y, según lo establecido en el acuerdo, este fondo remanente debe volver al patrimonio del demandado. Los honorarios deberían estar basados en un porcentaje calculado sobre \$5 millones, no en un porcentaje calculado sobre \$100 millones.
2. El acuerdo de pretensiones que involucran computadoras defectuosas establece exclusivamente un año de asistencia telefónica gratuita para cualquier miembro de la clase. El costo que insume a Demandado proveer este servicio asciende a \$10 millones. Antes de promoverse la demanda la empresa ya había anunciado y separado fondos para este programa de un año de asistencia técnica gratuita para todos los compradores ya que planeaba implementar el programa con independencia de cualquier caso que fuera promovido o acordado. Un remedio de este tipo no puede ser utilizado a efectos de evaluar el valor real del acuerdo para la clase.
3. El acuerdo de pretensiones que involucran computadoras defectuosas establece exclusivamente que cada uno de los 100.000 miembros de la clase recibirá un cupón de \$100 dólares de descuento en el precio de una nueva computadora. Sólo 10.000 miembros de la clase efectivamente usan los cupones. Los honorarios de los abogados deben ser calculado sobre el valor real del acuerdo para la clase, representado aquí por un máximo de \$1 millón.

### Capítulo 3

*b. Método de porcentaje versus método lodestar.* Aun cuando muchas cortes en casos de fondo común permiten usar tanto el método de porcentaje como el lodestar (número de horas multiplicado por una tasa horaria razonable), actualmente la mayoría de las cortes y comentaristas creen que es mejor el método de porcentaje. Los críticos del método lodestar, por ejemplo, señalan la dificultad de aplicarlo y citan los incentivos indeseables que genera -esto es, un incentivo financiero para extender el litigio de modo tal que los abogados puedan devengar horas adicionales (y, de ese modo, honorarios adicionales). Además, algunas cortes y comentaristas han criticado el método lodestar porque genera menos incentivos para que los abogados busquen maximizar el resultado para la clase.

Algunas cortes requieren o permiten usar el método lodestar a fin de verificar el cálculo obtenido en función del método de porcentaje. Esta Sección respalda dicho enfoque librado a discreción de la corte de juicio, particularmente en casos donde hay incertidumbre acerca del verdadero valor de la sentencia o acuerdo. El método lodestar también resulta adecuado en casos que persiguen exclusivamente un remedio inyuntivo o declarativo (no monetario), o cuando la corte determina que el método de porcentaje sería injusto en el caso particular.

Como reconoce esta Sección, el método de porcentaje puede no ser viable cuando el valor del fondo común es difícil de determinar. El método de porcentaje también resulta inapropiado en casos que involucran un estatuto que impone el uso del método lodestar en materia de honorarios. En esas circunstancias, la corte debería usar el método lodestar.

*c. Estableciendo los honorarios en expectativa.* Esta Sección reconoce el valor de crear razonables expectativas, estableciendo que las cortes deberían intentar definir en una etapa temprana del proceso los parámetros en función de los cuales se determinarán los honorarios de los abogados. A partir de ese momento, los honorarios podrán ser reducidos sólo en excepcionales circunstancias. Por ejemplo, cuando se trata de un acuerdo que resulta consecuencia de otro (*tag-along settlement*), de un acuerdo que requirió menos trabajo del esperado o bien de un acuerdo que involucró un nivel de recupero mucho más alto del anticipado. De igual modo, después que los distintos parámetros estén definidos, la corte debería incrementar los honorarios sólo en circunstancias inusuales, tales como cuando el litigio ha durado más de lo esperado o resulta más costoso de lo que razonablemente se hubiera anticipado.

**Ejemplos:**

4. Actores inician una acción de clase putativa alegando que Demandado, una empresa farmacéutica, ocultó información relativa a que su medicación para la artritis causaba un serio riesgo y complicaciones durante el embarazo. Los miembros de la clase fueron estimados en aproximadamente un millón, cada uno de los cuales está en condiciones de obtener sustanciales indemnizaciones. La empresa anunció que reconocía su responsabilidad y que esperaba acordar rápidamente el caso. Debido a la probabilidad de un gran acuerdo en una etapa temprana del litigio, la corte estaría justificada para establecer el porcentaje de honorarios esperado en un número menor a la tasa usual empleada en otros acuerdos de clase celebrados en casos farmacéuticos en la misma jurisdicción. Si resulta que posteriormente Demandado se rehúsa a celebrar un acuerdo durante varios años, mientras los actores han conducido durante ese tiempo costoso *discovery* y han sacado a la luz numerosos documentos importantes, la corte puede estimar apropiado ajustar hacia arriba el porcentaje de honorarios.

**NOTAS DE LOS REPORTEROS**

*Comentario a.* Para casos confirmando el cálculo de honorarios sobre el fondo total, con independencia de la efectiva promoción de pretensiones individuales contra el mismo, ver *Waters v. Int'l Precious Metals Corp.*, 190 F.3d 1291, 1297 (11th Cir. 1999); *Williams v. MGM-Pathe Commc'ns Co.*, 129 F.3d 1026, 1027 (9th Cir. 1997); *Masters v. Wilhelmina Model Agency, Inc.*, 473 F.3d 423, 437 (2d Cir. 2007) (citando *Waters* y *Williams* con aprobación). Ver también *Boeing Co. v. Van Gemert*, 444 U.S. 472 (1980), donde se señala que “una porción razonable de los honorarios regulados a los abogados que representaron a la clase que venció puede ser calculada sobre la porción no reclamada del fondo creado por la sentencia.”. Id. p. 473. La Corte razonó que, en casos de fondo común, “[a]un cuando [el demandado] no puede ser obligado a pagar honorarios regulados a los abogados de la clase, su pretensión latente sobre el dinero del fondo no reclamado no podría estar por encima de la obligación de equidad de cada miembro de la clase de compartir los gastos del litigio”. Id. p. 482.

### Capítulo 3

Para preocupaciones planteadas por casos de este tipo, ver *Int'l Precious Metals Corp. v. Waters*, 530 U.S. 1223, 1224 (2000) (voto del Juez O'Connor) (señalando que la Corte en *Boeing, supra*, donde se confirmó fuera del contexto de un acuerdo una regulación de honorarios basada en el monto total disponible para la clase, no se “ocupó de si debe haber al menos alguna conexión razonable entre la regulación de honorarios y el monto efectivamente distribuido a la clase”; *Fears v. Wilhelmina Model Agency, Inc.*, No. 02-Civ-4911(HB), 2005 WL 1041134 (S.D.N.Y. May 5, 2005), revocado en la parte pertinente bajo el nombre de *Masters v. Wilhelmina Model Agency, Inc.*, 473 F.3d 423 (2d Cir. 2007). Ver también *Strong v. BellSouth Telecomm., Inc.*, 137 F.3d 844, 852 (5th Cir. 1998) (la corte de distrito no abusó en su discreción al regular honorarios con base en los pagos efectivamente realizados más que en el fondo total).

La poca doctrina que existe sobre esta cuestión se encuentra dividida. Un artículo señala que “[a]un cuando calcular los honorarios de los abogados . . . como un porcentaje del fondo total acarrea los riesgos de alentar colusión y demandas frívolas”, ese enfoque “crea un necesario incentivo para abogados de clase a fin de promover acciones de clase de consumo de escasa cuantía” Hailyn Chen, Comment, *Attorneys' Fees and Reversionary Fund Settlements in Small Claims Consumer Class Actions*, 50 UCLA L. Rev. 879, 902 (2003). Pero el incentivo para promover acciones de clase con pretensiones de escasa cuantía puede igualmente ser generado habilitando la celebración de acuerdos *cy pres*, como lo permite § 3.07. Para críticas sobre la fijación de honorarios con base en el fondo completo más que en el monto reclamado por los miembros de la clase, ver *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 21.71, p. 337 (2004) (los honorarios deberían estar basados en pretensiones efectivas).

*Comentario b.* El principio de fondo común es descrito en detalle en el *Restatement Third of Restitution and Unjust Enrichment* § 30, 66–119 (Borrador Tentativo N° 3, 2004). Para casos requiriendo el uso del método de porcentaje, ver, por ejemplo, *In re Gen. Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Prods. Liab. Litig.*, 55 F.3d 768, 821–822 (3d Cir. 1995) (requiriendo verificación por método lodestar); *Swedish Hosp. Corp. v. Shalala*, 1 F.3d 1261, 1271 (D.C. Cir. 1993); *Camden I Condo. Ass'n v. Dunkle*, 946 F.2d 768, 774 (11th Cir. 1991).

Para casos acordando discreción a las cortes para utilizar el método de porcentaje o el método lodestar, ver, por ejemplo, *Goldberger v. Integrated Res., Inc.*, 209 F.3d 43, 50 (2d Cir. 2000); *In re Thirteen Appeals Arising out of San Juan Dupont Plaza Hotel Fire Litig.*, 56 F.3d 295, 307 (1st Cir. 1995). Para casos de cortes estatales atípicas que expresan una preferencia por el

### Capítulo 3

método lodestar sobre el método de porcentaje sobre el fondo común, ver, por ejemplo, *Kuhnlein v. Dep't of Revenue*, 662 So. 2d 309, 312 (Fla. 1995).

Con respecto al uso del método lodestar para verificación, las cortes han reconocido que “el lodestar puede proveer una perspectiva útil sobre la razonabilidad de una regulación porcentual determinada”. *Vizcaino v. Microsoft Corp.*, 290 F.3d 1043, 1050 (9th Cir. 2002). Ver también *In re Cendant Corp. Litig.*, 264 F.3d 201, 285 (3d Cir. 2001) (discutiendo casos que utilizaron el método lodestar para fines de verificación).

Para un estudio de los varios enfoques tomados por las cortes, incluyendo una discusión de casos utilizando el método lodestar como instrumento de verificación, ver Vaughn R. Walker & Ben Horwich, *The Ethical Imperative of a Lodestar Cross-Check: Judicial Misgivings About “Reasonable Percentage” Fees in Common Fund Cases*, 18 *Geo. J. Legal Ethics* 1453, 1455–1464 (2005).

Varios comentaristas han reconocido las deficiencias del enfoque lodestar. Ver, por ejemplo, Charles Silver, *Due Process and the Lodestar Method: You Can't Get There From Here*, 74 *Tul. L. Rev.* 1809 (2000); John Bronsteen, *Class Action Settlements: An Opt-In Proposal*, 2005 *U. Ill. L. Rev.* 903, 911 n. 54 (citando autoridad). Ver en general *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 14.121, at 186–196 (2004) (extensa discusión de los métodos de porcentaje y lodestar); Report of the Third Circuit Task Force on Court Awarded Attorney Fees, 108 *F.R.D.* 237 (1985); Judith Resnik, Dennis E. Curtis & Deborah R. Hensler, *Individuals Within the Aggregate: Relationships, Representation, and Fees*, 71 *N.Y.U. L. Rev.* 296, 336–355 (1996) (discutiendo métodos para regulación de honorarios).

Para una discusión sobre la necesidad del enfoque lodestar cuando el fondo es difícil de calcular o involucra un estatuto que regula la responsabilidad por honorarios, ver, por ejemplo, *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 14.121, p. 190 (2004).

*Comentario c.* Para autoridad sobre el concepto de establecer los parámetros para regular honorarios de abogados en un momento temprano del proceso, ver Silver, *Due Process and the Lodestar Method*, 74 *Tul. L. Rev.* at 1836 n.126 (citando casos de cortes de juicio de Texas sin publicar).

*Efecto sobre el derecho vigente.* La sub-sección (a) rechaza los casos que confirmaron regulaciones de honorarios basadas en el fondo total con independencia del valor efectivo de la sentencia o acuerdo para los reclamantes. Las sub-secciones (b) y (c) rechazan los casos que prefieren el enfoque lodestar al enfoque de porcentaje sobre el fondo o que autorizan elegir entre ambos métodos. Las sub-secciones (d) y (e) están dentro de la discreción de una corte y no requieren cambio alguno en el derecho.

## Capítulo 3

### § 3.14 Impugnaciones al acuerdo posteriores a la sentencia

- (a) **La vía normal para impugnar un acuerdo es una apelación directa de la orden o sentencia que lo aprueba. Aparte de la apelación, una sentencia que aprueba un acuerdo de clase no puede ser impugnada, excepto:**
- (1) **ante la corte en la cual se celebró el acuerdo, con base en los fundamentos generalmente aplicables bajo las reglas de proceso civil para obtener la liberación de una sentencia; o**
  - (2) **ante la misma u otra corte, con fundamento en que la corte ante la cual se celebró el acuerdo carecía de competencia personal o material, no realizó las determinaciones necesarias en materia de representatividad adecuada, o no otorgó a los miembros de la clase una notificación razonable y una oportunidad para ser oídos como requiere el derecho aplicable.**
- (b) **Al restringir las impugnaciones colaterales al acuerdo de clase, esta Sección no modifica el derecho existente que gobierna la capacidad de los miembros de la clase para promover pretensiones de mala praxis o violación del deber de fidelidad contra los abogados de la clase en el modo que lo permita el derecho aplicable.**

#### Comentario:

*a. Necesidad de poner fin al litigio.* Una de las principales finalidades de los acuerdos de clase es alcanzar el fin del litigio. Cuando se permite a los miembros de la clase realizar impugnaciones colaterales a un acuerdo con fundamentos que fueron planteados durante el procedimiento de aprobación del acuerdo, o podrían haberlo sido, se socava la propia integridad del procedimiento de acuerdo.

No es factible clausurar ataques posteriores a la sentencia en todas las circunstancias. De hecho, las Reg. Fed. de Proc. Civil. y las reglas correspondientes que gobiernan las cortes estatales reconocen una estrecha categoría de situaciones en que la liberación de la sentencia resulta apropiada. Esas reglas no están limitadas a los acuerdos de clase, pero aplican a los

### Capítulo 3

intentos para buscar la liberación de cualquier sentencia definitiva, sea o no de clase. Debido a que los acuerdos de clase deben ser aprobados por la corte, la disposición de una acción de clase por medio de un acuerdo crea una sentencia definitiva a la cual le resultan aplicables reglas tales como las Reg. Fed. de Proc. Civil. 59(e) y 60(b). La Regla Federal 60(b), por ejemplo, establece diversas situaciones limitadas en que una parte puede buscar su liberación de una sentencia definitiva, incluyendo, entre otras, error o negligencia excusable; descubrimiento de nueva prueba que no estaba disponible previamente; fraude u otras conductas indebidas de la parte contraria; y una sentencia nula. Esta Sección anticipa que el derecho elaborado en torno a la Regla Federal 60(b) y sus contrapartes estatales será utilizado para determinar cuándo debe permitirse una impugnación del acuerdo de clase posterior a la sentencia. Impugnaciones de este tipo deben ser propuestas ante la corte que aprobó el acuerdo.

Las impugnaciones posteriores al juicio también pueden ser permisibles si la corte carece de competencia personal o material bajo el derecho aplicable, o no realiza las determinaciones necesarias con respecto a la representatividad adecuada. Por otra parte, las impugnaciones posteriores a la sentencia pueden ser autorizadas con base en que los miembros de la clase no recibieron una notificación razonable como es requerido por el derecho aplicable al caso. Esta Sección no aprueba el uso de la impugnación posterior a la sentencia como vía para relitigar determinaciones sobre representatividad adecuada que fueron realizadas antes de la sentencia por la corte que aprobó el acuerdo.

La eliminación de la capacidad de promover un ataque posterior al juicio, excepto por las razones especificadas en esta Sección (o en el contexto de una pretensión de mala praxis o violación al deber de lealtad contra los abogados de la clase), debe ser acompañada por protecciones para asegurar que las determinaciones originales sobre la justicia del acuerdo y la representatividad adecuada sean completa y cuidadosamente consideradas. Este Capítulo asegura esas protecciones de salida, voz y lealtad mediante las siguientes medidas: requerir determinaciones sobre la representatividad adecuada al momento del acuerdo, aun si el requisito se encontraba cumplido al momento de la certificación (§ 3.05); alentar objeciones meritorias (§ 3.08); alentar el uso de *special masters*, *special officers* y otros adjuntos de la corte (§ 3.09); y requerir, salvo en circunstancias excepcionales, un segundo derecho de optar por excluirse cuando los términos del acuerdo no eran conocidos al momento de la primera oportunidad para hacerlo (§ 3.11). En general, esta Sección no aprueba el uso de la impugnación colateral como

### Capítulo 3

vía para relitigar determinaciones específicas efectuadas por la corte que aprobó el acuerdo con carácter previo a la sentencia.

Al referirse a la posibilidad de promover pretensiones por mala praxis, esta Sección no propone ninguna expansión del derecho existente sobre esa materia.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Para casos reconociendo el efecto vinculante de las sentencias de acciones de clase, ver, por ejemplo, *Devlin v. Scardelletti*, 536 U.S. 1, 10–11 (2002) (“apelar la aprobación del acuerdo es el único medio que tiene [un miembro de la clase] para protegerse de ser vinculado por una disposición de sus derechos que encuentra inaceptable”); *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 805 (1985); *Cooper v. Fed. Reserve Bank of Richmond*, 467 U.S. 867, 874 (1984) (“una sentencia dictada en una acción de clase apropiadamente tramitada resulta vinculante sobre los miembros de la clase en cualquier litigio subsiguiente”).

Para argumentos a favor de autorizar amplias impugnaciones posteriores a la sentencia, ver, por ejemplo, Susan P. Koniak, *How Like a Winter? The Plight of Absent Class Members Denied Adequate Representation*, 79 *Notre Dame L. Rev.* 1787, 1790–1791 (2004); Patrick Woolley, *The Availability of Collateral Attack for Inadequate Representation in Class Suits*, 79 *Tex. L. Rev.* 383 (2000); Henry P. Monaghan, *Antisuit Injunctions and Preclusion Against Absent Nonresident Class Members*, 98 *Colum. L. Rev.* 1148, 1195–1199 (1998).

Para argumentos contra la autorización de amplias impugnaciones posteriores a la sentencia, ver, por ejemplo, Samuel Issacharoff & Richard A. Nagareda, *Class Settlements Under Attack*, 156 *U. Pa. L. Rev.* 1649 (2008); Marcel Kahan & Linda Silberman, *The Inadequate Search for “Adequacy” in Class Actions: A Critique of Epstein v. MCA, Inc.*, 73 *N.Y.U. L. Rev.* 765 (1998); Richard A. Nagareda, *Administering Adequacy in Class Representation*, 82 *Tex. L. Rev.* 287, 310–315 (2003); Kevin R. Bernier, Note, *The Inadequacy of the Broad Collateral Attack: Stephenson v. Dow Chemical Company and Its Effects on Class Action Settlements*, 84 *B.U. L. Rev.* 1023 (2004).

Las cortes también están divididas sobre esta cuestión. Comparar, por ejemplo, *Stephenson v. Dow Chem. Co.*, 273 F.3d 249 (2d Cir. 2001) (permitiendo impugnación colateral sobre la representatividad adecuada), confirmado en parte y revocado en parte, 539 U.S. 111 (2003), con *Epstein v. MCA, Inc.*, 179 F.3d 641 (9th Cir. 1999) (rehusándose a permitir impug-

**Capítulo 3**

nación colateral). En *Stephenson* la Suprema Corte concedió el *certiorari* para resolver esta cuestión, pero al tratarla se dividió 4-4 y por tanto el caso no tiene valor de precedente. Esta Sección rechaza las impugnaciones posteriores a la sentencia autorizadas por el Segundo Circuito en *Stephenson*. Ver § 2.07, Notas de los Reporteros; cf. *Wolfert v. Transamerica Home First, Inc.*, 439 F.3d 165, 172 (2d Cir. 2006) (caso posterior a *Stephenson*, señalando que “no sería injusto precluir una revisión colateral” basada en la representatividad adecuada cuando la cuestión fue planteada en toda su extensión y rechazada por la corte de juicio).

Para un ejemplo de una impugnación posterior a la sentencia basada en la supuesta falta de competencia de la corte original, ver *McGee v. Int'l Life Ins. Co.*, 355 U.S. 220 (1957). Las impugnaciones posteriores al acuerdo que busquen su invalidación normalmente provendrán de miembros de la clase descontentos. Por tanto, los argumentos sobre competencia personal se enfocarán en que la corte carecía de tal competencia sobre los miembros de la clase ausentes. En *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985), la Corte sostuvo que normalmente los miembros de la clase no están sujetos al análisis de “contactos mínimos” que aplica a los demandados en materia de competencia personal. La Corte dejó abierta la posibilidad de presentar un argumento de ese tipo en el contexto de acciones de clase pasivas o acciones que persiguen indemnizaciones por daños en las que no se garantizaron notificaciones y derechos de optar por excluirse. *Id.* p. 811 n.3.

*Efecto sobre el derecho vigente.* El enfoque de esta Sección, en gran medida, busca apoyar el entendimiento emergente de la preclusión en el contexto de los procesos colectivos. Ver la dicusión más arriba en § 2.07.



**TEMA 3**  
**ACUERDOS COLECTIVOS FUERA DEL CONTEXTO**  
**DE ACCIONES DE CLASE**

**§ 3.15 Necesidad de especial tratamiento de los acuerdos colectivos celebrados fuera del contexto de acciones de clase.**

**Diferencias significativas entre los casos que tramitan como acción de clase y los que tramitan por otros procesos colectivos requieren que ambos tipos de casos sean tratados de manera diferente en lo que respecta a los acuerdos que allí pueden celebrarse.**

**Comentario:**

*a. Diferencias entre acuerdos de clase y otros acuerdos colectivos.* La resolución más común, tanto de acciones de clase como de otros casos colectivos, se produce mediante acuerdos. Al igual de lo que ocurre con los simples litigios de uno contra uno, pocos de tales casos van a juicio. No obstante, a menudo hay un involucramiento judicial con casos colectivos que no son acciones de clase. Tal involucramiento se produce mediante el enjuiciamiento de casos *bellwether* o en decisiones preliminares sobre cuestiones probatorias o de competencia, aun cuando un juicio completo de los casos agregados es poco probable. Si bien se ha prestado mucha atención a los acuerdos celebrados en acciones de clase, no ocurre lo mismo —tanto de parte de los comentaristas como de las cortes— en materia de acuerdos colectivos celebrados en otros contextos.

Este último tipo de acuerdos surgen en distintos escenarios: a través de litigios multidistritales o consolidados, a través de coordinación informal por múltiples abogados de los reclamantes, o informalmente como múltiples clientes de un sólo abogado o firma de abogados. En el supuesto de múltiples clientes de una sola firma de abogados, el inventario completo de casos contra un demandado particular puede ser acordado como una unidad antes de que la mayoría de los casos sean siquiera iniciados, incluso antes

### Capítulo 3

de que haya sido promovida una sola demanda. Por otra parte, los casos también pueden ser agregados informalmente del lado de la defensa, lo que ocurre a través de mecanismos tales como acuerdos de defensa conjunta o como consecuencia de reglas sustantivas que gobiernan la responsabilidad mancomunada y solidaria.

Del lado de los reclamantes, la estructura, mecánicas y efectos de un acuerdo pueden variar ampliamente entre litigios de clase y otros litigios colectivos. Fuera del contexto de las acciones de clase, existe una relación abogado–cliente entre cada reclamante y al menos un abogado que participa en el caso. En contraste, las acciones de clase involucran una representación por abogados que típicamente tienen una relación sólo con los representantes de la clase y no con los miembros ausentes de ésta, aun cuando el abogado tenga deberes fiduciarios con respecto a todos los miembros de la clase. Los acuerdos en acciones de clase están gobernados por reglas procesales especiales y ocurren bajo supervisión judicial. Es sólo la impronta judicial lo que otorga validez a un acuerdo de clase y, por tanto, todas las partes deben estructurarlo de manera tal de asegurarse la aprobación de la corte. Por el contrario, los acuerdos colectivos fuera de las acciones de clase pueden ocurrir sin activa supervisión judicial alguna. Los acuerdos colectivos fuera de acciones de clase son gobernados principalmente por reglas de ética y raramente se los sujeta a revisión o aprobación judicial. Como se discute en la siguiente Sección, es necesario tener una nueva mirada sobre cómo deberían ser regulados los acuerdos colectivos celebrados fuera del contexto de acciones de clase.

#### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Para discusión de las diversas maneras en que se acuerdan los litigios colectivos que no son acciones de clase, ver Howard M. Erichson, *A Typology of Aggregate Settlements*, 80 *Notre Dame L. Rev.* 1769, 1773 (2005).

*Efecto sobre el derecho vigente.* Esta Sección refleja el reconocimiento vigente de que los acuerdos de clase y aquellos acuerdos colectivos celebrados en otros contextos son suficientemente distintos como para merecer un tratamiento diferenciado. No se requiere aquí ningún cambio en el derecho sustantivo o las reglas procesales

### § 3.16 Definición de un acuerdo colectivo fuera del contexto de acciones de clase

- (a) **Un acuerdo colectivo fuera del contexto de acciones de clase es un acuerdo sobre las pretensiones de dos o más reclamantes individuales en el cual la resolución de tales pretensiones es interdependiente.**
- (b) **La resolución de pretensiones en acuerdos celebrados fuera del contexto de acciones de clase es interdependiente si:**
  - (1) **la aceptación del acuerdo por el demandado depende de la aceptación de un determinado número o porcentaje de reclamantes, o de un monto de pretensiones especificado en dinero; o**
  - (2) **el valor de la pretensión de cada reclamante no se basa solamente en hechos y negociaciones realizadas caso por caso.**
- (c) **Para determinar si las pretensiones son interdependientes es irrelevante si la propuesta de acuerdo fue originalmente realizada por actores o demandados.**

#### **Comentario:**

*a. Interdependencia de pretensiones.* El término “acuerdo colectivo” está pensado para abarcar acuerdos que involucran multiplicidad de reclamantes y donde existen potenciales conflictos de interés que se desprenden de la interdependencia de las pretensiones, generando por tanto un riesgo de injusticia para los reclamantes individuales. Esta Sección busca definir el concepto basada en las características que crean los conflictos de interés. Sorprendentemente, aun cuando la regla de acuerdo colectivo existe en todos los estados, ninguna regla estatal intenta definir qué significa el término “acuerdo colectivo”. La literatura académica, sin embargo, ha identificado dos características que hacen interdependientes a las pretensiones: condicionalidad colectiva y asignación colectiva.

*b. Condicionalidad colectiva.* La sub-sección (b)(1) describe la condicionalidad, una característica común en acuerdos colectivos. La condicionalidad

### Capítulo 3

involucra la práctica por la cual un demandado supedita su aceptación del acuerdo al hecho que un número o porcentaje especificado de reclamantes presten su conformidad al mismo. Bajo la sub-sección (b)(1), el grado de condicionalidad no necesita ser unánime. Cada vez que un acuerdo esté condicionado a la aceptación de un número o porcentaje establecido de reclamantes, se trata de un acuerdo de tipo colectivo.

*c. Asignación colectiva.* La sub-sección (b)(2) aborda la asignación colectiva. Este concepto describe el procedimiento por el cual se asigna un valor monetario a la pretensión de cada reclamante individual. En la mayoría de los casos que involucran múltiples reclamantes individuales, éstos usualmente no han sufrido idénticos daños. Consiguientemente, en cualquier acuerdo, será necesario asignar a cada reclamante dinero u otro tipo de remedio. Un reconocido método para efectuar esta asignación consiste en realizar una evaluación individual, reclamante por reclamante, en la cual cada uno de ellos (típicamente por medio de, o junto a, su abogado) analiza con la defensa el mérito de la pretensión y consensúa su valor en el contexto del acuerdo. Siempre que el valor total del acuerdo no se encuentre fijado de antemano, esta forma de asignación no es colectiva debido a que el valor de cada pretensión individual refleja la fortaleza de esa pretensión, determinada por negociaciones específicas al respecto. Si el valor total del acuerdo está representado por un monto predeterminado, entonces la revisión pretensión por pretensión resulta efectivamente en un acuerdo colectivo ya que el valor final de cada una de ellas es interdependiente.

Bajo la sub-sección (b)(2), la asignación es colectiva si el valor de la pretensión de cualquier reclamante está determinado por un método que no sea el de análisis individual pretensión por pretensión. Por ejemplo, una asignación es colectiva cada vez que un demandado condiciona el acuerdo sobre las pretensiones de múltiples reclamantes y deja en manos de los abogados de estos últimos la responsabilidad de proponer el modo de asignar el dinero a los miembros del grupo. Cuando un demandado condiciona su oferta de acuerdo a la aceptación del pago de una suma global para satisfacer todas las pretensiones existentes, estas pretensiones son interdependientes porque las partes no han evaluado el valor preciso de cada una de ellas para arribar al número total del acuerdo. Más realísticamente, los abogados de actores y demandados simplemente miraron a las pretensiones como un todo y negociaron un número que podría compensar a los reclamantes con una indemnización promedio o con una indemnización basada en una matriz de categorías (por ejemplo, dependiendo de la naturaleza de los daños sufridos). Debido a que el acuerdo no refleja el valor de la pretensión de

### Capítulo 3

cada individuo, existe la posibilidad que infravalore algunas pretensiones con relación a otras, o falle de alguna otra forma en proveer un tratamiento equitativo a los reclamantes afectados.

El mismo problema surge si el acuerdo asigna una suma idéntica a cada reclamante con independencia de los hechos y circunstancias de cada pretensión, o cuando otorga idénticas sumas basadas en unas pocas amplias categorías (por ejemplo, daños a la propiedad, daños físicos).

*d. Acuerdos no colectivos de múltiples pretensiones.* Para un abogado es teóricamente posible acordar múltiples pretensiones de reclamantes individuales sin crear problemas bajo la regla de acuerdo colectivo. Por ejemplo, un abogado puede tener 10 reclamantes como clientes. Cuando el abogado comienza las negociaciones para el acuerdo, el demandado puede estar dispuesto a negociar un acuerdo individual y específico para cada reclamante sin fijar un tope sobre los daños colectivos ni insistir en que un porcentaje determinado de reclamantes preste su conformidad al acuerdo. En la medida que la pretensión de cada reclamante es acordada en clave individual, un acuerdo del género no caería dentro de la definición de acuerdo colectivo. Ello así aun cuando, en la práctica, cada reclamante insistirá en conocer el monto a ser percibido por los otros clientes del abogado involucrado en la representación conjunta antes de prestar su consentimiento al monto del acuerdo que se le propone. En el mundo real, sin embargo, un demandado generalmente conoce el monto que está dispuesto a pagar para acordar un grupo de pretensiones, por lo cual la noción de que el demandado tratará a cada uno de los reclamantes individuales representados por el mismo abogado de forma separada e independiente no representa la típica manera en que son negociadas tales pretensiones. Si se sujeta un acuerdo a topes implícitos, matrices, u otros métodos de asignación colectiva, entonces el mismo constituye un acuerdo colectivo.

#### **Ejemplos:**

1. Un abogado representa 100 actores que se quejan de varios daños causados por una droga alegadamente defectuosa producida por Demandado. Durante las negociaciones del acuerdo, los abogados de los actores y de Demandado evalúan individualmente cada pretensión con el fin que el acuerdo total equivalga a \$1 millón. Demandado presta su consentimiento al acuerdo sólo si al menos el 95 por ciento de todos los reclamantes hacen lo propio. El acuerdo es de tipo colectivo bajo la sub-sección (b)(1) aun cuando los

### Capítulo 3

montos fueron negociados individualmente, porque Demandado ha condicionado su aceptación de tal acuerdo al hecho que un porcentaje establecido de reclamantes preste su conformidad y porque Demandado fijó un tope al acuerdo total. El acuerdo también es de tipo colectivo bajo la sub-sección (b)(2) debido al tope total de \$1 millón.

2. Mismo grupo de 100 reclamantes que en el Ejemplo 1. Demandado ofrece acordar la pretensión de cada reclamante por \$10.000, con independencia de los hechos subyacentes en cualquier pretensión particular. Demandado no requiere que un porcentaje determinado de reclamantes preste su conformidad al acuerdo. El acuerdo es de tipo colectivo bajo la sub-sección (b)(2) porque el monto de compensación asignado a cada reclamante está vinculado al de los otros.
3. Mismo grupo de 100 reclamantes que en el Ejemplo 1. Los abogados de los reclamantes y de Demandado negocian individualmente las pretensiones de cada reclamante basados en los hechos específicos de cada caso, y Demandado no condiciona su aceptación del acuerdo al hecho que un porcentaje determinado de clientes preste su conformidad al mismo. El acuerdo no es un acuerdo colectivo bajo las sub-secciones (a) o (b).

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* El Comité de Ética y Responsabilidad Profesional de la ABA proveyó una definición general de lo que significa un acuerdo colectivo:

Un acuerdo colectivo ocurre cuando dos o más clientes que son representados por el mismo abogado resuelven juntos sus pretensiones o defensas. . . Para que sea un acuerdo colectivo no es necesario que participen de la resolución todos los clientes del abogado que tienen pretensiones contra las mismas partes. . . o defensas contra las mismas pretensiones . . . La regla aplica cuando dos o más clientes cualquiera consienten que sus asuntos sean resueltos conjuntamente.

Formal Op. 06-438.

Para una discusión sobre la escasez de definiciones autorizadas del término “acuerdo colectivo”, ver Howard M. Erichson, *A Typology of Aggregate*

## Capítulo 3

*Settlements*, 80 Notre Dame L. Rev. 1769, 1781–1782 (2005). Los términos “condicionalidad” y “asignación” fueron usados por primera vez por el Profesor Erichson. Ver id. p. 1784-1795.

*Comentario b.* Los acuerdos colectivos pueden generar conflictos en las relaciones abogado-cliente y cliente-cliente. Siempre que un demandado condiciona su aceptación del acuerdo al hecho que un porcentaje de reclamantes preste su conformidad para ser vinculado por el mismo, el abogado tiene incentivos para presionar a sus clientes a fin de acordar en términos que pueden no ser los mejores para el interés individual del reclamante pero que facilitan la celebración del acuerdo colectivo. Ver id. p. 1769, 1795. Por otro lado, un reclamante individual (o múltiples reclamantes) pueden negociar una mayor asignación del acuerdo propuesto negándose a prestar su consentimiento, manteniendo así como rehén al acuerdo completo.

*Comentario c.* Los métodos de asignación varían considerablemente de un acuerdo a otro. Ver id. pp. 1786–1787 (identificando seis métodos de asignación: negociaciones individuales caso por caso, acuerdos con sumas globales, “negociar el monto individual para cada [reclamante] dentro de un monto total limitado”, proveer un monto fijo *per capita* para cada [reclamante], determinar la porción de cada [reclamante] por medio de una fórmula o matriz, o establecer un mecanismo para determinar el valor de las pretensiones”).

*Comentario d.* Algunos comentadores han interpretado que la regla de acuerdo colectivo requiere el consentimiento unánime de todos los reclamantes a fin de que el acuerdo resulte vinculante para *cualquiera* de ellos. Ver id. p. 1805 (citando ejemplos). Sin embargo, la regla de acuerdo colectivo simplemente dispone que “ninguna parte [puede] ser vinculada por un acuerdo a menos que preste su consentimiento al mismo después de estar completamente informada al respecto”. Id. p. 1805.

*Efecto sobre el derecho vigente.* Esta Sección no requiere cambio alguno en el derecho vigente.

### § 3.17 Circunstancias requeridas para que los acuerdos colectivos sean vinculantes

- (a) Un abogado o grupo de abogados que representan dos o más reclamantes fuera del contexto de una acción de clase pueden acordar las pretensiones de tales reclamantes en clave colectiva siempre que cada reclamante preste por escrito su**

### Capítulo 3

**consentimiento informado. El consentimiento informado requiere que cada reclamante pueda revisar los acuerdos de todas las otras personas sujetas al acuerdo colectivo o la fórmula por la cual el producido del acuerdo será dividido entre todos los reclamantes. Además, el consentimiento informado requiere que el interés financiero total de los abogados de los reclamantes sea descubierto ante cada uno de éstos.**

**(b) En lugar de los requisitos establecidos en la sub-sección (a), los reclamantes individuales pueden, antes de recibir una oferta de acuerdo, celebrar un contrato por escrito a través de abogados compartidos autorizando que, a la hora de responder a una propuesta de acuerdo colectivo, cada reclamante que participa resulte vinculado por una mayoría sustancial de votos de todos ellos (o, si el acuerdo distingue significativamente entre diferentes categorías de reclamantes, por el voto de una separada mayoría sustancial de reclamantes comprendidos en cada una de esas categorías). Un contrato bajo esta sub-sección debe reunir todos los requisitos siguientes:**

**(1) El poder para aceptar una oferta de acuerdo debe estar siempre de forma colectiva en manos de los reclamantes, y bajo ninguna circunstancia puede ser asignado a los abogados de éstos. Los reclamantes pueden ejercer su poder colectivo de decisión para aprobar un acuerdo a través de un representante independiente de su elección siempre que no sea su abogado.**

**(2) El contrato entre los reclamantes puede celebrarse al momento de formación de la relación abogado–cliente o después, pero sólo si todos los reclamantes participantes prestan su consentimiento informado para ello. El consentimiento informado requiere que los abogados descubran a los reclamantes de forma completa todos los términos del contrato para facilitar la toma de decisión informada respecto de:**

**(A) Si prestar consentimiento al contrato;**

- (B) Si impugnar posteriormente la justicia del contrato bajo las sub-secciones (d) o (e);**
  - (C) Si impugnar posteriormente el cumplimiento del contrato con base en los requerimientos establecidos en las sub-secciones (b) y (c); y**
  - (D) La conveniencia de buscar el consejo de otro abogado, junto con una razonable oportunidad para hacerlo.**
- (3) El contrato debe especificar los procedimientos por los cuales todos los reclamantes que participan aprobarán una oferta de acuerdo. El contrato puede también especificar la manera de asignar el producido de un acuerdo entre los reclamantes, o puede proveer el desarrollo futuro de un mecanismo apropiado de asignación.**
- (4) Antes que los reclamantes suscriban el contrato, su abogado o grupo de abogados debe explicar a todos ellos que el mecanismo establecido en la sub-sección (a) está disponible como medio alternativo para acordar un proceso colectivo bajo esta Sección. Un abogado o grupo de abogados no puede terminar una relación existente sólo porque el reclamante declina suscribir un contrato bajo la sub-sección (b). El abogado debe informar de esto al cliente. Un abogado que está representando simultáneamente reclamantes que proceden de conformidad con la sub-sección (a) y reclamantes que proceden de conformidad con la sub-sección (b) debe notificar a los reclamantes de la sub-sección (a) que ellos continúan ejerciendo un control independiente sobre sus casos y que pueden rehusarse al acuerdo ofrecido después de que sus términos sean descubiertos.**
- (c) Un contrato en los términos de la sub-sección (b) es permisible sólo en casos que involucran montos sustanciales en controversia, un gran número de reclamantes, y cuando requiere la aprobación de una mayoría sustancial de reclamantes, con los consiguientes criterios mínimos a ser determinados por el cuerpo legislativo o regulador pertinente.**
- (d) El cumplimiento de un contrato bajo la sub-sección (b) debería depender de si, basado en todos los hechos y circuns-**

### Capítulo 3

**tancias, el mismo resulta justo y razonable desde un punto de vista procesal. Los hechos y circunstancias a ser considerados incluyen la oportunidad del contrato, la sofisticación de los reclamantes, la información descubierta a éstos, si los términos del contrato fueron revisados por alguien neutral o un *special master* según la definición de § 3.09(a)(2), si los reclamantes tienen alguna relación común previa, y si las pretensiones de los reclamantes son similares.**

- (e) Además de los recaudos de la sub-sección (d), el cumplimiento de un acuerdo aprobado a través de un contrato bajo la sub-sección (b) debería depender de si, bajo todos los hechos y circunstancias, el acuerdo es sustantivamente justo y razonable. Los hechos y circunstancias a ser considerados incluyen los costos, riesgos, probabilidad de suceso, y demoras en alcanzar un veredicto; si los reclamantes son tratados equitativamente (en relación al resto) basado en los hechos y circunstancias de sus casos particulares; y si los reclamantes en particular son puestos en desventaja por el acuerdo considerado como un todo.**
- (f) La responsabilidad de cumplir con los prerequisites necesarios para el cumplimiento de un contrato bajo la sub-sección (b) pesa sobre el abogado de los reclamantes.**

#### Comentario:

*a. La regla de acuerdo colectivo.* La sub-sección (a) despliega la regla de acuerdo colectivo vigente, modificada en cuanto a que el consentimiento informado se considera satisfecho cuando los reclamantes son autorizados a revisar la fórmula por la que será asignado el producido del acuerdo. Bajo la regla de acuerdo colectivo, un reclamante no puede impugnar un acuerdo si, después de descubrirse toda la información pertinente, presta por escrito su consentimiento para ser vinculado. Una versión de esa regla existe en cada uno de los 50 estados y en el Distrito de Columbia. Bajo la sub-sección (a), cumplir con la regla de acuerdo colectivo es una forma de vincular partes a un acuerdo colectivo celebrado fuera del contexto de una acción de clase. La sub-sección (a) no cambia el derecho vigente. Ella establece que cumplir con la regla de acuerdo colectivo continúa siendo una forma viable de alcanzar un acuerdo.

### Capítulo 3

La regla de acuerdo colectivo está basada en la opinión que, sin revisar y analizar la existencia y naturaleza de todas las pretensiones y la participación de cada persona en un acuerdo propuesto (incluyendo, entre otras cosas, todos los términos de éste), un reclamante no puede tomar una decisión informada sobre si prestar su consentimiento al mismo. Por otra parte, la regla postula que, debido a esta necesidad de revisar toda la información relevante antes de tomar la decisión, un reclamante no puede renunciar por adelantado al derecho de impugnar un acuerdo condicional o colectivo. Además, la regla de acuerdo colectivo está pensada para preservar en manos de los reclamantes —por oposición a las de los abogados— el poder para decidir si acordar su caso y cuando hacerlo.

*b. Una alternativa a la regla de acuerdo colectivo.* La sub-sección (b) provee una vía alternativa a la regla de acuerdo colectivo para formalizar este tipo de acuerdos fuera de una acción de clase. La sub-sección (b) se aparta de la regla de acuerdo colectivo vigente al proveer que una renuncia a la aprobación individual puede ser válida y vinculante siempre que sea hecha de modo consciente y voluntario, por escrito, esté firmada por los reclamantes después de que toda la información necesaria haya sido descubierta, y establezca el poder de decisión en cabeza de los reclamantes (sea colectivamente o a través de alguna estructura de votación preestablecida).

Las renunciaciones a importantes derechos son válidas en diversas áreas, incluyendo las que versan sobre los más preciados derechos constitucionales. La sub-sección (b) rechaza la mirada según la cual el poder de decisión individual sobre el acuerdo de una pretensión es tan crítico que no puede ser objeto de una renuncia contractual a favor de un poder de decisión regido por una mayoría sustancial de votos. Frente a esa mirada, la sub-sección (b) propone un mecanismo de renuncia contractual para acordar casos colectivos, mientras que la sub-sección (a) reafirma que la regla de acuerdo colectivo continúa siendo un mecanismo residual en la materia.

Aun cuando un acuerdo colectivo puede ser vinculante sobre un reclamante, éste mantiene siempre su libertad para terminar con la relación abogado-cliente. La sub-sección (b) no cambia el derecho vigente que regula el derecho de un reclamante para promover pretensiones contra su abogado por mala praxis o por violación del deber de fidelidad. Además, la sub-sección (f) enfatiza que el riesgo de una inducción impropia para formar parte de un acuerdo colectivo es responsabilidad del abogado del reclamante.

El derecho vigente prohíbe al reclamante renunciar a su poder de decisión individual sobre un acuerdo, empoderando así a reclamantes individuales renuentes para controlar el acuerdo propuesto y para demandar

### Capítulo 3

premios a cambio de su aprobación. Por otra parte, en muchos supuestos, múltiples reclamantes obtienen beneficios sustanciales del hecho de contar con una representación conjunta ejercida por un abogado o firma de abogados, particularmente cuando se trata de abogados con experiencia y calificación en la particular área del derecho en el marco de la cual surgen las pretensiones. En la medida que acuerdos colectivos razonables -alcanzados luego de negociaciones desarrolladas de buena fe, en igualdad de condiciones y con revisión independiente- no pueden avanzar porque son objetados por un reclamante (o un pequeño número de ellos), el resto de los reclamantes pierde el beneficio de la representación colectiva. De hecho, hay numerosos casos reportados donde se invalidaron acuerdos colectivos por falta de cumplimiento de la regla de acuerdo colectivo. Aun la sola amenaza de que existan tales reclamantes renuentes puede llevar al demandado a no ofrecer el premio asociado con una paz completa, lo cual redundaría en detrimento de todos los reclamantes representados. La sub-sección (b) establece un mecanismo alternativo para acordar un proceso colectivo en determinadas circunstancias, siempre que se establezcan ciertas salvaguardas específicas tal como como se describe en las sub-secciones (b) a (e).

Formalmente, los contratos que sujetan acuerdos colectivos a una regla de mayoría sustancial pueden ser contratos sólo entre clientes o bien incluir también a sus abogados. La forma del contrato puede afectar el derecho que lo regula, su revocabilidad y otras cuestiones. La sub-sección (b) asume que el *Restatement Third of the Law Governing Lawyers* —el cual establece límites a los contratos abogado–cliente— resulta aplicable a los contratos que sujetan un acuerdo colectivo a una regla de mayoría sustancial. Ello así aun cuando estos contratos son nominalmente cliente–cliente en lugar de cliente–abogado. La suposición resulta especialmente justificada cuando el abogado que actúa por un grupo de clientes está involucrado en la creación del contrato. La sub-sección (b) asume también que la existencia de un contrato no exime al abogado de su deber de desarrollar una representación fiel, ni actúa como una prohibición sobre posteriores impugnaciones fundadas en el incumplimiento de sus deberes profesionales.

Cuatro requisitos deben ser satisfechos para que un contrato resulte válido bajo la sub-sección (b):

(1) *El poder para acordar debe permanecer en manos de los reclamantes.* La sub-sección (b)(1) reconoce que, bajo las reglas de ética imperantes, un abogado no puede obtener una asignación irrevocable de la autoridad individual del cliente para decidir si acordar un caso y por qué monto hacerlo. Consecuentemente, la autoridad para acordar sin cumplir con la regla de acuerdo

### Capítulo 3

colectivo *no* es otorgada a los abogados sino que se mantiene en cabeza de los reclamantes colectivos, quienes pueden aceptar ser vinculados por el acuerdo cuando así lo disponga una mayoría sustancial de los reclamantes allí comprendidos (o una mayoría sustancial de reclamantes comprendidos en cada categoría significativa prevista en el acuerdo).

(2) *Consentimiento informado para la renuncia del poder de decisión del reclamante individual.* Como se establece en la sub-sección (b)(2), una renuncia bajo la sub-sección (b) sólo es válida cuando el reclamante otorga su consentimiento informado. Debido a que la decisión de arribar a un acuerdo es fundamental, los clientes deben ser completamente informados al celebrarse contratos que limitan su control sobre el acuerdo. La cantidad de información requerida para que pueda hablarse de consentimiento informado depende de los hechos del caso. En algunos casos el abogado puede desear discutir con el reclamante el beneficio sustancial que este último puede potencialmente recibir de la capacidad del abogado para representarlo más efectivamente como resultado de la renuncia. Igualmente, el abogado debe discutir con el reclamante las potenciales desventajas materiales que podrían resultar de pactarse tal renuncia. Un consentimiento informado también requiere aconsejar al cliente (o futuro cliente) sobre la conveniencia de buscar asesoramiento de otro abogado antes de suscribir la renuncia. Además, debe darse al cliente una oportunidad razonable para hacerlo. El otorgamiento de una oportunidad para buscar asesoramiento legal independiente tiende a indicar que el abogado no aplicó una presión impropia sobre el cliente y que otorgó tiempo a este último para considerar las implicancias del contrato.

(3) *Procedimientos para la aprobación del acuerdo.* Un contrato bajo la sub-sección (b) debe especificar los procedimientos a seguir para la aprobación de cualquier oferta de acuerdo por parte de los reclamantes comprendidos en ella. Al momento de celebrar el contrato los reclamantes también pueden, pero no están obligados a hacerlo, pactar un plan de asignación del producido del acuerdo estableciendo a tal fin una regla de mayoría sustancial. Los reclamantes pueden, pero, nuevamente, no están obligados a hacerlo, ejercer su poder de decisión colectivo para seleccionar un mandatario independiente que represente sus intereses, siempre que tal mandatario no esté ligado al abogado de los reclamantes. Aun cuando los reclamantes deben ser completamente informados cuando sujetan su control sobre la decisión del acuerdo a una regla de mayoría, al hacerlo no necesitan conocer, y típicamente no conocerán, los términos del acuerdo propuesto. Para reducir incertidumbres con respecto a la asignación del producido del acuerdo, los reclamantes pueden, al momento de establecer una regla de mayoría

### Capítulo 3

sustancial en el contrato, prestar también su consentimiento a un plan de asignación. Por ejemplo, pueden pactar que un fondo de acuerdo será prorrateado sobre la base de la pérdida económica de cada reclamante. También pueden especificar que cada reclamante recibirá al menos una suma o porcentaje determinado de lo que se logre recuperar. Cuando el mecanismo de asignación no se encuentra establecido al momento de presentarse la propuesta de acuerdo, los abogados de los reclamantes comprendidos en la propuesta deberían normalmente tomar medidas para que un tercero neutral y desinteresado supervise tal asignación.

(4) *Información sobre las alternativas.* La sub-sección (b)(4) requiere que el abogado informe a los reclamantes sobre la opción que éstos tienen para insistir en que se cumpla con la regla de acuerdo colectivo bajo la sub-sección (a) como una alternativa al enfoque de la sub-sección (b). Igualmente, el abogado debe informar a los reclamantes de su impedimento para terminar una representación vigente en el supuesto que el reclamante elija avanzar de conformidad con la sub-sección (a) en lugar de hacerlo por la vía habilitada en la sub-sección (b). Este requisito asegura que las decisiones de los reclamantes sobre cómo estructurar los acuerdos sean tomadas en libertad, y está diseñado para eliminar cualquier posibilidad de que un reclamante pueda sentirse indebidamente presionado para seguir el enfoque de la sub-sección (b) en orden a mantener la relación con el abogado de su elección. Aquellos que elijan proceder bajo la sub-sección (a) en lugar de la sub-sección (b) se mantienen libres para negociar sus propios acuerdos individuales. La sub-sección (b)(4) también asegura que la decisión sobre si celebrar un acuerdo, cuándo y cómo hacerlo se mantenga en manos de los reclamantes más que en cabeza de los abogados. Adicionalmente, la sub-sección (b)(4) requiere a los abogados que representan simultáneamente grupos separados de reclamantes bajo las sub-secciones (a) y (b) que informen a los reclamantes representados bajo la sub-sección (a) sobre el derecho que les asiste para rechazar el acuerdo después de conocer sus términos.

La sub-sección (b) no impide a los abogados rehusarse a representar reclamantes que elijan tomar el camino de la sub-sección (a). Sin embargo, si una legislatura determina, después de adoptar el enfoque de la sub-sección (b), que los reclamantes que eligieron ser representados bajo la sub-sección (a) son sistemáticamente incapaces de obtener representación, puede optar por prohibir a los abogados rehusarse a representar reclamantes sólo por el hecho de haber optado éstos por la vía establecida en la sub-sección (a).

*c. Límites sobre la disponibilidad de los contratos previstos en la sub-sección (b)*  
El enfoque de la sub-sección (b) está disponible como una alternativa a la tradicional regla de acuerdo colectivo, pero sólo en ciertas circunstancias y cuando los siguientes requisitos están cumplidos:

(1) *Límites numéricos y monetarios.* El propósito de modificar los estrictos requisitos de la regla de acuerdo colectivo es facilitar la celebración de acuerdos de gran escala que pueden haber sido impedidos por la aplicación mecánica de dicha regla. Aun cuando casos de esas características no sean manejados a través de una acción de clase, comparten similitudes con este tipo de procesos en términos de números de personas y sumas de dinero en juego. En tales casos existen fuertes razones para autorizar a los reclamantes a renunciar a las formales protecciones provistas por la regla de acuerdo colectivo, sin perder de vista la finalidad subyacente de proteger a todos ellos y maximizar su capacidad de cobro individual. Sin embargo, no es intención de la sub-sección (b) ocuparse de todos los casos con partes múltiples que caen dentro de la definición de acuerdo colectivo establecida en § 3.16. Por ejemplo, en caso de un accidente automotor con múltiples partes donde el número de reclamantes es pequeño, la regla de acuerdo colectivo resulta fácil de administrar y plantea pocas dificultades prácticas para el abogado que representa a los diversos reclamantes. No puede decirse lo mismo, sin embargo, de un abogado representando cientos de reclamantes expuestos al amianto y negociando acuerdos multimillonarios. Por tanto, bajo la sub-sección (c), las previsiones sobre renuncia contenidas en la sub-sección (b) aplican sólo a situaciones que, colectivamente, son sustanciales e involucran un gran número de pretensiones.

Sin embargo, la sub-sección (c) no establece un número mínimo de reclamantes ni un monto mínimo en controversia. Esas decisiones se dejan en manos del proceso legislativo. Un modelo potencial para considerar el número de reclamantes es el requisito de impracticabilidad del litisconsorcio previsto en la Regla 23(a)(1). Casos resueltos aplicando esta regla generalmente consideran como numerosas a clases de 40 miembros o más. Igualmente, un modelo diseñado en base al monto colectivo de las pretensiones es el mínimo de \$5 millones para determinar la competencia federal bajo la Class Action Fairness Act, 28 U.S.C. § 1332(d)(2).

(2) *Necesidad de aprobación por una mayoría sustancial.* El objetivo de la sub-sección (b) es proveer un medio por el cual un grupo de clientes puede responder a una oferta de acuerdo que requiere la participación de un número o porcentaje determinado de ellos. La sub-sección (c) no define “mayoría

### Capítulo 3

sustancial”, pero deja esa cuestión en manos del proceso legislativo. Un posible modelo para las legislaturas o cuerpos redactores de reglas está en la Sección 524(g) del Bankruptcy Code, la cual requiere una mayoría sustancial del 75 por ciento de la “clase o clases” de acreedores de la industria del amianto (típicamente, reclamantes por exposición a esa sustancia) para aprobar un plan de reorganización en quiebras que involucran empresas del rubro.

Dependiendo de la sofisticación de los reclamantes, el contrato de la sub-sección (b) puede especificar tantos acuerdos de trabajo para representaciones grupales como se estimen necesarios a fin de proteger mejor los intereses de todos los reclamantes en conjunto. Por ejemplo, los reclamantes pueden designar a determinados miembros para actuar en beneficio del grupo mediante la recepción de comunicaciones y la supervisión del trámite diario del expediente. También pueden asignar responsabilidades por los costos del litigio. La sub-sección (b) también otorga a los reclamantes la libertad para diseñar sus propias reglas de votación, lo cual está sujeto, nuevamente, al consentimiento informado de los reclamantes que participan del contrato. Por ejemplo, ellos pueden seleccionar una mayoría sustancial que requiera la aprobación del 90 por ciento a fin de que el acuerdo resulte vinculante para todos. También pueden seleccionar un estándar inicial menor, consistente con el mínimo estatutario.

*d. Criterios para aplicar al evaluar un contrato celebrado bajo la sub-sección (b).* Como establece la sub-sección (d), la posibilidad de hacer cumplir un contrato celebrado bajo la sub-sección (b) depende de todos los hechos y circunstancias relevantes. Diversos hechos y circunstancias pueden ser relevantes para evaluar la justicia procesal y la razonabilidad de un contrato:

*(1) Momento de celebración del contrato.* El Restatement Third of the Law Governing Lawyers permite a los clientes celebrar contratos con otros clientes en cualquier momento. Consecuentemente, los clientes que forman parte de grupos de litigación pueden decidir cómo manejar las ofertas de acuerdo que los abarquen a todos. Y pueden hacerlo cuando inicia la representación conjunta o después de haber comenzado ésta. Sin embargo, el momento de celebración del contrato es importante. Bajo el Restatement Third of the Law Governing Lawyers, el consentimiento prestado por el cliente en contratos abogado–cliente debe ser razonablemente informado. Los reclamantes comprendidos en esta Sección probablemente tendrán más información sobre los beneficios y riesgos asociados con pactos que establecen votaciones grupales después de que el litigio haya avanzado un poco que al momento en que se forma la relación abogado–cliente. Esta consideración provee un

### Capítulo 3

contexto que rodea al contrato, contexto que inclina la balanza a favor de la celebración de contratos posteriores al inicio de la relación abogado-cliente y en contra del uso de contratos celebrados al inicio de la representación. Al mismo tiempo, una regla de votación debería estar establecida antes de la evaluación de cualquier oferta de acuerdo en particular. La preocupación es que las estructuras de aprobación del acuerdo creadas una vez que éste ha sido ofrecido inducirán esfuerzos para avasallar a los individuos desaventajados por los términos del mismo.

(2) *Sofisticación de los clientes.* Los reclamantes que se sujetan a una regla de mayoría sustancial deberían comprender las potenciales consecuencias de tal decisión, incluyendo los efectos y cualquier desventaja material que la misma pudiera acarrearles. Los clientes sofisticados, tales como personas de negocio o inversores, probablemente apreciarán mejor que otros clientes los beneficios y riesgos de sujetarse a alguna forma de regla de mayoría sustancial. En consecuencia, es más fácil justificar el uso de esta clase de reglas de votación cuando los individuos involucrados son clientes sofisticados.

(3) *Información brindada a los clientes.* Las consideraciones discutidas en el Comentario *b* respecto de la cantidad y naturaleza de información requerida para poder obtener un consentimiento informado también son relevantes al evaluar si un acuerdo es procesalmente justo y razonable bajo la sub-sección (d).

(4) *Revisión por un tercero neutral.* La aprobación de la propuesta de acuerdo por un tercero neutral o *special master* es otro factor que incrementa la probabilidad de que un contrato celebrado conforme la sub-sección (b) pueda ser efectivizado. Reconociendo que en el marco de contratos celebrados entre abogados y clientes puede ocurrir una extralimitación no deseada de los abogados, la revisión de los términos del acuerdo subyacente por un tercero neutral o *special master* provee una salvaguarda a fin de asegurar la justicia y razonabilidad del contrato para los reclamantes. El tercero neutral o *special master* seleccionado para revisar los términos del acuerdo no debe tener ningún interés en que tal acuerdo sea aprobado, como puede ser una esperanza de empleo futuro como mediador para las partes o sus abogados.

(5) *Relación previa y relativa similitud de las pretensiones.* Es más probable que un contrato sobre cómo resolver una oferta de acuerdo sea justo y razonable cuando los reclamantes tiene alguna relación previa en común y pretensiones relativamente similares. Por ejemplo, un acuerdo colectivo celebrado bajo § 3.17(b) es más probable que resulte procesalmente justo y razonable para reclamantes que comparten alguna relación previa que los tiene acostumbrados a trabajar juntos. Así, es probable que los contratos para proce-

### Capítulo 3

der colectivamente sean más fácilmente realizables por reclamantes que son miembros de una asociación de comercio o sindicato y comparten agravios comunes, que por reclamantes expuestos al almidonio (quienes carecen de relación previa entre ellos y titularizan pretensiones relativamente diferentes).

*e. Justicia sustantiva de un acuerdo.* Aun si los hechos y circunstancias indican que un contrato bajo la sub-sección (b) es procesalmente justo y razonable conforme la sub-sección (d), la sub-sección (e) establece que un acuerdo no puede ser ejecutado a menos que sus términos sean sustantivamente justos y razonables. La sub-sección (e) utiliza varios de los criterios de justicia articulados en § 3.05 para el contexto de los acuerdos celebrados en acciones de clase.

*f. Selección del derecho sustantivo aplicable.* Esta Sección no especifica qué derecho sustantivo resulta aplicable cuando, por ejemplo, el abogado y el reclamante están en diferentes estados. Consistente con otras Secciones de estos Principios, esta Sección acepta las reglas vigentes sobre selección del derecho sustantivo aplicable tal como se encuentran. Ver también § 2.05. Cuestiones concernientes al litigio y la representación surgen con frecuencia en procesos colectivos que trascienden las fronteras estatales. La jurisprudencia sobre derecho sustantivo aplicable que gobierna este campo es aquella relativa a las reglas de ética.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* La Model Rule of Professional Conduct 1.8(g) de la American Bar Association (ABA) especifica que “[u]n abogado que representa dos o más clientes no debe participar en la elaboración de un acuerdo colectivo de las pretensiones de o contra tales clientes . . . a menos que cada uno de éstos preste por escrito su consentimiento informado. La información a proveer por el abogado debe incluir la existencia y naturaleza de todas las pretensiones. . . involucradas y el alcance de la participación de cada persona en el acuerdo.” Todos los estados han adoptado la Regla Modelo 1.8(g), la regla 5-106 del Model Code of Professional Responsibility (redactada de modo similar a la Regla Modelo), u otra norma del género. Ver Howard M. Erichson, *A Typology of Aggregate Settlements*, 80 Notre Dame L. Rev. 1769, 1781 (2005).

La Opinión Formal de la ABA 06-438 interpreta que la regla de acuerdo colectivo requiere el descubrimiento de la siguiente información a efectos de obtener el consentimiento escrito de cada cliente:

### Capítulo 3

- El monto total del acuerdo colectivo o el resultado del contrato colectivo.
- La existencia y naturaleza de todas las pretensiones, defensas o peticiones involucradas en el acuerdo o contrato colectivo.
- Los detalles de la participación de cada uno de los demás clientes en el acuerdo o contrato colectivo, sus contribuciones al acuerdo en caso de haberlas, lo que habrán de recibir con motivo del acuerdo, la resolución de sus cargos criminales, o cualquier otra contribución o recepción de algo de valor como resultado del modo de resolver el asunto colectivo. Por ejemplo, si un cliente es favorecido por sobre otro(s) al recibir una remuneración no monetaria, ese hecho debe ser descubierto al otro(s) clientes(s).
- El total de los honorarios y costos a ser pagados al abogado como resultado del acuerdo colectivo, si los honorarios y/o costos del abogado serán pagados, en todo o en parte, del producido del acuerdo o por la parte contraria.
- El método por el cual los costos serán prorrateados entre ellos (incluyendo los costos ya pagados por el abogado, así como también los costos a ser pagados con el producido del acuerdo). [Notas a pie de página omitidas]

Algunos académicos han ofrecido un fuerte respaldo a la regla de acuerdo colectivo y oponen argumentos frente a la flexibilización de sus requisitos. Ver, por ejemplo, Nancy J. Moore, *The Case Against Changing the Aggregate Settlement Rule in Mass Tort Lawsuits*, 41 S. Tex. L. Rev. 149 (1999). Otros, sin embargo, han asumido una mirada crítica sobre la regla de acuerdo colectivo, planteando preocupaciones, entre otras, sobre (1) la incapacidad de los reclamantes para renunciar a los requisitos de la regla, y (2) los impedimentos que la regla pone a la hora de celebrar acuerdos. En particular, estos académicos sostienen que la regla de acuerdo colectivo impone severas restricciones que impiden la celebración de justos y legítimos acuerdos que involucran grandes números de pretensiones. Ver Charles Silver & Lynn A. Baker, *Mass Lawsuits and the Aggregate Settlement Rule*, 32 Wake Forest L. Rev. 733, 755–766 (1997).

Las legislaturas y los cuerpos redactores de reglas deberían considerar la confidencialidad del reclamante a la hora de crear o modificar normas en materia de acuerdos colectivos. El asunto de la confidencialidad es particularmente desafiante bajo la tradicional regla de acuerdo colectivo porque cada reclamante debe revisar todos los acuerdos, incluyendo los detalles confidenciales contenidos en ellos. La propuesta de cambio en el derecho existente presentada en § 3.17(a), por la cual se autoriza a prestar consentimiento informado si se permite a los reclamantes revisar la fórmula por la cual será distribuido el producido del acuerdo, impone un menor riesgo

### Capítulo 3

de descubrir información confidencial que aquél que impone la tradicional regla de acuerdo colectivo.

Para casos abordando la regla de acuerdo colectivo cuando hay menores que buscan obtener sumas de dinero, ver *In re Lauderdale's Guardianship*, 549 P.2d 42 (Wash. Ct. App. 1976) (si surge un conflicto de interés, cada menor debe ser representado separadamente en el acuerdo colectivo para asegurar una justa distribución del producido).

*Comentario b.* Para un comentario instando a que se permita a los reclamantes renunciar a las protecciones de la regla de acuerdo colectivo, ver *Silver & Baker, Mass Lawsuits and the Aggregate Settlement Rule*, 32 Wake Forest L. Rev. at 769.

Para casos sosteniendo que los litigantes podrían renunciar a las protecciones procesales en materia de debido proceso, ver, por ejemplo *D.H. Overmeyer Co. of Ohio v. Frick Co.*, 405 U.S. 174, 185 (1972) (audiencia); *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238, 243 n.5 (1969) (juicio). Ver en general *Silver & Baker, Aggregate Settlement Rule*, 32 Wake Forest L. Rev. at 768–779 (discutiendo varios contextos en los que se permite la renuncia). Para ilustrar que el derecho autoriza la renuncia a derechos fundamentales, cabe señalar que un criminal acusado que se declara culpable renuncia a su derecho a un juicio por jurados, a confrontar testigos adversos, y a que el estado pruebe su caso más allá de toda duda razonable. Otro ejemplo: se permite a los miembros activos del ejército renunciar por escrito a los derechos que les concede la *Service Members Civil Relief Act*, 50 U.S.C. app. § 501 et seq., incluyendo su derecho a terminar préstamos hipotecarios y prendarios. Como un ejemplo en el contexto abogado-cliente, en Mayo de 2005 la ABA retiró una opinión previa y emitió una nueva, la *Opinión Formal 05-436*, tornando más fácil -para los clientes más sofisticados- prestar consentimiento a una renuncia futura frente a eventuales conflictos de interés. Ver *Alice E. Brown, Advance Waivers of Conflicts of Interest: Are the ABA Formal Ethics Opinions Advanced Enough Themselves?*, 19 Geo. J. Legal Ethics 567, 570 (2006) (“Autorizar el consentimiento informado frente a conflictos de interés no sólo sirve el interés del abogado sino también el de sus clientes; el cliente que quiere contratar al abogado a pesar del conflicto de interés en que éste se encuentra involucrado tiene un interés en ser libre para elegir la representación que desee”).

Para ejemplos de casos que se han rehusado a aceptar renunciaciones a la Regla 1.8(g), ver, por ejemplo, *Hayes v. Eagle-Picher Indus., Inc.*, 513 F.2d 892, 894 (10th Cir. 1975) (sosteniendo que no puede renunciarse al requisito establecido en la regla según el cual cada uno de los actores debe consentir el

### Capítulo 3

acuerdo después de haber sido informado de sus términos); *Tax Auth., Inc. v. Jackson Hewitt, Inc.*, 898 A.2d 512 (N.J. 2006) (sosteniendo que un contrato abogado-cliente que contiene una previsión de mayorías determinadas para acordar el litigio no podría ser hecho cumplir bajo la Regla 1.8(g); sin embargo, la corte confirmó el acuerdo en cuestión y aplicó su decisión sólo prospectivamente); *Jackson v. Bellsouth Telecomm., Inc.*, No. 00-7558-CIV-KAM, Order Denying Motion to Enforce Settlement (S.D. Fla. 22 de Julio de 2002) (denegando la ejecución de un acuerdo con respecto a reclamantes que habían renunciado a su derecho de aprobarlo y permitiendo a tales reclamantes continuar con sus procesos); ver también N.Y. City Bar Ass'n Comm. on Prof'l & Judicial Ethics Op. 2009-6 (prohibiendo a los abogados preguntar a los clientes que representan conjuntamente tanto si renuncian a su derecho de aprobar un acuerdo colectivo propuesto como si están dispuestos a someterse a un acuerdo colectivo si éste resulta aprobado por un porcentaje especificado del resto de los clientes). Pero ver Tex. Disciplinary R. Prof'l Conduct Proposed Rule 1.07 (permitiendo, fuera del contexto de los procesos colectivos, que un abogado represente a múltiples clientes en la medida que les informe que “deben estar dispuestos a tomar decisiones independientes, sin el consejo del abogado, respecto de cualquier propuesta de solución que se presente para atender cualquiera de las cuestiones comprendidas en el asunto”).

Para autoridad sosteniendo que la decisión última sobre si acordar o no pertenece al cliente, ver, por ejemplo, Restatement Third of the Law Governing Lawyers § 22(3) (“Con independencia de cualquier contrato en contrario que se haya celebrado con un abogado, un cliente puede revocar la autoridad del abogado para tomar las decisiones descriptas en la Subsección (1) [que incluye a los acuerdos.]”); Model Rules of Prof'l Conduct R. 1.2(a) (“[u]n abogado debe acatar la decisión del cliente sobre si acordar o no un asunto”).

Para discusión del consentimiento informado, ver Model Rules of Prof'l Conduct R. 1.0(e) & cmt. 6 (señalando que las comunicaciones necesarias para constituir un consentimiento informado “variarán de acuerdo con la Regla involucrada y las circunstancias que hacen surgir la necesidad de obtener el consentimiento informado”, por lo que el abogado debe “[o]rdinariamente . . . informa[r]. . . los hechos y circunstancias que dan lugar a la situación”, las “ventajas y desventajas materiales del curso de acción propuesto y discutir . . . otras . . . opciones”, y señala también que “[e]n algunas circunstancias puede ser apropiado que el abogado aconseje al cliente. . . buscar asesoramiento de otro abogado”). Ver también Model

### Capítulo 3

Rules of Prof'l Conduct R. 1.4(b) & cmt. 5 (más discusión sobre consentimiento informado); Restatement Third of the Law Governing Lawyers § 20(3) (señalando el deber del abogado de “explicar el asunto en la medida razonablemente necesaria para permitir al cliente tomar decisiones informadas respecto de la representación”); id. § 126, Comentario *f* (discutiendo que, en el contexto de las transacciones de negocios entre un abogado y un cliente, “[u]na oportunidad para obtener asesoramiento competente independiente tiende a asegurar que el cliente tenga tiempo para considerar la transacción y que el abogado no esté aplicando presión indebida sobre aquél”). Para jurisprudencia sobre el estándar de consentimiento informado en el campo médico, ver, por ejemplo, *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, 780 (D.C. Cir. 1972) (“[e]l verdadero consentimiento . . . es el ejercicio informado de una elección, y ello implica una oportunidad para evaluar con conocimiento las opciones disponibles y los riesgos que implica cada una”); *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d 1, 9–10 (Cal. 1972) (los principios subyacentes en el requisito de consentimiento informado establecen “una necesidad, y una exigencia resultante, de divulgación del médico hacia su paciente de toda la información relevante para un adecuado procedimiento de decisión”).

*Comentario c.* En términos generales, las cortes consideran que 40 miembros de la clase satisfacen el requisito de impracticabilidad del litisconsorcio establecido en la Regla 23(a)(1). Ver *Esler v. Northrop Corp.*, 86 F.R.D. 20, 34 (W.D. Mo. 1979) (“[G]eneralmente las clases de cuarenta o más personas han sido certificadas, mientras que aquellas con menos de veinticinco no”); cf. 28 U.S.C. § 1369 (2002) (concediendo competencia por diversidad en determinados casos de accidentes que involucran la muerte de al menos 75 personas).

Bajo la Class Action Fairness Act, 28 U.S.C. § 1332(d)(2) (2005), no está permitida la remoción de la causa hacia la justicia federal a menos que el monto en controversia exceda los \$5 millones. El razonamiento detrás del monto mínimo es que las cortes federales no deberían estar sujetas a esta competencia recientemente creada a menos que el caso resulte de un tamaño sustancial. Ver en general *Lowery v. Ala. Power Co.*, 483 F.3d 1184, 1193 (11th Cir. 2007) (señalando que CAFA “aumenta la competencia federal por diversidad sobre acciones de clase con implicancias interestatales”). El requisito de aprobación del 75 por ciento establecido para las quiebras de empresas relacionadas con el amianto, contenido en 11 U.S.C. § 524(g)(2)(B)(ii)(IV)(bb), es discutido en *In re Combustion Engineering*, 391 F.3d 190, 234 n.45, 237 (3d Cir. 2004). Para más discusión del requisito del 75 por ciento, ver Sander L. Esserman & David J. Parsons, *The Case for Broad*

**Capítulo 3**

*Access to 11 U.S.C. § 524(g) in Light of the Third Circuit’s Ongoing Business Requirement Dicta in Combustion Engineering*, 62 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 187, 189–190 (2006). Sobre la necesidad de tratamiento igualitario de los reclamantes situados en posición similar en el marco del Bankruptcy Code, ver *Combustion Engineering*, 391 F.3d at 239–240 (discutiendo “el principio de tratamiento igualitario de los acreedores en el Bankruptcy Code” y citando varias provisiones de dicho Código que reflejan ese principio). Para más discusión sobre el principio de tratamiento igualitario, ver Ronald Barliant, Dimitri G. Karcazes & Anne M. Sherry, *From Free-Fall to Free-For-All: The Rise of Pre-Packaged Asbestos Bankruptcies*, 12 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 441, 453–454 (2004) (señalando que “[u]n plan no puede agrupar en la misma clase y para propósitos de votación a acreedores situados en posiciones diferentes” y que “[u]n plan. . . no puede ser confirmado frente al rechazo de una clase de acreedores afectados si el mismo discrimina injustamente a esa clase”).

*Comentario d.* Bajo el Restatement Third of the Law Governing Lawyers § 18(1)(a),

si el contrato o modificación [del contrato celebrado entre abogado y cliente para regir la relación entre ambos] es concretado después de transcurrido un tiempo razonable desde que el abogado comenzó a representar al cliente en el asunto. . . el cliente puede evitar [el cumplimiento del contrato] a menos que el abogado muestre que el contrato y las circunstancias de su formación fueron justas y razonables para el cliente.

El Comentario *e* al § 18 del Restatement Third of the Law Governing Lawyers provee que el test de “justo y razonable” abarca dos demostraciones:

Primero, el abogado debe demostrar que el cliente fue adecuadamente advertido de los efectos y de cualquier desventaja material del contrato propuesto, incluyendo, cuando corresponda, las circunstancias concernientes a la necesidad de su modificación. . . Segundo, el abogado debe demostrar que el cliente no estuvo presionado para acceder en orden a evitar problemas derivados del cambio de patrocinio letrado, la eventual transferencia del caso hacia el nuevo abogado, el vencimiento de algún plazo o la posibilidad de perder una oportunidad significativa en el asunto, o porque un nuevo abogado debería tener que repetir mucho trabajo por el cual el cliente está en deuda o ya ha pagado al primer abogado. . . En general, el abogado debe demostrar que un cliente razonable puede haber elegido aceptar el contrato tardío, típicamente porque beneficia al cliente en alguna forma sustancial[.]

### Capítulo 3

Para una discusión sobre el rol de los reclamantes sofisticados, ver el Comentario *e* al § 18 del Restatement Third of the Law Governing Lawyers, el cual explica que al evaluar la justicia de un contrato abogado-cliente posterior al inicio de la representación “cuanto más experimentado es el cliente a la hora de lidiar con abogados, menor es la necesidad del abogado de informar al mismo”. Para una discusión más, ver también el Comentario *c(i)* al § 122 del Restatement Third of the Law Governing Lawyers (explicando que al obtener el consentimiento frente a un conflicto de interés, el abogado debe asegurar que cada “cliente esté advertido de la información razonablemente adecuada para tomar una decisión informada”, pero que “los clientes difieren en lo que respecta a su sofisticación y experiencia, y las situaciones difieren en términos de la complejidad y sutilezas que . . . presentan”). La sofisticación del cliente ha sido un factor favorable para hacer cumplir las renunciaciones anticipadas a futuros conflictos de interés. Ver Restatement Third of the Law Governing Lawyers § 122, Comentario *d* (“Un contrato abierto, por el cual un cliente consiente todos los conflictos, normalmente debería ser ineficaz a menos que el cliente posea sofisticación en el asunto en cuestión y haya tenido la oportunidad de recibir asesoramiento legal independiente sobre el tema del consentimiento”); ABA Model Rules of Prof’l Conduct R. 1.7 cmt. 22 (explicando que “si el cliente es un usuario experimentado de los servicios legales involucrados y está razonablemente informado respecto del riesgo que un conflicto puede hacer surgir, un consentimiento [general y abierto] tiene más posibilidades de ser efectivo”); ABA Comm. on Ethics and Prof’l Responsibility, Formal Op. 05-436 (igual). Para ejemplo de una corte haciendo cumplir un acuerdo colectivo, en parte debido a la sofisticación de las personas involucradas, ver *Tax Auth., Inc. v. Jackson Hewitt, Inc.*, 898 A.2d 512 (N.J. 2006) (haciendo cumplir un acuerdo aprobado por una mayoría determinada de los actores —154 franquicias de preparación de impuestos— por entenderlo justo y equitativo, a pesar de sostener que el mecanismo de aprobación mayoritaria no cumplía con la regla de acuerdo colectivo vigente).

*Comentario e.* Para una discusión de criterios similares aplicables al evaluar la justicia de un acuerdo celebrado en una acción de clase, ver § 3.05, *supra*.

*Comentario f.* Para una discusión de las cuestiones sobre selección del derecho sustantivo aplicable que surgen en el contexto de la aplicación de las reglas de ética, ver, por ejemplo H. Geoffrey Moulton, Jr., *Federalism and Choice of Law in the Regulation of Legal Ethics*, 82 Minn. L. Rev. 73 (1997) (discutiendo ampliamente los diferentes enfoques de los estados); Ver también Model Rules of Prof’l Conduct R. 8.5(b) (“Las reglas de conducta profesio-

nal a ser aplicadas serían las siguientes: (1) para conductas conectadas con un asunto en trámite ante un tribunal [aplicarán] las reglas de la jurisdicción en que dicho tribunal desempeña su tarea, a menos que las reglas o el tribunal provean lo contrario; y (2) para cualquier otra conducta, las reglas de la jurisdicción en la que ocurrió la conducta del abogado, o, si el efecto predominante de la conducta se produce en una jurisdicción diferente, las reglas que correspondan a esta última. Un abogado no deberá ser castigado disciplinariamente si su accionar se conforma con las reglas de una jurisdicción en la cual el abogado cree razonablemente que ocurrirá el efecto predominante de su conducta.”).

*Efecto sobre el derecho vigente.* La sub-sección (a) refleja la regla de acuerdo colectivo existente en los códigos de ética de todos los estados, con la modificación señalada arriba en el Comentario *a* a § 3.17(a), según la cual el consentimiento informado está satisfecho si se permite a los reclamantes revisar la fórmula por la que será distribuido el producido del acuerdo. Las sub-secciones (b)-(e) se apartan de la regla de acuerdo colectivo existente y requerirían cambios a las reglas de responsabilidad profesional en todas las jurisdicciones. No obstante, § 524(g) del Bankruptcy Code, la Class Action Fairness Act, y la jurisprudencia sobre el requisito de impracticabilidad del litisconsorcio (*numerosity*) bajo la Regla 23 proveen análogos criterios para proyectar legislación sobre reglas de ética a fin de implementar la sub-sección (c).

### **§ 3.18 Revisión judicial limitada de acuerdos colectivos celebrados fuera de acciones de clase**

- (a) Cualquier reclamante sujeto a un acuerdo celebrado conforme lo dispuesto en § 3.17(b) tiene derecho a impugnar tal acuerdo, dentro del plazo establecido por la legislatura o cuerpo redactor de reglas, con fundamento en que no cumple con alguno o todos los requisitos de § 3.17(b) y § 3.17(c), o bien porque el mismo no es procesal y sustantivamente justo y razonable conforme lo dispuesto en § 3.17(d) y § 3.17(e). Tal impugnación puede ser promovida en la corte donde tramita o tramitaba el caso del reclamante o, si no hay caso alguno en trámite, en cualquier corte que resulte competente.**
- (b) Cualquier reclamante que discuta el monto de la porción que le corresponde de un acuerdo aprobado bajo § 3.17(b)-(e) tie-**

### Capítulo 3

- ne derecho a impugnar la justicia de tal acuerdo dentro del plazo establecido por la legislatura o cuerpo redactor de reglas. Tal impugnación puede ser promovida en la corte donde tramita o tramitaba el caso del reclamante o, si no hay caso alguno en trámite, en cualquier corte que resulte competente.**
- (c) El derecho a impugnar el acuerdo bajo las sub-secciones (a) y (b) de esta Sección no es renunciable.**
  - (d) El abogado de un reclamante que negocia un acuerdo que luego una corte considera no ejecutable bajo § 3.17(b)–(e) puede ser obligado a pagar los honorarios y costos razonables en que haya incurrido el impugnante.**

#### Comentario:

*a. Impugnando el acuerdo.* Si bien un reclamante puede renunciar a las protecciones de la regla de acuerdo colectivo, esta Sección provee, no obstante, una válvula de seguridad para quien efectivamente renunció (o se pretende que renunció) a dicha regla. Esta válvula de seguridad consiste en permitir a ese reclamante liberarse del acuerdo colectivo si éste no cumplió con § 3.17(b)–(c) o si se alega que el mismo es injusto bajo § 3.17(d) o (e). La impugnación del acuerdo puede ser promovida en la corte donde tramita o tramitaba el caso individual del reclamante o, si todavía no fue iniciada acción judicial alguna antes de la impugnación, en cualquier corte competente (esto es, cualquier corte capaz de ejercer su competencia sobre los demandados en impugnaciones de este tipo). Normalmente, los demandados en una impugnación de este tipo incluirían a los abogados de los reclamantes y al demandado que suscribió el acuerdo. La impugnación debe ser promovida dentro de un plazo específico establecido por la legislatura o cuerpo redactor de reglas, y debería ser promovida y resuelta rápidamente para permitir la distribución del producido del acuerdo dentro de un plazo lo más breve posible. La legislatura o cuerpo redactor de normas debería especificar los procedimientos relevantes de *discovery* que están disponibles para un reclamante que propone una impugnación de este tipo. Si la impugnación es exitosa, la corte tiene discreción para considerar todos los hechos y circunstancias relevantes a fin de determinar si la liberación del acuerdo debe ser limitada al reclamante que promovió aquélla o debería extenderse también a otras partes del acuerdo.

*b. Por qué no es renunciable la capacidad para impugnar el acuerdo.* Las impugnaciones permitidas bajo esta Sección se encuentran diseñadas para asegurar que (1) el abogado representante de los reclamantes afectados cumpla con

### Capítulo 3

todos los requisitos de § 3.17(b) y (c), y (2) los términos del acuerdo sean justos para el reclamante que los impugna tal como se provee en § 3.17(d) y (e). Establecer la irrenunciabilidad del derecho a impugnar el acuerdo provee un fuerte incentivo para que los abogados de los reclamantes se aseguren que cada uno de éstos entienda precisamente qué está siendo renunciado, cuáles son los beneficios y las potenciales desventajas de la renuncia, y qué alternativas a la renuncia deberá considerar el reclamante (incluyendo, entre otras, una representación en clave individual por otro abogado que no esté sujeto a los conflictos que surgen de la representación de múltiples clientes). La irrenunciabilidad del derecho a impugnar el acuerdo también provee un importante incentivo para las partes a fin de asegurar que tanto el total del acuerdo como la asignación de su producido a cada reclamante sean justos.

*c. Pago de los honorarios de los abogados del impugnante.* Esta Sección autoriza a la corte a regular honorarios para los abogados que han sido exitosos en su cuestionamiento del acuerdo. Los honorarios deberán ser pagados por los abogados que representaron al reclamante en el acuerdo.

#### Ejemplos:

1. Los abogados de los reclamantes tienen 10.000 clientes que aseveran haber sufrido daños físicos causados por un producto de Demandado alegadamente defectuoso. Ninguno de los reclamantes realiza por escrito una renuncia de su derecho a prestar consentimiento informado en cualquier acuerdo propuesto. Demandado ofrece -y los abogados de los reclamantes aceptan- un acuerdo por la suma total de \$1 millón. Ningún reclamante que promueva una impugnación en tiempo hábil se encuentra vinculado por el acuerdo. La corte también puede decidir extender la liberación del acuerdo a favor de otros reclamantes que no promovieron impugnaciones en el plazo que tenían habilitado para ello.
2. Misma situación que en el Ejemplo 1, excepto que todos los reclamantes suscriben la renuncia de su derecho a prestar consentimiento informado conforme § 3.17(b). El texto de la renuncia no advierte a los reclamantes que serán vinculados por cualquier acuerdo propuesto que resulte aprobado por una mayoría sustancial de reclamantes. El acuerdo no es oponible a cualquier reclamante que promueva una impugnación en tiempo oportuno, debido a que la renuncia no se basó en información adecuada. La corte también puede decidir extender la liberación del acuerdo a favor de otros

### Capítulo 3

reclamantes que no promovieron impugnaciones en el plazo que tenían habilitado para ello.

3. Misma situación que en el Ejemplo 1, excepto que las renunciaciones obtenidas cumplen con § 3.17(b). Se asigna a cada cliente la misma suma de dinero, aun cuando algunos de ellos sufrieron daños físicos serios y permanentes, mientras que otros sólo sufrieron daños menores o temporales. Todo reclamante con serios daños personales que promueva una impugnación en tiempo hábil bajo esta Sección no se encuentra vinculado por el acuerdo. La corte también puede decidir extender la liberación del acuerdo a favor de otros reclamantes que no promovieron impugnaciones en el plazo que tenían habilitado para ello.

### NOTAS DE LOS REPORTEROS

*Comentario a.* Las impugnaciones bajo esta Sección deben ser promovidas dentro de un plazo determinado (establecido por la legislatura o cuerpo redactor de reglas) luego de que el reclamante reciba una notificación efectiva del acuerdo. El plazo para las impugnaciones y la revisión judicial debería ser relativamente breve, vencido el cual el demandado puede confiar en el carácter final del acuerdo. Esta Sección requiere una notificación efectiva porque, a diferencia de lo que ocurre en una acción de clase, los abogados de los reclamantes representan individualmente a cada uno de éstos y deberían tener fácilmente disponible la información para notificarlos.

*Efecto sobre el derecho vigente.* Esta Sección tiene como premisa los cambios a la regla de acuerdo colectivo señalados en § 3.17(b)–(e). Para más discusión del efecto sobre el derecho vigente ver las Notas de los Reporteros que acompañan § 3.17.

A continuación se presenta un ejemplo de cómo podría redactarse una regla que ponga en práctica lo establecido en §§ 3.16–3.18.

#### **§ 1 Definición de un acuerdo colectivo fuera del contexto de acciones de clase**

- (a) **Un acuerdo colectivo fuera del contexto de acciones de clase es un acuerdo sobre las pretensiones de dos o más reclaman-**

**tes individuales en el cual la resolución de tales pretensiones es interdependiente.**

- (1) la aceptación del acuerdo por el demandado depende de la aceptación de un determinado número o porcentaje de los reclamantes o de un monto especificado en dinero; o**
- (2) el valor de cada pretensión no está basado solamente en los hechos y las negociaciones específicas de cada caso individual, con independencia de si la propuesta de acuerdo fue originalmente realizada por actores o demandados.**

**§ 2 Circunstancias requeridas para que los acuerdos colectivos sean vinculantes**

- (a) Un abogado o grupo de abogados que representan dos o más reclamantes fuera del contexto de una acción de clase pueden acordar las pretensiones de tales reclamantes en clave colectiva siempre que**
  - (1) cada reclamante que será vinculado por el acuerdo haya revisado los acuerdos de todas las otras personas sujetas al acuerdo colectivo o la fórmula por la que se dividirá el producido del acuerdo entre todos los reclamantes; y**
  - (2) cada reclamante que será vinculado por el acuerdo preste por escrito su consentimiento informado para ello.**
- (b) Cuando el asunto en controversia exceda la suma o el valor de \$5.000.000 y el acuerdo propuesto involucre al menos 40 reclamantes representados por un abogado o grupo de abogados, los reclamantes individuales pueden pactar anticipadamente que serán vinculados a dicho acuerdo en el supuesto que así lo decida el 75% de ellos.**
- (c) A los fines de la sub-sección (b)–**
  - (1) si el acuerdo distingue significativamente entre distintas categorías de reclamantes, el requisito del 75% aplica se-**

### Capítulo 3

- paradamente a cada categoría de reclamantes representados en el asunto por un abogado o grupo de abogados;**
- (2) toma de decisión colectiva significa la autoridad que detentan exclusivamente los clientes colectivos para aceptar o rechazar el acuerdo propuesto, autoridad que no puede ser delegada en los abogados del reclamante;**
- (d) Para ejercer la toma de decisión colectiva especificada en la sub-sección (b), cada reclamante puede, por escrito y de manera individual, consentir a ello como parte del contrato inicial con su abogado o grupo de abogados, o en cualquier otro momento durante el curso del litigio y antes del acuerdo, siempre que—**
- (1) el contrato confirme los términos y condiciones del contrato inicial suscripto con el abogado o grupo de abogados, y**
  - (2) el contrato sea firmado por cada reclamante después de que el abogado o grupo de abogados haya descubierto completamente toda la información detallada sobre el curso de conducta propuesto, explicado sus riesgos materiales y descripto razonablemente las alternativas al mismo, las cuales incluyen, entre otras, las siguientes:**
    - (A) El reclamante es informado de la conveniencia de buscar asesoramiento legal de otro abogado antes de suscribir un contrato para ejercer la opción por un poder de decisión colectivo, y se le otorgue una oportunidad para buscar tal asesoramiento.**
    - (B) El reclamante es informado de que el enfoque bajo la sub-sección (a) está disponible como una alternativa y que el abogado no terminará una representación vigente porque el reclamante elige el enfoque de la sub-sección (a) en lugar del previsto en la sub-sección (b);**
    - (C) Se informa al reclamante que el uso del procedimiento de toma de decisión colectiva es permisible sólo cuando la controversia involucra al menos 40 reclamantes y excede la suma o valor de \$5,000,000;**

- (D) Se informa al reclamante sobre su derecho a impugnar posteriormente bajo § 2(f) la justicia del contrato sobre el modo de celebrar el acuerdo, y de requerir el cumplimiento del mismo con los requisitos establecidos en § 2(e);**
- (E) Durante el ejercicio de la representación (hayan comenzado o no los procesos), el demandado y los abogados de los actores podrían encontrar beneficioso para todas las partes acordar el total de las pretensiones del mismo tipo que el abogado o grupo de abogados de los reclamantes están manejando al mismo tiempo; y**
- (F) En el supuesto de darse una propuesta de acuerdo de ese tipo, el reclamante consiente ser vinculado por la decisión colectiva de al menos el 75 por ciento de los reclamantes que son representados por un abogado o grupo de abogados y que están comprendidos en la propuesta, bajo las siguientes condiciones:**
  - (i) Se informa al reclamante del monto total de la oferta de acuerdo, el monto total que será destinado al pago de costos, y el monto total que recibirá en concepto de honorarios el abogado o grupo de abogados que representa a los reclamantes afectados;**
  - (ii) Se informa al reclamante de la manera en que el producido del acuerdo será dividido entre todos los reclamantes representados conjuntamente en el asunto por un abogado o grupo de abogados, con independencia de si la división será alcanzada a través de una distribución negociada por categorías de pretensiones o será librada a un posterior procedimiento interno de resolución de pretensiones.**
  - (iii) Se informa al reclamante sobre la existencia de cualquier otra pretensión, relacionada o no relacionada, sostenida por otros reclamantes representados por el mismo abogado o grupo de abogados contra el mismo demandado**

### Capítulo 3

- y que no será cubierta por los términos del acuerdo propuesto;
- (iv) Si un acuerdo propuesto distingue significativamente entre distintas categorías de reclamantes, cada categoría de reclamantes situados similarmente debe aprobar dicho acuerdo por el voto de al menos un 75 por ciento de los reclamantes comprendidos en ellas;
  - (v) Se informa al reclamante de la categoría en la cual ha sido ubicado, si esa determinación fue realizada antes de que el acuerdo propuesto haya sido presentado a todos los reclamantes para su consideración y posible aprobación;
- (3) La responsabilidad de cumplir con los prerequisites establecidos en la sub-sección (d) se encuentra en cabeza del abogado de los reclamantes.
- (e) Un contrato en el cual ejerce una opción de toma de decisión colectiva que satisface los requisitos de las sub-secciones (b)-(d) no puede hacerse cumplir a menos que se determine que, basado en todos los hechos y circunstancias, es justo y razonable desde un punto de vista procesal. Hechos y circunstancias relevantes para la justicia y razonabilidad procesal de un contrato incluyen, entre otras, las siguientes:
- (1) si el contrato fue celebrado en un momento tal que el reclamante contaba para entonces con información sobre los beneficios y riesgos asociados con el arreglo para la toma de decisión colectiva;
  - (2) el nivel de sofisticación del reclamante;
  - (3) si el abogado brindó suficiente información al reclamante para permitir que la decisión de éste fuera completamente informada;
  - (4) si un tercero neutral o *special master* revisó los términos del contrato;
  - (5) si los reclamantes tienen alguna relación previa en común; y
  - (6) si las pretensiones de los reclamantes son similares.

- (f) Un acuerdo en el cual se ejerce una opción de toma de decisión colectiva que satisface los requisitos de las sub-secciones (b)-(d) no puede hacerse cumplir a menos que se determine que, basado en todos los hechos y circunstancias, el acuerdo resultante es justo y razonable desde un punto de vista sustantivo. Hechos y circunstancias relevantes para la justicia y razonabilidad sustantiva de un acuerdo incluyen, entre otras, las siguientes:**
- (1) los costos, riesgos, probabilidad de éxito y demoras del juicio y la apelación;**
  - (2) si los reclamantes son tratados equitativamente (en relación con los demás) basado en sus hechos y circunstancias; y**
  - (3) si los reclamantes son desaventajados por el acuerdo considerado como un todo.**

### **§ 3 Revisión judicial limitada de acuerdos colectivos celebrados fuera de una acción de clase**

- (a) Cualquier reclamante que recibe notificación de un acuerdo celebrado conforme § 2 tiene derecho, en un plazo apropiado posterior a tal notificación, a impugnar el acuerdo con fundamento en que éste no cumplió con los requisitos de § 2(b)-(d), o no es justo y razonable bajo § 2(e) y (f).**
- (b) Una impugnación bajo la sub-sección (a) puede ser promovida en la corte donde tramita o tramitaba el caso individual del reclamante o, si no hay caso alguno en trámite, en cualquier corte que resulte competente.**
- (c) El derecho a impugnar el acuerdo bajo la sub-sección (a) es irrenunciable.**
- (d) Si una corte determina que un acuerdo impugnado bajo la sub-sección (a) no puede ejecutarse por no haber cumplido con los requisitos de § 2(b)-(d) o por no ser justo y razonable bajo § 2(e) y (f), puede requerirse al abogado o grupo de abogados que negoció el acuerdo el pago de los honorarios de abogados y costos razonables en que hubiera incurrido el impugnante.**

*Principles of the law of aggregate litigation*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 22 de agosto de 2014 en Desarrollo Gráfico Editorial S. A. de C. V. Municipio Libre 175-A, col. Portales, delegación Benito Juárez, 03300 México, D. F. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 11, 13, 14 y 16 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 90 kilos para los interiores y cartulina sulfatada de 14" para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión offset).