

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 descriptas 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.

4. Actor acciona contra 10 demandados en un tribunal federal, argumentando que todos ellos incurrir 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 incurrir 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

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,

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

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.

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-

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

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-

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 procesos 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*

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 (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.*

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-

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”);

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. Ticor 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

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.

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-*

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 injuntivas 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-

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 (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

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).

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 tomada 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

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

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 preclusión, 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”).

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

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.

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.

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

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

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 provisiones 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 provisiones 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-

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 previsiones 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-

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 perdedores 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

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.

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.

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

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.

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

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,

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

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

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.*

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-

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

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

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

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

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

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*.