

TEMA 2

EL DERECHO SUSTANTIVO COMO RESTRICCIÓN A LA AGREGACIÓN

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

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

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

Comentario:

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

Ejemplos:

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

Ejemplos:

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

Capítulo 2

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

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

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

Ejemplos:

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

NOTAS DE LOS REPORTEROS

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

§ 2.04 Remedios indivisibles versus remedios divisibles

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

Comentario:

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

Ejemplos:

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

Capítulo 2

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

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

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

Ejemplos:

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

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

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

Ejemplos:

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

Capítulo 2

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

NOTAS DE LOS REPORTEROS

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

§ 2.05 Selección del derecho sustantivo aplicable

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

Capítulo 2

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

Comentario:

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

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

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

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

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

Ejemplos:

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

NOTAS DE LOS REPORTEROS

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

Comentario:

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

Ejemplos:

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

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

NOTAS DE LOS REPORTEROS

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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