

TEMA 2 ACUERDOS DE CLASE

§ 3.02 Aprobación judicial del acuerdo en acciones de clase

- (a) **Una acción de clase certificada puede ser acordada, transigida o desistida sólo después de haberse practicado una notificación apropiada a la clase y de contar con la aprobación de la corte.**
- (b) **Antes que una acción de clase sea certificada, un acuerdo o desistimiento que involucre a los representantes nominales de la clase puede ser consumado sólo si es aprobado por la corte. Cuando un acuerdo o desistimiento propuesto no involucra ningún pago u otra consideración especial hacia los abogados o los representantes nominales, la corte debería presumir la conveniencia de no litigar la pretensión y raramente debería denegar la aprobación o requerir notificación a la clase.**

Comentario:

a. Tratamiento de acuerdos de clase. Esta Sección, que requiere la aprobación judicial de cualquier acuerdo celebrado en beneficio de una clase certificada, es consistente con la práctica federal y con la práctica en cada uno de los estados que permiten acciones de clase, esto es, todos los estados salvo Mississippi. Debido a que una acción de clase es una acción representativa, los derechos de los miembros de la clase serán adjudicados aun cuando tales individuos no están presentes en la corte y pueden no estar siquiera monitoreando el proceso. De hecho, en la vasta mayoría de las situaciones los miembros de la clase ausentes no habrán jugado ningún rol en la selección del representante de la clase o sus abogados. Ver § 1.05, Notas de los Reporteros (discutiendo la separación de titularidad y control en procesos colectivos). Debido a estas características únicas de las acciones de clase, es extremadamente importante que se impongan ciertas protecciones. Entre ellas está el requisito de que cualquier resolución que sería vinculante sobre

Capítulo 3

la clase se encuentre sujeta a notificación y aprobación judicial. Adicionalmente, para acciones que tienen por objeto remedios divisibles, el derecho de optar por excluirse debe ser otorgado a todos los miembros de la clase al momento de notificarse la decisión de certificación. Ver § 2.07(a)(2).

En acciones de clase que persiguen un remedio divisible, los requisitos de notificación y aprobación judicial reconocen el potencial de conflicto entre los miembros de la clase (quienes buscan maximizar sus propios recuperos, netos de honorarios) y los abogados de la clase (quienes pueden tener un incentivo económico para maximizar sus honorarios, aun si el resultado es menos dinero disponible para la clase).

En una amplia gama de acciones de clase, especialmente aquellas organizadas para superar el bajo valor de las pretensiones individuales, no se puede confiar sólo en los representantes de la clase para asegurar una representación adecuada y libre de conflictos de parte de los abogados de la clase. En muchos supuestos, los representantes de la clase son poco más que un medio (asegurando que los requisitos mínimos para la existencia de un caso o controversia se encuentren reunidos), y el litigio es controlado entera o principalmente por los abogados de la clase. Mientras que los acuerdos son una forma apropiada de resolver litigios de clase, existe el riesgo que en algunos casos los demandados puedan intentar “comprar” a los representantes y sus abogados, ofreciendo para ello incentivos especiales que maximicen el recupero de un sector de la clase o de los abogados a expensas de la clase como un todo. Idealmente, las obligaciones éticas y fiduciarias de los abogados de la clase hacia los miembros de ésta, así como el interés de aquéllos en mantener su reputación, deberían proveer incentivos para que los abogados de la clase maximicen el recupero para la clase. No obstante, la revisión y aprobación judicial de los acuerdos de clase es crítica. Otras medidas que pueden estar disponibles para asegurar un tratamiento justo a los miembros de la clase son la designación de un *special master* u otros adjuntos de la corte (ver § 3.09) y el aliento al planteo de objeciones meritorias (ver § 3.08).

Una forma complicada de colusión involucra la llamada “subasta inversa”, en la cual varios abogados actores compiten para alcanzar un acuerdo de clase con un demandado. El demandado se beneficia de la posibilidad de seleccionar el abogado actor que le ofrezca los mejores términos para el acuerdo (desde el punto de vista del demandado). Tales acuerdos provocan serias preocupaciones potenciales, incluyendo la inadecuada representación por parte de los abogados de la clase y los representantes de la clase.

La sub-sección (a) aborda los acuerdos alcanzados luego de que la clase es certificada. Una categoría separada de acuerdos de clase involucra

la situación en que las partes buscan simultáneamente la certificación y la aprobación del acuerdo. Esa categoría es abordada en § 3.06.

b. Tratamiento de acuerdos celebrados por representantes de la clase antes de la certificación. Considerable controversia ha rodeado el tratamiento de acuerdos celebrados por representantes de la clase antes de la certificación. Algunas cortes y comentaristas han reconocido que los representantes de la clase pueden, en ciertas ocasiones, utilizar su poder de negociación como representantes para obtener grandes acuerdos personales. En efecto, los representantes de la clase pueden a menudo actuar como guardianes de la puerta de entrada al proceso colectivo. Los demandados muchas veces están dispuestos a pagar premios de este tipo en la esperanza que, cuando los representantes de la clase desistan de sus pretensiones individuales, no habrá nuevos actores que tomen la posición de representantes de clase, eliminando así la amenaza de una sentencia de clase. Otras cortes han expresado preocupación por el hecho que los miembros de la clase que confiaron en la pendencia de la acción de clase putativa como razón para no promover demandas individuales pueden inadvertidamente haber dejado prescribir su acción si la acción de clase putativa es desistida sin advertencia alguna. Estas preocupaciones han llevado a algunas cortes y comentaristas a argumentar sobre la necesidad de revisión judicial de acuerdos o desistimientos efectuados por los representantes de la clase antes de la certificación. Otras cortes y comentaristas, sin embargo, no creen que las cortes deban supervisar resoluciones o desistimientos previos a la certificación dado que tales disposiciones no vinculan a nadie en la clase putativa excepto al representante particular que celebra el acuerdo o desiste de su caso. Las reformas del año 2003 a la Regla 23 optaron por este último enfoque y permiten acuerdos previos a la certificación sin necesidad de aprobación judicial.

Esta Sección postula el enfoque de requerir una supervisión judicial limitada. Los potenciales riesgos de que acuerdos o desistimientos previos a la certificación ocurran sin escrutinio judicial justifican una regla requiriendo que tales acuerdos tengan efecto sólo con una aprobación judicial previa, luego de que la corte haya tenido oportunidad de revisar sus términos, incluyendo los honorarios pagados a los abogados. El propio requisito de aprobación judicial puede disuadir a las partes de entrar en problemáticos acuerdos previos a la certificación.

En muchos de los casos, tal vez en la mayoría, la aprobación de la corte será virtualmente automática. Por ejemplo, como se refleja en § 3.02(b), cuando se propone un desistimiento en el cual ni el patrocinio letrado putativo de la clase ni el cliente reciben beneficio monetario alguno, hay pocas o ninguna razón para preocuparse de que el acuerdo sea un esfuerzo para utilizar la

Capítulo 3

amenaza de la acción de clase a fin de recibir un acuerdo que no hubiera estado justificado de haberse planteado el caso como una acción individual. Lo mismo puede ser cierto si efectivamente hay un beneficio monetario para los abogados de la clase y para la clase, pero se trata de un pago nominal o de algún otro modo insustancial a la luz de las pretensiones individuales que están siendo acordadas.

c. Necesidad de notificación por la corte. Si bien esta Sección requiere aprobación judicial para desistimientos o transacciones previas a la certificación, sólo en raras circunstancias la corte podría verse en la necesidad de practicar notificaciones del desistimiento o acuerdo a los miembros de la clase putativa. La excepcional circunstancia que puede requerir la práctica de notificaciones sería aquella en que el caso, aun antes de la certificación, ha recibido una publicidad tan extensa que la corte puede razonablemente estar preocupada de que los miembros putativos de la clase confiaban en este proceso como razón para no promover demandas individuales. En esos casos hay un riesgo de que, en ausencia de alguna forma de notificación, tales miembros putativos de la clase puedan haber dejado prescribir involuntariamente sus acciones, dado que cualquier efecto suspensivo que pudiera haber con relación al plazo de prescripción cesaría automáticamente con el desistimiento de la acción de clase propuesta.

Aun si la corte decide que el caso es uno de los raros en que se requiere la notificación del acuerdo o desistimiento previos a la certificación, ella no debería verse restringida en el modo de enfocar el tema de la notificación. La notificación individual es un procedimiento costoso y que consume mucho tiempo. Bien puede la corte decidir, por ejemplo, que la cobertura de prensa de casos de alto perfil como éste, otras publicaciones, o la notificación por Internet son suficientes para alertar a los miembros putativos de la clase sobre el desistimiento o la transacción.

d. Opciones si la corte determina que los representantes y los abogados no son adecuados. Si la corte se rehúsa a permitir que un representante y los abogados de la clase avancen con un acuerdo o un desistimiento previo a la certificación, puede enfrentarse con un dilema cuando el acuerdo propuesto refleja un intento de los abogados de la clase o del representante para obtener un gran pago presionando con la amenaza de la acción de clase. La corte puede concluir, como resultado del acuerdo propuesto, que los abogados y representantes putativos de la clase no son adecuados para representar a esta última. En este punto, las opciones de la corte serían (1) rechazar las alegaciones sobre acción de clase con fundamento en la inadecuada representación, o (2) dejar el caso abierto por un corto período de tiempo para permitir que

otros representantes y abogados putativos de la clase den un paso adelante y asuman la representación. De implementar la última alternativa, la corte puede considerar la posibilidad de un rechazo condicionado a que el demandado extienda el plazo de prescripción para permitir a nuevos abogados y representantes dar ese paso adelante.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. Para autoridades discutiendo los potenciales conflictos entre miembros de la clase y abogados de la clase, ver, por ejemplo, John C. Coffee, Jr., *Class Wars: Evaluating the Selection of Class Counsel by Auction*, 95 Colum. L. Rev. 1343, 1367–1384 (1995). *Georgine v. Amchem Products, Inc.*, 80 Cornell L. Rev. 1045, 1048 (1995). Para autoridades discutiendo la necesidad de revisión y aprobación judicial de los acuerdos de clase, ver, por ejemplo, *Knisley v. Network Assocs., Inc.*, 312 F.3d 1123, 1125 (9th Cir. 2002) (Kozinski, J.) (señalando la necesidad de revisión judicial de los acuerdos debido a la posibilidad de que “los abogados de la clase pueden entrar en colusión con los demandados, reduciendo tácitamente el acuerdo en su totalidad a cambio de honorarios profesionales más altos”); L. Elizabeth Chamblee, *Unsettling Efficiency: When Non-Class Aggregation of Mass Torts Creates Second-Class Settlements*, 65 La. L. Rev. 157, 159 (2004); Sylvia R. Lazos, Note, *Abuse in Plaintiff Class Action Settlements: The Need for a Guardian During Pretrial Settlement Negotiations*, 84 Mich. L. Rev. 308, 316–325 (1985).

Para autoridades discutiendo las “subastas inversas”, ver, por ejemplo, *Reynolds v. Beneficial Nat’l Bank*, 288 F.3d 277, 282 (7th Cir. 2002) (Posner, J.) (colectando autoridades); John C. Coffee, Jr., *Class Wars: Evaluating the Selection of Class Counsel by Auction*, 95 Colum. L. Rev. 1343, 1370–1373 (1995). *Class Certification and Blackmail*, 78 N.Y.U. L. Rev. 1357, 1404 (2003).

Comentario b. Para casos requiriendo aprobación de la corte de acuerdos celebrados antes de la certificación, ver, por ejemplo, *Shelton v. Pargo, Inc.*, 582 F.2d 1298, 1306 (4th Cir. 1978) (señalando que “la Corte de Distrito debería tener tanto el poder como el deber, en miras a su poder de supervisión sobre y su especial responsabilidad en acciones promovidas como acciones de clase, como se encuentra establecido en 23(d), para cuidar que la parte representativa no haga nada . . . que pueda perjudicar injustamente a los miembros de la clase”) (nota a pie de página omitida); *Roper v. Consurve, Inc.*, 578 F.2d 1106, 1110–1111 (5th Cir. 1978), *aff’d*, 445 U.S. 326 (1980); *Diaz v. Trust Territory of Pac. Islands*, 876 F.2d 1401, 1408 (9th Cir. 1989). El enfoque tomado en

Capítulo 3

esta Sección es consistente con la práctica actual en California bajo la Cal. R. Ct. 3.770(a), la cual establece que en todas las acciones de clase, putativas o certificadas, “[e]l desistimiento de una acción de clase completa, o de cualquier parte o causa de acción en una acción de clase, requiere aprobación judicial.” La regla de California no requiere notificación para todos los miembros de la clase antes de la certificación si la corte determina que no habrá perjuicio a sus intereses. Cal. R. Ct. 3.770(c). Ver también Or. R. Civ. P. 32(D) (requiriendo aprobación judicial y notificación “a algunos o todos los miembros de la clase en la forma que la corte lo disponga”, excepto que un desistimiento sin notificación “puede ser ordenado . . . si se demuestra que no hay compensación en forma alguna que haya pasado directa o indirectamente desde la parte que se opone a la clase hacia el representante de la clase o su abogado y que no se ha hecho ninguna promesa de compensación de este tipo”).

A la luz de las reformas del año 2003 a la Regla 23, diversas cortes reconocen ahora el derecho absoluto de los representantes de la clase para acordar sobre sus pretensiones antes de la certificación sin necesidad de aprobación judicial. Ver, por ejemplo, *Eckert v. Equitable Life Assurance Soc’y*, 227 F.R.D. 60, 62 (E.D.N.Y. 2005) (“debido a que la aceptación del acuerdo por el [representante putativo de la clase] fue sólo en beneficio de sus pretensiones en lugar de las de la clase certificada, [el] no necesita obtener permiso de la corte antes de desistir de la acción”); *Aikens v. Deluxe Fin. Servs.* No. 01-2427-CM, 2005 U.S. Dist. LEXIS 8079, at *18 (D. Kan. Mar. 2, 2005); *Daniels v. Bursey*, No. 03 C 1550, 2004 U.S. Dist. LEXIS 20950, at *17–*18 (N.D. Ill. Oct. 19, 2004). Significativamente, sin embargo, aun después del 2003 algunas cortes han entendido que se requiere la revisión de los acuerdos celebrados antes de la certificación. Ver, por ejemplo, *Doe v. Lexington-Fayette Urban County Gov’t*, 407 F.3d 755, 761–764 (6th Cir. 2005) (encontrando que la corte de distrito incurrió en error al rehusarse a notificar a la clase putativa del acuerdo celebrado antes de la certificación ya que “los miembros putativos de la clase probablemente fueron llevados a creer que sus pretensiones continuaban siendo preservadas”); *Griffith v. Javitch, Block & Rathbone, LLP*, 358 B.R. 338, 342 (S.D. Ohio 2007) (“[A]un bajo la actual versión de la Regla, la Corte tiene un deber hacia los miembros putativos de la clase que le demanda examinar si puede resultar algún perjuicio del desistimiento de [una] pretensión [antes de la certificación]”); *Ramirez v. Cintas Corp.*, No. C 04-00281 JSW, 2007 WL 4410414, at *1 (N.D. Cal. Dec. 14, 2007) (“Asumiendo sin decidir que la Regla 23 aplica en esta instancia” la corte permitió a los representantes de la clase desistir su pretensión sin notificaciones); *Cramblit v. City of Columbus, Ohio*, No. 2:05-CV-301, 2006 WL 1735329, at *1 & n.1 (S.D. Ohio June 21,

2006) (revisando y aprobando una moción conjunta para desistir pretensiones de la clase; la corte reconoce la reforma del 2003 pero descansa sobre reglas y jurisprudencia previas a esa reforma al ejercer la revisión); Manual for Complex Litigation (Fourth) § 21.61, p. 309 n.948 (2004) (señalando que, a pesar de las reformas del año 2003 a la Regla 23, “en ciertas situaciones en las que un desistimiento puede representar un abuso del procedimiento de acción de clase, la corte debería indagar en las circunstancias detrás del desistimiento”).

La regla de California requiere que las partes que buscan un desistimiento previo a la certificación “claramente afirmen [en una declaración] si alguna consideración, directa o indirecta, está siendo dada por la contraria con causa en el desistimiento” y “describan tal consideración en detalle”. Cal. R. Ct. 3.770(a). Ver también Or. R. Civ. P. 32(D) (citado más arriba) (notificación no requerida cuando no ha habido consideración alguna que cambie de manos). Para un ejemplo de una decisión aprobando sumariamente un desistimiento previo a la certificación donde el actor no recibió consideración alguna bajo el desistimiento propuesto, ver *Zavala v. Takata Corp.*, No. BC 277327, 2006 WL 4511430, at *1 (Cal. Super. Ct. Dec. 22, 2006) (desistiendo uno de varios demandados).

Comentario c. Discutiendo acuerdos previos a la certificación, una corte ha identificado tres propósitos que cumple la notificación del acuerdo o desistimiento: (1) “protege al *demandado* al evitar que un actor anexe las alegaciones de clase a su demanda en orden a extraer un acuerdo más favorable”; (2) “protege a la clase de objetables remedios estructurales, concesiones entre remedios compensatorios y estructurales, o del agotamiento de fondos limitados disponibles para pagar las pretensiones de la clase”; y (3) “protege a la clase del perjuicio que de otro modo sufriría si sus miembros omitieron promover demanda debido al conocimiento de la acción de clase en trámite”. *Diaz*, 876 F.2d at 1409 (énfasis en el original).

Para casos discutiendo la suspensión del plazo de prescripción en el contexto de acciones de clase, ver, por ejemplo, *Crown, Cork & Seal Co. v. Parker*, 462 U.S. 345, 354 (1983) (la promoción de una acción de clase putativa suspende el curso del plazo de prescripción para los miembros de la clase putativa “hasta que la certificación de la clase es denegada”); *Armstrong v. Martin Marietta Corp.*, 138 F.3d 1374 (11th Cir. 1998) (en banc) (la suspensión cesa con la denegatoria de la corte a la certificación de clase, aun si se intenta una apelación contra tal denegatoria); *Culver v. City of Milwaukee*, 277 F.3d 908, 914 (7th Cir. 2002) (Posner, J.) (señalando que la suspensión provocada por una acción de clase putativa cesa “cuando el caso es rechazado sin efectos sobre el fondo del asunto”). Para casos que

Capítulo 3

muestran preocupación sobre perjuicios para los miembros de la clase luego de la suspensión del plazo de prescripción, ver, por ejemplo, *Culver*, 277 F.3d at 914 (ordenando notificación de la de-certificación de la clase por la preocupación de que “cuando [una acción de clase] es rechazada sin efectos sobre el fondo del asunto o cuando la certificación de la clase es denegada, el plazo de prescripción comienza a correr nuevamente para los miembros de la clase”; “[a] menos que sean notificados de que la demanda fue desistida, ellos pueden no promover sus propias demandas y por tanto fallar en retomar sus acciones en plazo oportuno, encontrando como resultado a sus acciones prescriptas sin saberlo”). Para un caso sosteniendo que la notificación de un desistimiento o de-certificación de una acción de clase no es necesaria cuando el caso ha atraído poca publicidad, ver, por ejemplo, *Clarke v. Ford Motor Co.*, 228 F.R.D. 631, 637 (E.D. Wis. 2005) (no se requiere notificación de la de-certificación de una clase bajo la Regla 23(b)(2) porque ninguna notificación fue cursada a la clase al momento de la certificación).

Comentario d. Si bien al rechazar un acuerdo celebrado con representantes de la clase antes de la certificación una corte debería tener la opción de dejar el caso abierto por un breve período para permitir que representantes y abogados adecuados den un paso adelante y tomen el control del caso, este mecanismo es utilizado principalmente cuando las partes han logrado ya un progreso sustancial hacia la etapa de juicio o bien cuando hay indicaciones de que otros representantes se presentarán. Comparar, por ejemplo, *Birmingham Steel Corp. v. Tenn. Valley Auth.*, 353 F.3d 1331 (11th Cir. 2003) (la corte de distrito abusó en su discreción al ordenar la de-certificación sin proveer oportunidad para que nuevos representantes de la clase sustituyan a los anteriores; el caso estaba en una etapa avanzada, posterior al *discovery*, y listo para el juicio), con *Culver*, 277 F.3d 908 (confirmando la de-certificación sin antes mantener el caso abierto para nuevos representantes porque no había indicios de posibles voluntarios futuros).

Efecto sobre el derecho vigente. El requisito de notificación apropiada y aprobación de la corte para los acuerdos de clase es consistente con el derecho vigente. El requisito de aprobación judicial de acuerdos celebrados antes de la certificación con representantes de la clase requeriría un cambio del sistema federal y de toda otra jurisdicción que tenga un enfoque similar a la Regla 23(e)(1)(A). Para autoridad en el derecho vigente consistente con el enfoque abogado aquí sobre los acuerdos previos a la certificación de clase, ver Cal. R. Ct. 3.770(a).

§ 3.03 Audiencia y procedimiento de revisión de los acuerdos de clase

Al revisar un acuerdo de clase propuesto, la corte debe involucrarse en un procedimiento de dos pasos:

- (a) **Antes de aprobar la notificación, la corte debe efectuar una revisión preliminar del acuerdo. El propósito de esta revisión preliminar es determinar si hay algún defecto en la notificación propuesta o si existen otras irregularidades formales o sustantivas que puedan justificar retener las notificaciones. La revisión preliminar no es, sin embargo, un sustituto para la completa y cuidadosa revisión que debe efectuarse sobre el acuerdo al momento de la audiencia sobre la justicia del mismo conforme lo dispuesto en la sub-sección (b) En cualquier orden que siga a la revisión preliminar, la corte debe establecer una agenda para la formulación de presentaciones en apoyo de la moción para aprobar el acuerdo y la moción para los honorarios de los abogados. Ausentes especiales circunstancias, la agenda debería proveer un plazo razonable para que los miembros de la clase y los objetores respondan luego de efectuadas tales presentaciones.**
- (b) **Después de la notificación y una oportunidad para presentar objeciones (y, cuando sea requerido, para optar por excluirse), la corte debe efectuar una revisión completa del acuerdo. Esta revisión incluye la realización de una audiencia en la corte, con oportunidad para las partes y los objetores de ofrecer prueba y presentar argumentos. Si la corte aprueba o desaprueba el acuerdo, debe dejar constancia de las determinaciones realizadas y de las conclusiones a que arribó en apoyo de su decisión.**

Comentario:

a. Revisión preliminar. En la etapa de revisión preliminar muchas cortes ven la cuestión como si se tratara de conceder una *aprobación* preliminar del acuerdo. Esta Sección rechaza tal enfoque. Ocurre que una decisión

Capítulo 3

preliminar a favor del acuerdo puede, en la práctica, dar lugar a una injustificada presunción sobre la corrección de una propuesta que la corte no ha considerado cuidadosamente. Una “aprobación preliminar” —descrita de tal modo frente a la clase— puede tornar a la corte renuente a rechazar el acuerdo en la audiencia sobre su justicia debido al hecho de haberlo apoyado en la etapa preliminar de aprobación.

No obstante, aun cuando el procedimiento de revisión preliminar no tiene como propósito la aprobación del acuerdo, la corte debería conferenciar con los abogados para identificar cualquier deficiencia obvia en la notificación o cualquier otro defecto (formal o sustantivo) que pueda poner en riesgo al acuerdo. La corte debería articular cualquier problema o duda que identifique. Si los problemas con el acuerdo propuesto son evidentes para la corte, es en interés de ella misma y de las partes abordar el asunto prontamente antes de invertir mucho tiempo y recursos en notificar a la clase. En muchos supuestos, la corte habrá tenido un rol activo en el caso antes de la propuesta de acuerdo y estará en posición de ofrecer a las partes una importante guía sobre potenciales dificultades que la misma puede presentar.

El punto crucial, sin embargo, es que cuando la corte dicta una decisión que permite la notificación del acuerdo propuesto a los miembros de la clase, tal decisión no debería ser caracterizada como una “aprobación” preliminar. En lugar de eso, la corte debe involucrarse en su revisión definitiva al momento de la audiencia sobre la justicia del acuerdo bajo § 3.03(b). Al evitar utilizar el término “aprobar” para describir la revisión preliminar bajo § 3.03(a), la corte puede evitar que la etapa de revisión preliminar sea interpretada como una garantía implícita acerca de cómo la corte resolverá el asunto, luego de una audiencia completa, en la etapa de aprobación. Por supuesto que, en la práctica, la corte debería dar mayor peso a su análisis y evaluación inicial si la presentación en la etapa preliminar es extensa —por ejemplo, involucrando prueba y presentaciones de objetores— y menor peso si la presentación es breve o superficial.

En la medida de lo posible, la corte debería esforzarse para notificar a personas interesadas, tales como abogados con casos similares, de que un proceso de revisión preliminar ha sido agendado. Si el caso está maduro y las partes que potencialmente pueden objetar son conocidas, la notificación de la audiencia de revisión preliminar puede permitir a la corte expandir esta etapa para convertirla en una completa examinación de los méritos del acuerdo. Ausente un examen informado de los términos, sin embargo, no debería haber implicación alguna de que la corte haya “aprobado” el mérito subyacente del acuerdo propuesto.

Un importante determinante se presenta cuando los objetores son capaces de realizar presentaciones serias sobre la justicia del acuerdo de clase y la agenda impone el tratamiento de una petición sobre honorarios de abogados. La última oración de § 3.03(a) tornaría claro que una moción para aprobar un acuerdo de clase y una petición sobre honorarios de abogados deberían ser tratadas en la forma habitual en que se tratan todas las mociones. Por tanto, ausentes excepcionales circunstancias, no debería requerirse a los miembros de la clase y a los objetores que realicen sus presentaciones sino hasta que el trámite esté completo. A menos que especiales circunstancias demanden otra cosa, los objetores deberían tener un período razonable para realizar sus presentaciones después de que las partes que arribaron al acuerdo hayan realizado las suyas en apoyo del acuerdo y, luego, las partes que arribaron al acuerdo deberían contar con un período razonable para responder a cualquier objeción.

b. Aprobación. El procedimiento de aprobación y la audiencia deberían ser conducidos con gran cuidado para asegurar que la corte ha revisado y analizado todos los potenciales defectos del acuerdo propuesto. Normalmente la corte debería permitir a las partes ofrecer prueba antes de realizar cualquier determinación sobre la justicia del acuerdo.

La corte debería también ser receptiva para activar la participación de los objetores. Los pedidos de *discovery* en el contexto de objeciones contra el acuerdo requieren un ejercicio cuidadoso de la discreción de la corte a fin de balancear los intereses subyacentes en la necesidad de información de los objetores para apoyar una objeción de buena fe, por un lado, y en el costo y la demora implicada, el potencial abuso estratégico del *discovery* y cualquier otra consideración que sea producto del trabajo a realizar, por el otro.

En algunos supuestos, particularmente en casos que involucran acciones de clase relativamente pequeñas o simples, las cortes han realizado determinaciones desde su banca sin explicitarlas en órdenes separadas. Para subrayar la importancia de ese tipo de determinaciones y asegurar su apropiada revisión en apelación, esta Sección toma la posición de que una corte que elija revelar las determinaciones realizadas desde su banca debería explicitar las mismas en una orden dentro del expediente. Idealmente, la corte debería redactar sus propias determinaciones y no debería simplemente repetir de manera textual las que fueron propuestas en las presentaciones de las partes.

Capítulo 3

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. Para una discusión de la naturaleza “superficial” de la etapa de revisión preliminar, ver 5 James Wm. Moore et al., *Moore’s Federal Practice* ¶ 23.165[2] (3d ed. 2009). Para una discusión de los criterios y procedimiento que la corte debería considerar al revisar acuerdos, ver *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 21.632, at 320–321 (2004) (“En algunos casos, esta evaluación inicial puede ser hecha sobre la base de información ya conocida, suplementada en cuanto sea necesaria por escritos, mociones o presentaciones informales. . . El juez debe realizar una determinación preliminar de la justicia, razonabilidad y adecuación de los términos del acuerdo y debe ordenar la preparación de las notificaciones. . . [E]l juez puede contar con un experto o *special master* designado por la corte para revisar los términos del acuerdo propuesto. . . El juez debería efectuar preguntas en la audiencia preliminar y tal vez buscar una revisión independiente si hay reservas sobre el acuerdo. . . Las partes tienen luego una oportunidad para retomar las negociaciones en un esfuerzo por remover potenciales obstáculos para la aprobación judicial”); ver también *Cal. R. Ct. 3.769(c)*. Para un caso demostrando el procedimiento para la aprobación de un acuerdo bajo la regla de California, ver *Chavez v. Netflix, Inc.*, No. CGC-04-434884, 2006 WL 2613144 (*Cal. Sup. Ct. Apr. 28, 2006*).

Para ejemplos de cortes que, a pesar de la naturaleza superficial de la revisión, otorgan una *aprobación* preliminar como resultado de ella, ver, por ejemplo, *New England Health Care Employees Pension Fund v. Fruit of the Loom, Inc.*, 234 F.R.D. 627, 631 (W.D. Ky. 2006) (“La aprobación preliminar hace nacer una presunción de que el acuerdo es justo, razonable y adecuado. Los objetores, por tanto, tienen la carga de persuadir a esta Corte de que el acuerdo propuesto es irrazonable.”) (citas omitidas); *Bennett v. Behring Corp.*, 737 F.2d 982 (11th Cir. 1984) (confirmando la aprobación preliminar de la corte de distrito); *Hickerson v. Velsicol Chem. Corp.*, 121 F.R.D. 67, 69 (N.D. Ill. 1988) (otorgando aprobación preliminar antes de requerir la notificación del acuerdo a los miembros de la clase ausente).

Comentario b. Para una decisión señalando la necesidad general de una audiencia previa a la aprobación de un acuerdo, ver *Gen. Motors Corp. v. Bloyed*, 916 S.W.2d 949, 958 (Tex. 1996) (“Dada la especial responsabilidad de la corte de juicio en materia de aprobación de acuerdos en acciones de clase . . . pensamos que una audiencia plenaria, con oportunidad para que la corte pregunte y con un vigoroso interrogatorio cruzado por parte de los abogados de los miembros de la clase que objetan, debería ser la regla

general”). Ver también Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(e)(2) (“Si la propuesta vincularía a los miembros de la clase, la corte puede aprobarla sólo después de una audiencia y sobre la base de haber determinado que tal propuesta es justa, razonable y adecuada”).

La Regla 23(e)(1)(c) requiere una determinación en apoyo de la justicia del acuerdo, y las notas del Comité Consultivo afirman que “[l]as determinaciones deben ser presentadas con suficiente detalle para explicar a los miembros de la clase y a la corte de apelación los factores que influyen en la aplicación del estándar”. A diferencia de las Reglas Federales, muchos estados no requieren determinaciones específicas en apoyo de la justicia del acuerdo. Ver, por ejemplo, Ala. R. Civ. P. 23(e); Colo. R. Civ. P. 23(e); Ohio Rev. Code Ann. § 23(e) (West 1970). Más aun, ni las Reglas Federales ni cualquier regla estatal requieren determinaciones específicas en apoyo de la conclusión de que el acuerdo debería ser rechazado por injusto. Ver § 3.12 (apelación discrecional de la determinación sobre la injusticia del acuerdo).

Efecto sobre el derecho vigente. El enfoque aquí propuesto cambiaría la práctica existente en aquellas jurisdicciones que, por regla o jurisprudencia, requieren una “aprobación” preliminar antes de practicar la notificación sobre la propuesta de acuerdo. El requisito de plasmar en el expediente las determinaciones de hecho y las conclusiones de derecho, tanto cuando el acuerdo es aprobado como cuando es rechazado, también requeriría un cambio en la práctica existente y va más allá de los requisitos establecidos jurisprudencialmente en muchas jurisdicciones.

§ 3.04 Notificación del acuerdo de clase

- (a) El propósito de notificar una propuesta de acuerdo de clase es establecer los contornos principales de tal propuesta e informar a los miembros de la clase de su derecho a asistir a la audiencia sobre la justicia del acuerdo y a presentar objeciones escritas en un plazo determinado si así lo desean.**
- (b) En la etapa de revisión preliminar, la corte debería establecer la forma y el contenido apropiado de la notificación. Al diseñar la notificación del acuerdo de clase, para determinar si se requiere una notificación personal o si alguna otra forma de notificación sería suficiente la corte debería considerar su costo y la posibilidad de recupero involucrada en el acuerdo**

Capítulo 3

propuesto. La notificación individual presumiblemente debería ser vista por la corte como menos importante cuando las pretensiones son demasiado pequeñas para ser avanzadas individualmente.

- (c) **La notificación de un acuerdo de clase, cuando sea requerida, debería ser escrita en lenguaje sencillo y debería contener, como mínimo: (i) la definición de la clase, (ii) los términos materiales y condiciones específicas del acuerdo (incluyendo el preciso resultado que obtendrán los miembros de la clase), (iii) la propuesta de honorarios presentada por los abogados de la clase, (iv) cómo el miembro de la clase puede obtener información adicional sobre el caso, (v) si se permite el derecho de exclusión; y (vi) detalles de la audiencia judicial sobre aprobación del acuerdo y de la presentación de objeciones.**

Comentario:

a. Razones para apartarse del derecho vigente. La regla tradicional es que, en los procesos bajo la Regla 23(b)(3), debe practicarse una notificación individual a todos los miembros de la clase que puedan ser identificados mediante un esfuerzo razonable. Este enfoque está basado en la Regla 23(c)(2)(B). Bajo la Cláusula de Debido Proceso, sin embargo, es importante balancear el beneficio de la notificación y el costo de practicarla.

En muchos casos, la notificación personal puede no tener sentido económico. El valor de la pretensión puede ser tan pequeño que su litigación fuera del contexto de una acción de clase resulte no viable, y la probabilidad de optar por excluirse u objetar puede ser tan baja que la notificación individual simplemente consumiría recursos del acuerdo sin generar ningún beneficio real para la clase. Esta Sección apoya un enfoque que directamente dispense la notificación individual en estas circunstancias.

Esta Sección busca brindar mayor protección a las partes que arribaron al acuerdo al eliminar objeciones técnicas sobre la forma de notificación establecida en el acuerdo original. El enfoque tomado es consistente con el requisito de debido proceso que demanda una notificación razonable y practicable a las partes afectadas, así como también con consideraciones pragmáticas relativas a costos y eficiencia a la luz de los intereses en juego en el litigio. Este enfoque eliminaría el requisito de notificación individual en ciertos contextos, contrariando la práctica federal vigente que se basa en la interpretación judicial de la Regla 23(c)(2)(B), la cual dispone que “la corte debe dirigir a los miembros

de la clase la mejor notificación que sea practicable. . .”. La corte y las partes deberían explorar opciones de bajo costo para dirigir notificaciones directas por correo antes de dispensar tal obligación. Por ejemplo, si los miembros de la clase son usuarios de servicios públicos la empresa prestataria puede estar en condiciones de realizar la notificación a muy bajo costo mediante su inclusión en la factura mensual que remite a sus clientes. El objetivo es hacer que la notificación sea tanto efectiva como razonable en términos de costos. En el supuesto de incluir un aviso junto con la factura como sustituto de la notificación directa, la corte y las partes deben reconocer la posibilidad de que los clientes puedan descartar esos avisos sin leerlos.

Ejemplos:

1. Actor demanda en beneficio de una clase de consumidores que compraron teclados de computadora defectuosos. Las partes proponen un acuerdo por el cual los miembros de la clase reciben \$3 por cada teclado defectuoso comprado. El costo de notificar a cada miembro de la clase por correo estatal en los Estados Unidos (estampillas, impresión, sobres, cargos por administración de pretensiones) es aproximadamente de \$5 por miembro de la clase. La notificación individual por correo no es requerida, dado el alto costo relativo de tal notificación con respecto al valor del recupero de cada miembro de la clase. Una notificación por publicación (y posiblemente notificación vía Internet o correo electrónico) será suficiente.
2. Actor demanda en beneficio de compradores que pagaron de más ciertos paquetes vacacionales. Cada miembro de la clase busca recuperar más de \$5000. Demandado tiene en su poder el domicilio de todos los miembros de la clase, y el costo de notificar a cada uno de ellos por medio del correo estatal de los Estados Unidos asciende aproximadamente a \$5 por persona. La notificación individual es requerida.

b. Contenido de la notificación. Esta Sección, consistente con la opinión prevaleciente en la doctrina, toma la posición de que la notificación del acuerdo, cuando sea requerida, debería ser escrita en lenguaje claro y entendible, y debería contener los términos materiales del acuerdo y el monto de los honorarios reclamados por los abogados, así como también información sobre derechos de optar por excluirse (si los hay), la audiencia sobre la justicia del acuerdo y la posibilidad de presentar objeciones.

Capítulo 3

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. El origen de la regla que requiere notificación individual para todos los miembros de la clase que puedan ser razonablemente identificados en las acciones de clase bajo la Regla 23(b)(3) es *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 173 (1974). La Corte de *Eisen* basó su decisión en la terminología de la por entonces Regla 23(c)(2) (hoy Regla 23(c)(2)(B)). Ver también las Notas del Comité Consultivo a las reformas del año 2003 a la Regla 23 (“Una notificación razonable del acuerdo puede requerir notificación individual en la manera requerida por la Regla 23(c)(2)(B) para comunicar la certificación de una clase bajo la Regla 23(b)(3).”); *id.* (señalando que la notificación individual es “apropiada” si, por ejemplo, “se requiere que los miembros de la clase tomen alguna acción -como promover pretensiones- para participar en el resultado de la sentencia, o si la corte ordena una oportunidad de optar por excluirse del acuerdo bajo la Regla 23(c)(3)”). Si bien las Notas del Comité Consultivo a la versión del año 1966 de la por entonces Regla 23(c)(2) descansan sobre el estándar de debido proceso establecido en *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306 (1950), el propio precedente *Mullane* afirma que “dentro de los límites prácticos, la notificación debe ser efectuada en un modo tal que se estime alcanzará razonablemente a las partes interesadas”. *Id.* p. 318. En casos con pretensiones de escasa cuantía, los reclamantes pueden tener escaso interés en recibir una notificación individual. Además, en 1950, el correo estatal de los Estados Unidos era el único medio razonable para practicar una notificación individual. Hoy en día, el correo electrónico y la Internet proveen vehículos alternativos para alcanzar una notificación razonable. De este modo, la notificación por el correo estatal de los Estados Unidos no debe ser vista como un elemento necesario de todos los casos enmarcados en la Regla 23(b)(3) en los cuales los miembros puedan ser identificados.

Para críticas del requisito de notificación individual establecido en *Eisen*, aun en casos con pretensiones de escasa cuantía, ver Kenneth W. Dam, *Class Action Notice: Who Needs It?*, 1974 Sup. Ct. Rev. 97, 107–109; Brian Wolfman & Alan B. Morrison, *What the Shuts Opt-Out Right Is and What It Ought to Be*, 74 UMKC L. Rev. 729, 751 (2006). Para la proposición de que el debido proceso requiere un balance de costos y beneficios a la luz de los intereses en juego, ver, por ejemplo, *Van Harken v. City of Chicago*, 103 F.3d 1346, 1351 (7th Cir. 1997) (Posner, J.) (el debido proceso “requiere una comparación entre costos y beneficios de cualquier procedimiento que el actor alegue es requerido”). Ver también *Jones v. Flowers*, 547 U.S. 220, 229

(2006) (señalando que el debido proceso requiere “balancear los ‘intereses del estado con ‘el interés individual que la Decimocuarta Enmienda busca proteger” (citando *Mullane*, 339 U.S. at 314)); Dam, *supra*, p. 115 (señalando que la Corte en *Mullane* “no fue ajena a la conveniencia de sopesar costos y beneficios”).

Para una discusión de los propósitos de la notificación del acuerdo, ver, por ejemplo, *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 21.633 (2004). Un ejemplo útil de un enfoque flexible frente al asunto de la notificación se encuentra en Cal. R. Ct. 3.766(e) y (f). La sub-sección (f) instruye:

Si la notificación personal es irrazonablemente costosa o los intereses de los miembros individuales de la clase son insustanciales, o si se ve que los miembros de la clase no pueden ser notificados personalmente, la corte puede ordenar un medio de notificación razonablemente calculado para informar a los miembros de la clase de la pendencia de la acción -por ejemplo, publicación en diario o revista; transmisión por televisión, radio o Internet; o colocación o distribución de información a través de asociaciones de comercio o profesionales, sindicatos o grupos de interés público.

Debido a que los demandados típicamente pagan por el costo de la notificación como parte de un acuerdo de clase, este cambio podría, en ciertas circunstancias, reducir el costo total de la administración del acuerdo. No gastar dinero en enviar por correo notificaciones individuales cuando es poco probable que los miembros de la clase tomen alguna acción en su beneficio torna disponibles fondos adicionales para ser pagados a la clase bajo los términos del acuerdo.

Comentario b. Ejemplos de notificaciones de acuerdos de clase escritas en lenguaje sencillo pueden verse en el sitio web del Federal Judicial Center. Ver www.fjc.gov (última visita el 11 de Agosto de 2013), bajo el título “Class Action Notices Page”. Ejemplos útiles de la información que necesariamente debe ser transmitida a los miembros de la clase para permitirles una respuesta informada a la notificación pueden encontrarse en Cal. R. Ct. 3.766(d).

Para discusiones sobre la información que debería ser incluida en las notificaciones de acuerdos de clase, ver, por ejemplo, *National Association of Consumer Advocates’ Standards and Guidelines for Litigating and Settling Consumer Class Actions*, 48–51 (2006), disponible en <http://www.naca.net/sites/default/files/pdfs/RevisedGuidelines.pdf> (última visita el 11 de Agosto de 2013); Darren Carter, Note, *Notice and the Protection of Class Members’ Interests*, 69 S. Cal. L. Rev. 1121, 1135–1137 (1996). Ver también Howard M. Downs,

Capítulo 3

Federal Class Actions: Diminished Protection for the Class and the Case for Reform, 73 Neb. L. Rev. 646, 693–696 (1994) (urgiendo para que las notificaciones contengan información sobre objeciones presentadas por los representantes de la clase y el preciso esquema de distribución de los fondos del acuerdo, esto es, “detalles sobre cómo y quién será pagado con el fondo del acuerdo”).

Efecto sobre el derecho vigente. La sub-sección (a) no requeriría cambio alguno en las reglas procesales. La sub-sección (b) requeriría un cambio en las reglas procesales en la medida que las reglas de la jurisdicción manden practicar notificación individual sin perjuicio del tamaño del potencial recupero de cada miembro individual de la clase. La sub-sección (c) describe mejores prácticas que una corte puede implementar sin un cambio de reglas.

§ 3.05 Revisión judicial de la justicia de un acuerdo de clase

- (a) **Antes de aprobar o rechazar cualquier acuerdo de clase, la corte debe conducir una audiencia para discutir sobre su justicia. Una corte revisando la justicia de un acuerdo de clase propuesto debe analizar, por medio de determinaciones y conclusiones realizadas en el expediente, si:**
- (1) **el representante y los abogados de la clase han sido y son actualmente representantes adecuados de ésta;**
 - (2) **el resultado obtenido para la clase (teniendo en cuenta cualquier arreglo complementario o auxiliar que pueda ser parte del acuerdo) es justo y razonable dados los costos, riesgos, probabilidades de éxito y demoras del juicio y la apelación;**
 - (3) **los miembros de la clase son tratados equitativamente (en relación a otros miembros) con base en sus circunstancias, y no se ven desaventajados por el acuerdo considerado como un todo; y**
 - (4) **el acuerdo fue negociado de forma independiente, en igualdad de condiciones, y no fue producto de colusión.**
- (b) **La corte puede aprobar un acuerdo sólo si determina, basada en los criterios de la sub-sección (a), que el acuerdo sería justo para la clase y para cada segmento sustancial de la clase.**

Una determinación negativa sobre cualquiera de los criterios especificados en las sub-secciones (a)(1)-(a)(4) torna injusto al acuerdo. Un acuerdo también puede ser considerado como injusto por cualquier otra razón significativa que pueda surgir de los hechos y circunstancias del caso particular.

- (c) **Es carga de quienes proponen el acuerdo establecer que el mismo es justo y razonable para los miembros de la clase ausentes que habrán de ser vinculados por el mismo. Al revisar un acuerdo propuesto, una corte no debería aplicar presunción alguna de que el acuerdo es justo y razonable.**
- (d) **Una corte puede aprobar o desaprobar un acuerdo de clase pero no puede por sí misma enmendar el acuerdo para agregar, borrar o modificar término alguno. La corte puede, sin embargo, informar a las partes de que no aprobará un acuerdo a menos que éstas lo enmienden de una manera especificada por la corte. Esta sub-sección no limita la autoridad de la corte para establecer honorarios de abogados justos y razonables.**
- (e) **Si, antes o como resultado de la audiencia sobre la justicia del acuerdo, las partes arreglan modificar los términos del acuerdo, una nueva notificación debe ser practicada a todos los miembros de la clase que puedan ser sustancialmente perjudicados por el cambio. En particular:**
 - (1) **Para clases con derecho de exclusión, debe ser garantizada una nueva oportunidad de optar por excluirse para todos los miembros de la clase sustancialmente perjudicados por los cambios en el acuerdo.**
 - (2) **Cuando un acuerdo es modificado para incrementar significativamente los beneficios de la clase, los miembros de la clase que optaron por excluirse antes de tales modificaciones deben ser notificados y contar con una oportunidad para optar por volver a incluirse en la clase.**
- (f) **Para los miembros de la clase que no optaron por excluirse, no se requiere una nueva notificación ni una nueva oportunidad de optar por hacerlo cuando, como resultado de la audiencia sobre la justicia del acuerdo, éste es revisado y resulta que los nuevos términos dan derecho a tales miembros de**

Capítulo 3

la clase para acceder a beneficios que no son sustancialmente menores a los propuestos en el acuerdo original.

Comentario:

a. *Criterios para el acuerdo.* La jurisprudencia actual sobre criterios para evaluar acuerdos es confusa y desordenada. Las cortes articulan un amplio rango de factores para considerar, pero raramente discuten el peso que debe darse a cada factor, y ni que hablar de por qué un factor particular tiene valor probatorio en determinada circunstancia. Los factores mencionados en los casos incluyen, entre otros, los riesgos de establecer la responsabilidad; los riesgos de establecer los daños; las probabilidades de triunfar en el juicio; el monto que podría ser obtenido en el juicio; el interés público servido por el acuerdo; si las negociaciones fueron mantenidas con independencia y en igualdad de condiciones; la experiencia de los patrocinantes legales; la opinión de los abogados; el costo, la complejidad y la duración estimada en el supuesto de continuar litigando; el riesgo de no mantener la clase certificada a través del juicio; la capacidad del demandado para soportar una sentencia más grande en el juicio; la participación de alguna entidad gubernamental en las negociaciones o en la aprobación del acuerdo; la naturaleza y extensión de las objeciones al acuerdo; la razonabilidad de los honorarios propuestos para los abogados; la extensión del *discovery* ya completado; la etapa en que se encuentran los procesos; la cantidad de miembros de la clase que optaron por excluirse; el vigor con que el caso fue impulsado; la existencia de coerción o colusión que pueda haber influido en las negociaciones; y la fortaleza del caso de los actores.

Muchos de estos criterios pueden tener un cuestionable valor probatorio en diversas circunstancias. Por ejemplo, si bien una corte puede dotar de peso al hecho que los abogados de la clase o del demandado opinen a favor del acuerdo, la corte debería tener en mente que los abogados que negociaron el acuerdo raramente ofrecerán algo menos que un fuerte y favorable apoyo al mismo. Por esta razón, al determinar si corresponde dotar de peso a ese factor la corte debería considerar la presencia o ausencia de un incentivo para que los abogados de la clase señalen un acuerdo como inadecuado. Cuando los abogados de la clase comparten el interés de los miembros de ésta en maximizar el valor de las pretensiones, la buena voluntad de los abogados para apoyar el acuerdo puede considerarse de cierto peso.

Una corte, al revisar un acuerdo, no debería dar ningún peso predeterminado al hecho de que el caso haya estado tramitando por un período de tiempo sustancial antes de que el acuerdo fuera alcanzado, ni al hecho

de que el acuerdo haya sido alcanzado en una etapa temprana del caso. La oportunidad para celebrar un acuerdo puede o no tener valor probatorio sobre la cuestión de su justicia. Por ejemplo, un acuerdo temprano puede simplemente reflejar una evaluación realista del asunto en lugar de sugerir que el acuerdo fue negociado sin contar con un adecuado conocimiento de los hechos o del mérito del caso.

De igual manera, el mero hecho de que el acuerdo sea celebrado muchos meses (o incluso muchos años) después de que el caso fue promovido no asegura por sí solo que dicho acuerdo sea justo y razonable. Similarmente, si el acuerdo es propuesto luego de una audiencia donde se discutió la certificación de la clase ello puede o no tener valor probatorio respecto a que las negociaciones fueron conducidas con independencia y en igualdad de condiciones. Y la resolución de un caso antes de la certificación no necesariamente refleja colusión o falta de negociaciones con esas características.

En la misma línea, el número de objetores puede o no aportar elementos para determinar la justicia del acuerdo. Los miembros de la clase algunas veces son urgidos a objetar por abogados con casos similares que están descontentos por no haber alcanzado ellos mismos un acuerdo, perdiendo de ese modo honorarios profesionales, o por abogados que pueden buscar obtener una ganancia privada por medio de la interposición estratégica de objeciones motivadas. En estos supuestos, las objeciones dirigidas por abogados tienen poco mérito. De igual manera, la ausencia de un número significativo de objeciones no necesariamente refleja una aprobación tácita de los miembros de la clase sobre la justicia del acuerdo. Por ejemplo, un acuerdo puede hacer surgir serias cuestiones de justicia, pero los montos involucrados, considerados individualmente, pueden ser tan pequeños que ningún miembro de la clase tenga suficiente incentivo para objetar. La corte, por ello, debería enfocarse en la sustancia de las objeciones y no en una mecánica cuenta de cabezas.

Otro ejemplo: el número de miembros de la clase que optaron por excluirse puede o no tener algún valor probatorio respecto de la justicia del acuerdo. En la mayoría de los acuerdos celebrados en acciones de clase el número de quienes optan por excluirse es pequeño. En algunos casos donde hay grandes números de personas que optan por excluirse, ello ocurre simplemente como resultado de esfuerzos orquestados por abogados. Abogados que esperan obtener una silla en la mesa de negociación del acuerdo o bien promover nuevos litigios en beneficio de quienes optan por excluirse. Así, el número de quienes optan por excluirse puede de hecho decir poco a la corte acerca de la efectiva justicia del acuerdo.

Capítulo 3

Aparte del hecho que muchos de los criterios analizados tienen un cuestionable valor probatorio, el elevado número de los mismos ha llevado a confusión. Algunos de estos criterios, tales como si el acuerdo avanza o refuerza el “interés público”, son amorfos y parecen pobremente dirigidos a la protección de la clase. Las cortes han terminado por seleccionar y elegir algunos de todos estos factores, con escasa o nula discusión sobre las razones que llevaron a tal elección y no a otra. Más aun, con tantos factores potenciales las cortes son incapaces de proveer guía alguna sobre la importancia relativa de cada uno de ellos. En muchos casos, ciertos factores parecen ser destacados meramente porque apoyan un resultado predeterminado.

Finalmente, el elevado número de factores —y la confusión sobre su mérito relativo— torna dificultoso para los abogados de la clase, los abogados del demandado y los abogados de los objetores, abordar y analizar las consideraciones pertinentes de forma adecuada.

b. Cambios propuestos referidos a los criterios para los acuerdos. Esta Sección articula cuatro simples pero importantes factores que las cortes deberían considerar al revisar cualquier acuerdo. Más aun, como fue señalado en la sub-sección (b), estos cuatro factores no impiden a la corte considerar otros hechos relevantes para un acuerdo en particular. Los cuatro factores, y cualquier consideración específica de hecho adicional, deberían ser abordados por medio de determinaciones y conclusiones plasmadas en el expediente. Debido a que cada uno de los requisitos establecidos en (a)(1)–(a)(4) es tan importante, la no satisfacción de cualquiera de ellos torna injusto al acuerdo. La sub-sección (b) reconoce que los hechos específicos de un acuerdo puede tornarlo injusto, aun si el acuerdo satisface los requisitos de (a)(1)–(a)(4).

Con respecto al primer factor, la corte debería evaluar si se proveyó a la clase de una representatividad adecuada como se describe en § 2.07(a)(1). En las “clases al sólo efecto transaccional”, donde los pedidos de certificación de clase y de aprobación del acuerdo son efectuados al mismo tiempo, la representatividad adecuada es considerada como parte del procedimiento de aprobación. En los casos que han sido certificados antes del acuerdo, sin embargo, habrá ya una decisión tomada sobre la representatividad adecuada. No obstante, tal decisión puede ser puesta en duda por el modo en que el abogado manejó el litigio luego de la certificación y por el acuerdo propuesto. Una corte que considera sólo la justicia y no la calidad de la representación al momento del acuerdo puede pasar por alto importantes aspectos que influyen sobre la justicia del acuerdo. De hecho, un nuevo examen sobre la calidad de la representación puede ser el modo más productivo para evaluar la justicia última del acuerdo.

Debido a que en el contexto del acuerdo ni la clase ni la defensa tendrán interés alguno en provocar preocupaciones sobre la calidad de la representación, la corte puede verse en la necesidad de asumir un activo rol de investigación sobre este requisito, especialmente cuando no han sido planteadas objeciones útiles. Como está contemplado en la Regla 23(g), por ejemplo, la corte puede requerir a las partes información específica y detallada para abordar la adecuada representatividad de los abogados de la clase. En algunos casos, la corte puede considerar la necesidad de designar un *special master* o *special officer* para examinar la representatividad adecuada. Ver § 3.09. Si bien alguien recién designado enfrentará algunos de los mismos obstáculos que la corte al revisar un acuerdo completo, un *special master* o *special officer* puede tener más tiempo y recursos para dedicar a la tarea. La corte también puede necesitar estudiar con cuidado cualquier objeción que haya sido planteada al acuerdo.

Segundo, la corte debería abordar el resultado proveído por el acuerdo a la luz del monto peticionado por la clase, y establecer si tal resultado es significativo y suficiente dadas las fortalezas y riesgos del caso y el potencial recuperado a obtener en el supuesto de un veredicto favorable. También puede provocar preocupaciones en torno a su justicia un acuerdo propuesto en el cual la clase recibe pagos insustanciales, mientras que los honorarios pedidos por los abogados son sustanciales. Como ocurría con respecto a la cuestión de la representatividad adecuada, tanto los abogados de la clase como los de la defensa tendrán muchos incentivos para subrayar las fortalezas del acuerdo y para minimizar sus debilidades. Por tanto, la corte puede necesitar asumir mayor responsabilidad en el asunto, posiblemente incluyendo, nuevamente, la designación de un *special master* o *special officer*.

Tercero, la corte debería mirar si los miembros de la clase son tratados equitativamente entre ellos y si el acuerdo tiene en cuenta diferencias materiales entre los miembros de la clase. Por ejemplo, un acuerdo que otorga la misma suma de dinero a todos los miembros de la clase, a pesar de significativas diferencias en la naturaleza de sus pretensiones o daños, puede no ser justo y razonable. Adicionalmente, la corte debería considerar si los miembros de la clase pueden verse desaventajados por el acuerdo. Por ejemplo, una amplia liberación que vaya más allá de las pretensiones que son objeto del litigio puede ser inapropiada a la luz de la naturaleza del recuperado bajo el acuerdo propuesto.

Cuarto, la corte debería asegurar que el acuerdo fue producto de negociaciones desarrolladas con independencia y en igualdad de condiciones, y que no fue resultado de colusión.

Capítulo 3

c. Cargas de la prueba. Algunas cortes han adoptado una presunción de que el acuerdo es justo y razonable si los abogados que lo ofrecen son experimentados abogados en acciones de clase, las negociaciones fueron conducidas con independencia y en igualdad de condiciones, y relativamente pocos miembros de la clase presentaron objeciones. Esta presunción puede no estar justificada. Como fue señalado más arriba, por ejemplo, la presencia o ausencia de objetores puede o no tener valor probatorio. De igual modo, la experiencia de los abogados no debería normalmente alivianar la carga de las partes de demostrar la justicia del acuerdo basada en los hechos específicos del caso. Finalmente, como refleja lo dicho en § 3.05(a)(4), la existencia de negociaciones independientes y en igualdad de condiciones debería ser una característica de todo acuerdo de clase justo.

Como se establece en esta Sección, la carga de la prueba pesa sobre quienes proponen el acuerdo. El propósito de la indagación de la corte es asegurar que los intereses de los miembros de la clase ausentes estén adecuadamente protegidos de modo tal que éstos puedan ser vinculados firmemente al resultado del caso. Así, la responsabilidad de asegurar la justicia del acuerdo recae sobre los representantes de la clase, sus abogados y la corte.

d. Sin opción para imponer términos diferentes o adicionales. La sub-sección (d) sigue el derecho vigente al dotar a la corte de sólo dos opciones cuando enfrenta un acuerdo propuesto: aprobarlo o desaprobarlo. Por supuesto que la corte puede identificar ciertos términos que, si agregados o eliminados, podrían lograr la aprobación del acuerdo. Pero la decisión sobre si incorporar los cambios o las adiciones sugeridas por la corte es exclusiva de las partes. La corte no puede modificar unilateralmente el acuerdo o imponer términos sobre las partes. La corte sí tiene, en cambio, autoridad para regular los honorarios de los abogados a pesar de la petición de honorarios profesionales que hubiera sido presentada por los abogados de los actores.

e. Modificaciones durante el procedimiento de determinación de la justicia del acuerdo. Bajo la sub-sección (e), los cambios materiales a un acuerdo pueden necesitar (1) nueva notificación a todos los miembros de la clase adversamente afectados, incluyendo cualquiera que previamente hubiera optado por excluirse de la clase, y (2) nuevos derechos de optar por excluirse para miembros de clases de este tipo. Cuando los cambios afectan adversamente sólo a una sub-parte de la clase, la nueva notificación y los nuevos derechos de optar por excluirse deberían ser limitados a tal sub-parte. Permitir cambios materiales en ausencia de protecciones procesales de este tipo sería injusto para aquellos que se apoyaron en los términos anteriores del acuerdo para decidir si mantenerse dentro de la clase u objetar. Por ejemplo, un miem-

bro de la clase puede haber optado por excluirse debido a que las sumas a obtener eran muy bajas. La persona debería tener una chance para reconsiderar esa decisión de optar por excluirse si las sumas a obtener han sido sustancialmente incrementadas. De manera similar, un miembro de la clase puede haber decidido no optar por excluirse porque el acuerdo le otorgaba cierto tipo de importante remedio. Si tal remedio es eliminado luego de vencido el plazo para optar por excluirse, el miembro de la clase debería tener la oportunidad de reconsiderar su decisión. Las cortes han asumido varios enfoques sobre el tema. Algunas de ellas han autorizado aún cambios sustanciales sin nueva notificación ni concesión de derechos de optar por excluirse, mientras que otras han requerido protección para todas las reformas que puedan afectar adversamente los intereses de los miembros de la clase. Esta Sección opta por el último enfoque.

Ejemplos:

1. Bajo un acuerdo de clase que involucra sistemas de computación defectuosos se pagaría a los miembros de la clase \$100 por cada sistema comprado. Varios miembros de la clase ejercen su derecho de optar por excluirse. Debido a que el juez opina que el pago es demasiado bajo, las partes acuerdan modificar ese monto y fijarlo en \$200. Antes de que el acuerdo sea aprobado, deberían enviarse notificaciones a todos aquellos que hubieran optado por excluirse, permitiéndoles optar por volver a formar parte de la clase.
2. Mismo acuerdo inicial que en el Ejemplo 1., pero es modificado para diferir por 30 días el pago de los honorarios de abogados. Ninguna nueva notificación es requerida.
3. Mismo acuerdo inicial que en el Ejemplo 1., pero modificado de modo tal que ahora, en lugar de la oferta original en efectivo, sólo se ofrece a los miembros de la clase un crédito de \$1000 para comprar un nuevo sistema de computación. Es necesario efectuar una nueva notificación a la clase completa, incluyendo a quienes hubieran optado por excluirse .

f. Distribución directa del producido del acuerdo. Cuando fuera posible, las cortes deberían aprobar distribuciones directas del producido del acuerdo, prorrateadas o por cabeza, sin requerir a los miembros de la clase efectuar petición alguna sobre sus pretensiones. Esto es así aun cuando las partes hubieran propuesto un procedimiento tradicional para tales peticiones. Las

Capítulo 3

distribuciones directas usualmente son factibles cuando la parte que logra el acuerdo tiene un archivo preciso y razonablemente actualizado. Este enfoque evita los costos de administrar un procedimiento de peticiones y permite a los miembros de la clase recibir de la forma más completa posible los beneficios que puedan obtenerse de la acción de clase tramitada a su favor.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. Para ejemplos de la amplia variedad de enfoques sobre los acuerdos, ver, entre otros, *In re Am. Bank Note Holographics, Inc. Sec. Litig.*, 127 F. Supp. 2d 418, 426–428 (S.D.N.Y. 2001) (abordando, entre otras cosas, la dificultad de probar pretensiones y daños, los “riesgos del litigio”, la posible quiebra de uno de los demandados, la amenaza de litigios prolongados, la naturaleza independiente e igualitaria de las negociaciones entre “calificados abogados”, la extensión del *discovery* completado, y el dotar de “gran peso” a las opiniones de los abogados de las partes); *In re Austrian & German Bank Holocaust Litig.*, 80 F. Supp. 2d 164, 174–178 (S.D.N.Y. 2000) (abordando, entre otras cosas, las dificultades de los actores “para establecer los daños en el juicio”, las negociaciones de naturaleza independiente y en igualdad de condiciones, si los demandados pueden soportar una sentencia mayor, y el pequeño número de objeciones); *Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa U.S.A., Inc.*, 396 F.3d 96, 117 (2d Cir. 2005) (considerando nueve factores); *In re Warfarin Sodium Antitrust Litig.*, 391 F.3d 516, 534–535 (3d Cir. 2004) (considerando nueve factores); *Ngwanyia v. Gonzales*, 376 F. Supp. 2d 923, 928 (D. Minn. 2005) (considerando cuatro factores).

Como fuera señalado, muchos de los criterios utilizados por las cortes tiene un cuestionable valor probatorio. Por ejemplo, puede ser injustificado confiar en el número de objetores o de miembros de la clase que optaron por excluirse dado que “en promedio, menos del 1 por ciento de los miembros de la clase optan por excluirse y alrededor del 1 por ciento de los miembros de la clase objetan los acuerdos”, Theodore Eisenberg & Geoffrey Miller, *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, 57 Vand. L. Rev. 1529, 1532 (2004). Además, las objeciones pueden representar nada más que objeciones “enlatadas” promovidas por objetores profesionales que buscan acciones de clase simplemente para obtener alguna suma de dinero mediante el planteo de protestas genéricas y de poca ayuda. . .”, *Shaw v. Toshiba Am. Info. Sys., Inc.*, 91 F. Supp. 2d 942, 973–974 (E.D. Tex. 2000).

De la misma manera, el momento en que se celebra el acuerdo también puede tener una relevancia cuestionable a la hora de evaluar su justicia. En *Molski v. Gleich*, 318 F.3d 937 (9th Cir. 2003), la corte revocó un acuerdo de clase en un caso bajo la Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. § 12101 et seq. Uno de los fundamentos fue que “el actor nominal y los demandados alcanzaron un acuerdo sobre los componentes primarios del decreto consensuado dentro de los cuatro meses”. 318 F.3d at 955. Si bien no determinó la existencia de colusión *per se*, la corte señaló que el breve lapso de tiempo transcurrido hasta la celebración del acuerdo “indica que el actor nominal y los patrocinantes legales de la clase ‘no impulsaron o defendieron la acción con debida diligencia y prudencia razonable’”. Id. p. 956 (citas omitidas). En una opinión concurrente, el Juez Graber planteó su preocupación sobre el razonamiento de la mayoría respecto del momento en que el acuerdo fue celebrado:

La resolución temprana de disputas es saludable, y nosotros no deberíamos alentar los innecesarios gastos, demoras e incertidumbres que provoca un litigio extenso cuando las partes están preparadas para transigir. Tampoco deberíamos nosotros sostener, como lo hace la mayoría, que un rápido acuerdo sugiere necesariamente una falla en procesar o defender la acción con debida diligencia y prudencia razonable. Por el contrario, una resolución temprana puede demostrar que las partes y sus patrocinantes legales se encuentran bien preparados y bien conscientes de las fortalezas y debilidades de sus respectivas posiciones, así como también de los intereses que serán servidos mediante una amigable terminación del caso

318 F.3d p. 959 (citas omitidas). Esta Sección está de acuerdo con el enfoque del Juez Graber.

Para casos requiriendo un acentuado nivel de escrutinio cuando las partes buscan el acuerdo y la certificación simultáneamente, ver, por ejemplo, *In re Ins. Brokerage Antitrust Litig.*, MDL No. 1663, 2009 WL 2855855, p. *10 (3d Cir. Sept. 8, 2009); *Warfarin Sodium Antitrust Litig.*, 391 F.3d at 534; *Hanlon v. Chrysler Corp.*, 150 F.3d 1011, 1026 (9th Cir. 1998).

Comentario b. Para discusiones sobre el llamado rol “fiduciario” ejercido por las cortes en las acciones de clase, ver, por ejemplo, *Reynolds v. Beneficial Nat’l Bank*, 288 F.3d 277, 279–280 (7th Cir. 2002) (Posner, J.); Chris Brummer, Note, *Sharpening the Sword: Class Certification, Appellate Review, and the Role of the Fiduciary Judge in Class Action Lawsuits*, 104 Colum. L. Rev. 1042, 1058–1071 (2004). Para una discusión de la importancia de abordar la representatividad adecuada al momento de la audiencia sobre la justicia del acuerdo, ver G. Donald Puckett,

Capítulo 3

Note, *Peering Into a Black Box: Discovery and Adequate Attorney Representation for Class Action Settlements*, 77 Tex. L. Rev. 1271, 1294–1295 (1999).

Comentario c. Para casos imponiendo una presunción de que el acuerdo de clase es justo, ver, por ejemplo, *In re Cendant Corp. Litig.*, 264 F.3d 201, 232 n.18 (3d Cir. 2001) (aplicando una presunción de justicia cuando el acuerdo es negociado en forma independiente y en igualdad de condiciones luego de suficiente *discovery*, los proponentes tienen experiencia en litigios de clase y pocos miembros de la clase presentaron objeciones); *In re Heritage Bond Litig.*, Nos. 02-ML-1475-DT(RCX) et al., 2005 WL 1594403, at *11 (C.D. Cal. 10 de Junio de 2005) (presunción de justicia surge cuando el caso involucra un patrocinio letrado con experiencia, negociaciones libres y en igualdad de condiciones, y suficiente *discovery*).

Comentario d. Numerosas cortes han reconocido que una corte puede aceptar o rechazar un acuerdo pero no imponer términos sobre partes que no lo desean. Ver, por ejemplo, *Evans v. Jeff D.*, 475 U.S. 717, 726–727 (1986) (“[E]l poder para aprobar o rechazar un acuerdo negociado por las partes antes del juicio no autoriza a la corte a requerir a las partes que acepten un acuerdo que no han consensuado”); *In re Domestic Air Transp. Antitrust Litig.*, 148 F.R.D. 297, 305 (N.D. Ga. 1993) (“[La corte] no puede reescribir el acuerdo como fue solicitado por numerosos objetores”).

Comentario e. Varias cortes han tomado el enfoque presentado en la subsección (e) en cuanto requiere una nueva notificación sólo en el supuesto de darse cambios sustanciales adversos. Ver, por ejemplo, *In re Diet Drugs Prods. Liab. Litig.*, 226 F.R.D. 498, 506 (E.D. Pa. 2005) (no requiriendo nueva notificación para “cambios técnicos” en el acuerdo); *In re Compact Disc Minimum Advertised Price Antitrust Litig.*, 292 F. Supp. 2d 184, 186 (D. Me. 2003) (notificación sobre “mejoras” al acuerdo enviadas a objetores y a quienes optaron por excluirse, pero no al resto de los miembros de la clase). Otras cortes, sin embargo, no han requerido una nueva notificación siquiera ante la presencia de cambios sustanciales. Ver *Jack B. Weinstein & Karin S. Schwartz, Notes from the Cave: Some Problems of Judges in Dealing with Class Action Settlements*, 163 F.R.D. 369, 377 (1995) (discutiendo jurisprudencia en conflicto y argumentando que la notificación a la clase es requerida cuando los cambios en el acuerdo son materiales).

Efecto sobre el derecho vigente. Debido a que la jurisprudencia especifica precisos factores que una corte debe considerar al revisar un acuerdo, y debido también a que la consideración de tales factores varía de manera significativa de jurisdicción a jurisdicción, para implementar esta Sección sería necesario un cambio de reglas en la mayoría de las jurisdicciones.

§ 3.06 Aprobación del acuerdo de clase

- (a) **En cualquier supuesto que las partes busquen simultáneamente la certificación y la aprobación del acuerdo, el caso no necesita satisfacer todos los requisitos para la certificación de una clase con propósitos de litigar sino, en cambio, sólo los requisitos de las sub-secciones (b) y (c) de esta Sección.**
- (b) **Sujeto a la sub-sección (c) de esta Sección, una corte puede aprobar un acuerdo de clase si determina que el mismo satisface los criterios establecidos en § 3.05, y además determina que (1) existen cuestiones comunes significativas, (2) la clase es suficientemente numerosa como para permitir el tratamiento colectivo, y (3) la definición de la clase es suficiente para establecer quien está y quien no incluido en ella. La corte no necesita concluir que las cuestiones comunes predominen sobre las cuestiones individuales.**
- (c) **Además de satisfacer los requisitos de la sub-sección (b) de esta Sección, cuando se trata de una clase obligatoria que persigue certificación y aprobación de acuerdo, los proponentes del acuerdo deben también demostrar que las pretensiones comprendidas en el mismo involucran remedios indivisibles tal como se define a éstos en § 2.04.**
- (d) **Si un acuerdo de clase propuesto no es aprobado, ninguna declaración, representación o argumento utilizado por los proponentes del acuerdo en este contexto puede ser utilizado contra ellos en cualquier litigio subsiguiente sobre la certificación de la clase o cuestiones de mérito del asunto.**

Comentario:

a. Comparación con el derecho vigente. Algunos acuerdos de clase son alcanzados mucho tiempo después de que el caso es certificado como una acción de clase. En tales casos, cuando las cortes consideran los requisitos para la certificación de clase asumen que el proceso avanzará hacia el juicio, aun cuando la mayoría de los casos que son certificados como acciones de clase eventualmente se acuerdan (al igual que se acuerdan antes del juicio la mayoría de los casos que no son acciones de clase). En otros supuestos las partes alcanzan un acuerdo de clase tempranamente, antes de que la corte se haya siquiera pronunciado sobre la viabilidad de la certificación de clase

Capítulo 3

En esta última situación, al abordar los requisitos de la certificación de clase las cortes saben con certeza que, asumiendo que el acuerdo es aprobado y confirmado en apelación, el caso no irá a juicio.

Por muchos años las cortes y los comentaristas han debatido si los estrictos requisitos para certificar una acción de clase con propósito de litigarla deberían aplicar en el contexto de casos en los que la certificación es solicitada solamente con el propósito de lograr un acuerdo de clase. Según el derecho federal vigente, todos los requisitos para certificar una clase bajo la Regla 23(b)(3) aplican con respecto a una clase que sólo busca el acuerdo, excepto aquel que se refiere a la necesidad de que la corte considere “las probables dificultades para gestionar la acción de clase”. Algunos estados, en contraste, han adoptado reglas que eximen a este tipo de clase de los estrictos requisitos para certificar una clase con el propósito de litigar. Esta Sección no requiere que una clase al sólo efecto transaccional satisfaga todos los mismos requisitos que una clase certificada. Por ejemplo, las clases al sólo efecto transaccional no deberían sujetarse a una demostración rigurosa de que, en un juicio contencioso, las cuestiones comunes pesarían más que las cuestiones individuales. En la medida que haya suficiente carácter común entre las pretensiones para establecer que el caso es cohesivo en términos generales, la viabilidad del acuerdo no necesita depender de la satisfacción de un requisito de “predominancia”. Sin embargo, la inhabilidad para certificar una clase con propósitos de litigación puede ser importante evidencia de la falta de poder de los abogados de la clase para actuar en tal sentido y, por tanto, puede sugerir la posibilidad de una representación inadecuada. Ver § 3.05(a)(1).

Como la sub-sección (b) deja claro, ciertos requisitos fundamentales continúan siendo aplicables aun para clases con el sólo propósito de lograr un acuerdo. Todas las clases —sean para acuerdo o litigación— deben satisfacer los requisitos fundamentales básicos para certificar cualquier acción de clase, esto es, el carácter común de las pretensiones, la representatividad adecuada, y una definición de la clase que resulte suficiente para establecer quién está comprendido en ella y quién no. (El requisito de representatividad adecuada en la etapa de acuerdo está desarrollado en § 3.05(a)(1)). La corte, sin embargo, no necesita determinar que las cuestiones comunes superan en importancia a las cuestiones individuales. La eliminación de cualquier requisito mecánico que exija que las cuestiones comunes predominen en el caso debería ayudar a facilitar los acuerdos, siempre que se encuentren reunidos los indicios fundamentales de una representación justa y adecuada.

b. Acuerdos buscando certificación de una clase obligatoria. Las clases al sólo efecto transaccional que buscan la certificación como clase obligatoria presentan cuestiones especiales. El tratamiento obligatorio de clases que persiguen obtener remedios divisibles plantea cuestiones constitucionales de debido proceso (ver § 2.04) y es, como mínimo, fuertemente desfavorecido. En consecuencia, antes de que una corte pueda certificar como clase obligatoria a una clase propuesta al sólo efecto transaccional, los proponentes deben demostrar que las pretensiones comprendidas en el acuerdo involucran remedios indivisibles, además de satisfacer los otros requisitos necesarios para la aprobación del acuerdo de clase.

c. Efecto no vinculante de los argumentos presentados en apoyo de la certificación de una clase al sólo efecto transaccional. Un destacado caso ha creado un posible riesgo para los demandados que apoyan la certificación de una clase al sólo efecto transaccional: si el acuerdo no avanza, el demandado puede ser vinculado —en un proceso contencioso de certificación de clase— por haber concedido en la etapa de acuerdo que el caso era idóneo para certificación. Este uso de las declaraciones efectuadas en la etapa de acuerdo podría disuadir a los demandados de formular propuestas de acuerdos de clase debido al temor que, en caso de hacerlo, podrían dañar su posición si el acuerdo no se materializa o bien podrían generar declaraciones que tengan efecto preclusivo en otro litigio. La sub-sección (d) dejar claro que las posiciones tomadas sobre la certificación en la etapa de acuerdo no pueden ser utilizadas contra el declarante o su cliente en el contexto de un proceso de certificación de clase contencioso o en cualquier otro contexto. Por supuesto que la sub-sección (d) no impide a una corte imponer sanciones si los proponentes del acuerdo han tergiversado los beneficios del acuerdo propuesto o han tomado posiciones que no fueron razonablemente avanzadas con el propósito de mantener un acuerdo válido. Ver § 3.08(c).

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. El derecho federal vigente se encuentra establecido en *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997). Allí, la Corte revisó la decisión del Tercer Circuito en *Georgine v. Amchem Products, Inc.*, 83 F.3d 610 (3d Cir. 1996). En *Georgine*, el Tercer Circuito sostuvo que todos los requisitos para certificar una clase a los efectos de litigar aplican a una clase propuesta al sólo efecto transaccional. En *Amchem* la Suprema Corte sostuvo que, mientras “una corte de distrito no necesita indagar si el caso, de ser

Capítulo 3

enjuiciado, presentaría problemas de gestión insuperables”, ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(b)(3)(D), los otros requisitos de la Regla 23 “—aquellos diseñados para proteger a los ausentes bloqueando definiciones de clases injustificadas o excesivas— demandan una atención completa, incluso acentuada, en el contexto del acuerdo”. 521 U.S. p. 620.

Antes de *Amchem*, el Comité Consultivo sobre Reglas Civiles había estado considerando una propuesta de reforma (nueva Regla 23(b)(4)) que hubiera establecido lo siguiente: “[L]as partes de un acuerdo [pueden] requerir certificación bajo la subdivisión (b)(3) para propósitos de acuerdo, aun cuando los requisitos de la subdivisión (b)(3) puedan no estar reunidos para propósitos de enjuiciamiento”. 167 F.R.D. 559 (1997). Después de que la Suprema Corte decidió *Amchem*, el Comité Consultivo no avanzó con esta propuesta.

La propuesta del Comité Consultivo generó variadas reacciones. Para ejemplos de reacciones negativas, ver, entre otros, Christopher J. Willis, *Collision Course or Coexistence?* *Amchem Products v. Windsor and Proposed Rule 23(B)(4)*, 28 Cumb. L. Rev. 13, 27–36 (1997). Para reacciones favorables, ver, por ejemplo, Linda S. Mullenix, *The Constitutionality of the Proposed Rule 23 Class Action Amendments*, 39 Ariz. L. Rev. 615, 622–639 (1997); Eric D. Green, *What Will We Do When Adjudication Ends? We'll Settle in Bunches: Bringing Rule 23 into the Twenty-First Century*, 44 UCLA L. Rev. 1773, 1798–1799 (1997).

Para comentarios recientes criticando lo resuelto en *Amchem*, ver Elizabeth J. Cabraser, *The Class Action Counterreformation*, 57 Stan. L. Rev. 1475, 1476 (2005) (“[E]l multibillonario acuerdo rechazado por la Suprema Corte se perdió para siempre, y miles de reclamantes que hubieran negociado con gusto sus prístinos derechos de debido proceso por una compensación monetaria sustancial fueron consignados a la interminable espera que caracteriza las quiebras de compañías relacionadas con el amianto”).

Para reglas estatales que no requieren que las clases propuestas al sólo efecto transaccional deban cumplir los requisitos de una clase propuesta a efectos de litigar, ver, por ejemplo, La. Code Civ. Proc. Ann. art. 591(B)(4) (1997).

Sobre la preocupación de que la incapacidad de certificar una clase para litigar pueda comprometer la capacidad de los abogados de la clase para negociar un acuerdo favorable, ver, por ejemplo, *Amchem*, 521 U.S. p. 621; Charles Silver, “*We’re Scared to Death*”: *Class Certification and Blackmail*, 78 N.Y.U. L. Rev. 1357, 1368 (2003); John C. Coffee, Jr., *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, 95 Colum. L. Rev. 1343, 1379–1380 (1995).

La Corte de *Amchem*, al sostener que los requisitos de la Regla 23(a) y (b)(3) aplican a las clases propuestas al sólo efecto transaccional (con excepción del requisito de capacidad de gestión previsto en la Regla 23(b)(3) (D)), articuló dos justificaciones. Primero, la Corte señaló que el texto de la regla clausuraba la capacidad de la Corte para crear excepciones a los requisitos de certificación en el contexto de clases propuestas al sólo efecto transaccional, debido a que los requisitos de la Regla 23(a) y (b) aplican con independencia de que haya o no un acuerdo. 521 U.S. pp. 620–621. Esa justificación no restringe por sí misma una potencial reforma de la regla que podría proveer, como se sugiere aquí, criterios diferentes para las clases propuestas al sólo efecto transaccional.

Segundo, la Corte de *Amchem* señaló que, si una clase pudiera ser certificada sin satisfacer los requisitos de una clase propuesta a efectos de litigar, “los abogados de la clase confinados a las negociaciones por el acuerdo no podrían utilizar la amenaza del litigio para presionar por una mejor oferta . . .” Id. p. 593. Hay al menos dos dificultades con esta proposición. Para comenzar, en los casos de daños masivos frecuentemente la resolución global del asunto es impulsada por la presión de casos individuales. Bien puede ser que el patrocinio letrado de la clase tenga capacidad para utilizar la amenaza de litigar fuera del contexto colectivo para obtener un acuerdo colectivo favorable. Segundo, durante las negociaciones de un acuerdo previas a la certificación a menudo no está claro si la corte certificaría el caso para ser litigado. Con frecuencia es la posibilidad de certificación de clase —no la certeza— lo que lleva a las partes al acuerdo. A todo evento, la preocupación planteada por la corte se asienta en última instancia sobre la premisa de una falta de adecuada representación, lo cual requiere una indagación más amplia que aquella orientada simplemente a establecer la posibilidad de certificar la disputa global como una acción de clase para propósitos de litigación. La propuesta contenida aquí (que incorpora los criterios de § 3.05) especialmente requiere a la corte, en cualquier clase propuesta al sólo efecto transaccional, determinar que la clase haya sido adecuadamente representada. Un acuerdo al cual se arribe a través de una falta de poder de negociación adolecería de la ausencia de indicios sobre una representatividad adecuada y sería, casi con seguridad, tan deficiente que no podría satisfacer los criterios de justicia establecidos en § 3.05.

El principal efecto de esta propuesta sería reenfocar la atención sobre la representatividad adecuada y el justo tratamiento de los miembros de la clase en su relación con los demás y con el potencial valor de sus pretensiones. Este enfoque pondría la indagación judicial en la etapa del acuerdo de

Capítulo 3

clase fuera del escenario de un juicio hipotético para dirigirla hacia el crítico indicio de la representación adecuada.

Comentario c. Para un ejemplo de una corte sosteniendo que, bajo los particulares hechos de la causa, un demandado se encontraba judicialmente precluido para oponerse a la certificación de clase luego de haber apoyado la certificación de la clase al sólo efecto de obtener un acuerdo, ver *Carnegie v. Household Int'l, Inc.*, 376 F.3d 656, 660 (7th Cir. 2004) (Posner, J.) (razonando que “habiendo cosechado un beneficio gracias a su pertinaz defensa del tratamiento del caso como una acción de clase con el propósito de lograr un acuerdo, no puede permitirse ahora [a los demandados] buscar mayores beneficios revirtiendo su posición”).

Para críticas de *Carnegie* con fundamento en que aplica equivocadamente la preclusión judicial y desalienta a los demandados para intentar alcanzar acuerdos de clase, ver John B. Nelsen, Note, *Fast and Loose Litigants and Courts: Carnegie v. Household International, Inc. and the End of Settlement Classes*, 84 Tex. L. Rev. 541 (2005). De hecho, ya antes de *Carnegie* muchas cortes y comentaristas habían asumido que los demandados podían litigar completamente la cuestión de certificación de clase si el acuerdo propuesto no era aprobado. Id. p. 552 n. 52 (citando jurisprudencia y doctrina).

Para casos sosteniendo que las cortes deben ser más vigilantes al revisar la justicia de los acuerdos de clase cuando la petición de certificación y el acuerdo son presentados simultáneamente, ver las Notas de los Reporteros a § 3.05.

Efecto sobre el derecho vigente. Como se explica más arriba, las sub-secciones (a) y (c) se alejarían de la interpretación de la Regla 23 establecida en *Amchem*, y, por tanto, podrían potencialmente requerir un cambio de reglas en las jurisdicciones cuyos sistemas sobre acciones de clase fueron modelados siguiendo las Reglas Federales y que toman como guía la jurisprudencia federal. Con respecto a la sub-sección (d), un cambio de reglas no resulta necesario pero podría ser útil para dejar claro que una corte no puede dar efecto preclusivo a las manifestaciones efectuadas en el contexto del acuerdo.

§ 3.07 Acuerdos *Cy Pres*

Una corte puede aprobar un acuerdo que propone un remedio *cy pres* aun cuando un remedio de este tipo no pudiera ser ordenado en un caso contencioso. Para determinar si un remedio *cy pres* es apropiado, la corte debe aplicar los siguientes criterios:

- (a) **Si los miembros individuales de la clase pueden ser identificados a través de un esfuerzo razonable y los resultados son suficientemente grandes para tornar económicamente viables las distribuciones individuales, el producido del acuerdo debería ser distribuido directamente a los miembros individuales de la clase.**
- (b) **Si el acuerdo involucra distribuciones individuales a los miembros de la clase y luego de efectuarlas quedara un fondo disponible (porque algunos miembros de la clase no pudieron ser identificados o eligieron no participar), el acuerdo debería presumiblemente proveer nuevas distribuciones para los miembros de la clase a menos que los montos involucrados sean demasiado pequeños para tornar económicamente viable tales distribuciones adicionales o existan otras razones que tornen a éstas imposibles o injustas.**
- (c) **Si basada en los criterios establecidos en las sub-secciones (a) y (b) la corte determina que las distribuciones individuales no son viables, el acuerdo puede utilizar un enfoque *cy pres*. La corte, cuando sea factible, debería requerir a las partes que identifiquen un destinatario de los fondos cuyos intereses razonablemente se aproximen a los perseguidos por la clase. Si, y sólo si, luego de un minucioso análisis e investigación no puede identificarse ningún destinatario cuyos intereses se aproximen razonablemente a aquellos perseguidos por la clase, una corte puede aprobar un destinatario que no cumpla tal requisito.**

Comentario:

a. Fines del remedio cy pres. El remedio de *cy pres* tiene su origen en el contexto de los fondos de caridad. La idea era que si los precisos términos del testador no podían ser llevados a cabo (por ejemplo, porque una organización caritativa específica dejó de existir), la corte podría modificar el fondo de manera tal que pueda llevar adelante la intención del testador de la mejor manera posible (por ejemplo, seleccionando una entidad caritativa similar).

Un remedio relacionado, conocido como *fluid recovery*, provee respuesta a futuros consumidores para aproximarse razonablemente a los intereses perseguidos por la clase afectada cuando los miembros de ésta no pueden

Capítulo 3

ser razonablemente identificados. Esta Sección utiliza el término *cy pres* de manera amplia para referirse a ambos tipos de remedio.

En el marco de acuerdos, las cortes han aprobado remedios *cy pres* en dos situaciones. Primero, muchas cortes autorizan acuerdos que dirigen fondos a una tercera parte cuando éstos sobran luego de que todas las pretensiones individuales fueron satisfechas. Sujeto a una estricta excepción en la subsección (c), esta Sección aprueba este tipo de *cy pres* sólo cuando no es factible realizar nuevas distribuciones a los miembros de la clase y los intereses del tercero a quien se destinan los fondos se aproximan a los intereses de los miembros de la clase. Segundo, algunas cortes autorizan acuerdos que requieren exclusivamente un pago a un tercero; esto es, que no proveen suma alguna para ser distribuida directamente a los miembros de la clase. El remedio de *fluid recovery* encuadra en esta segunda categoría. Esta Sección aprueba este último tipo de remedio *cy pres* sólo cuando la distribución de fondos directamente a los miembros de la clase no resulta factible y los intereses del tercero destinatario de tales fondos se aproximan a los intereses de la clase.

b. Circunstancias en que el remedio cy pres resulta apropiado. Esta Sección parte de la premisa que los fondos generados a través de la litigación colectiva de pretensiones divisibles son presuntamente propiedad de los miembros de la clase (y que el acuerdo no ha sido estructurado de modo tal que cualquier fondo remanente vuelva al demandado). Partiendo de ese punto de ventaja, en general esta Sección permite remedios *cy pres* sólo cuando las distribuciones directas a los miembros de la clase no son factibles -sea porque éstos no pueden ser razonablemente identificados o porque la distribución involucraría montos tan pequeños que, debido a los costos administrativos involucrados, la distribución no sería económicamente viable. En circunstancias de este tipo, debería haber una obligación presunta de otorgar cualquier fondo remanente a una entidad que se asemeje, en su composición o propósito, a los miembros de la clase o sus intereses.

Aun asumiendo que los miembros de la clase pueden ser razonablemente identificados y que las distribuciones directas tienen sentido económico, puede ocurrir que queden fondos porque algunos miembros de la clase no pudieron ser identificados o eligieron no presentar sus pretensiones. Bajo esta Sección, asumiendo que nuevas distribuciones a los miembros de la clase previamente identificados serían económicamente viables, este enfoque es preferible a las distribuciones *cy pres*. Esta Sección rechaza la posición impulsada por algunos pocos comentaristas según la cual el remedio *cy pres* es preferible a realizar nuevas distribuciones a favor de los miembros de la clase. Tales comentaristas razonan que nuevas distribuciones podrían

constituir una ganancia extraordinaria para esos miembros de la clase. Sin embargo, pocos acuerdos otorgan el 100 por ciento de las pérdidas de los miembros de la clase y, por tanto, en la mayoría de los casos es poco probable que nuevas distribuciones a los miembros de la clase puedan resultar en más que un recupero del 100 por ciento para esos miembros. A todo evento, esta Sección considera que en la mayoría de las circunstancias las distribuciones dirigidas a los miembros de la clase se aproximan mejor a las finalidades del derecho sustantivo que las distribuciones a terceras partes que no fueron directamente dañadas por la conducta del demandado.

El *cy pres* es preferible a otras opciones disponibles para una corte cuando las distribuciones directas no son viables. Una opción es devolver los fondos remanentes al demandado aun cuando el acuerdo no contenga una previsión expresa de reversión. Esta opción, sin embargo, socavaría la función disuasoria de las acciones de clase y las bases de derecho sustantivo que operan como fundamento del recupero al premiar al alegado infractor simplemente porque la distribución a la clase no sería viable. Otra opción, pasar los bienes al estado como ocurre en los casos de herencias vacantes, beneficiaría a todos los ciudadanos de igual manera, aun a quienes no hubieran sido dañados por la alegada conducta del demandado. Un remedio *cy pres* otorgado a favor de un destinatario cuyos intereses se aproximan mucho a los intereses de la clase es preferible a cualquiera de ambas opciones.

La Sección 3.07(c) provee que si no es posible una sentencia a favor de un destinatario cuyos intereses se aproximen razonablemente a los intereses de la clase, la corte puede designar un destinatario alternativo. En la práctica, el nivel de esfuerzos que una corte y las partes deben realizar para identificar un destinatario cuyos intereses se aproximen razonablemente a los de la clase será necesariamente variable en función de los hechos del caso, especialmente del monto de distribución en juego. Para montos pequeños, una corte puede estar más inclinada a aprobar una organización como destinataria sin realizar una extensa investigación sobre otras entidades disponibles, mientras que cuando hay más dinero en juego se requerirá una búsqueda más exigente.

Un remedio *cy pres* no debería ser ordenado si la corte o cualquiera de las partes tienen una relación previa significativa con el pretendido destinatario que pudiera generar sustanciales interrogantes sobre si la selección de éste fue realizada en base a sus méritos.

Bajo la sub-sección (c), antes de aprobar un destinatario cuyos intereses no se aproximan a los intereses de la clase, la corte debe determinar que nuevas distribuciones directas hacia los miembros de la clase no son factibles

Capítulo 3

y que, a pesar de una exhaustiva investigación y análisis, no pudo hallarse ningún destinatario que se aproxime a los intereses de la clase. Una vez que realizó esas determinaciones y se encuentra en proceso de seleccionar un destinatario apropiado, la corte debería dar peso a las elecciones de las partes, tal como hayan sido manifestadas en el acuerdo, respecto de quien debería ser tal destinatario. Si el acuerdo no designa un destinatario, la corte designará un destinatario apropiado luego de solicitar la opinión de las partes sobre el asunto. A menos que la corte realice las determinaciones específicas requeridas por la sub-sección (c), el *cy pres* no puede utilizarse cuando no existe un nexo estrecho entre el destinatario propuesto y la clase, con independencia de qué tan “digno” la corte y las partes consideren a dicho destinatario.

Nada en esta Sección requeriría que un acuerdo efectivamente recupere dinero para los miembros de la clase, en la medida que la clase tenga conocimiento de tal hecho por medio de una notificación del acuerdo apropiadamente elaborada. Por ejemplo, nada en esta Sección prohíbe un acuerdo que se limite exclusivamente a un remedio inyuntivo. De igual modo, nada en esta Sección limita la capacidad de las legislaturas para designar destinatarios apropiados de fondos remanentes en ciertas circunstancias particulares, incluyendo a los proveedores de servicios legales gratuitos.

Ejemplos:

1. Una compañía de taxi supuestamente cobró sobrepagos por sus servicios durante un período de cuatro años previos al inicio de la demanda. Los miembros de la clase específicamente dañados no pueden ser identificados, y aun si pudieran serlo el monto que típicamente le correspondería a cada uno de ellos probablemente sería muy pequeño. Las partes proponen un acuerdo por el cual la compañía reducirá la tarifa de taxi durante un período de tiempo para compensar por los sobrepagos. Si bien los beneficiarios del acuerdo (futuros pasajeros) no son idénticos a los miembros de la clase dañada, el remedio es un esfuerzo, tan cercano como es posible, para compensar a las víctimas. Un acuerdo de este tipo configura una forma adecuada de distribuir el producido de la clase (dejando a un lado la discusión sobre si podría afectar injustamente a compañías de taxi competidoras).
2. En una demanda por discriminación laboral que involucra a 100 individuos Afro-Americanos como miembros de la clase en recla-

mo de más de \$50.000 cada uno, las partes proponen un acuerdo que dispone un pago de \$5 millones al Fondo de Defensa Legal de la NAACP. El acuerdo es impropio ya que el empleador tiene la información de contacto de todos o la mayoría de los miembros de la clase y los montos involucrados son suficientemente altos para esperar que la mayoría de ellos promueva sus pretensiones. Por otro lado, si un acuerdo establece pagos individuales a los miembros de la clase y al final del período para presentar peticiones quedan fondos remanentes por un total de \$5 millones, la donación de esta suma a una entidad que beneficie indirectamente a los miembros de la clase y otras víctimas de discriminación racial, tal como el Fondo de Defensa Legal de la NAACP, resultaría apropiada si los pagos adicionales a los miembros de la clase identificados no sería económicamente viable.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. Esta Sección aborda los acuerdos en que las partes establecen un remedio de *cy pres*, como algo distinto a la situación en que es una corte la que ordena una distribución *cy pres* como remedio en una acción de clase contenciosa.

Para comentarios discutiendo la diferencia entre el *cy pres* tradicional y el *fluid recovery*, ver Martin H. Redish, Peter Julian, & Samantha Zyontz, *Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis* at 59–60 (manuscrito no publicado, disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=1485047> (visitado por última vez el 11 de Agosto de 2013).

Para autoridades discutiendo la historia del remedio de *cy pres* y su aplicación a las acciones de clase, ver, por ejemplo, *Mirfasihi v. Fleet Mortgage Corp.*, 356 F.3d 781, 784–785 (7th Cir. 2004) (Posner, J.); *In re Lupron Marketing and Sales Practices Litig.*, No. 01-CV-10861-RGS, 2009 WL 1395411, pp. *1–*2 (D. Mass. May 19, 2009) (citando un borrador previo de estos Principios del Derecho de los Procesos Colectivos); *S.E.C. v. Bear Stearns & Co.*, 626 F. Supp. 2d 402, 414 (S.D.N.Y. 2009) (igual); *Schwab v. Phillip Morris U.S.A., Inc.*, 449 F. Supp. 2d 992, 1251–1271 (E.D.N.Y. 2006), *rev'd*, *McLaughlin v. Philip Morris*, 522 F.3d 215 (2d Cir. 2008); Susan Beth Farmer, *More Lessons from the Laboratories: Cy Pres Distributions in Parens Patriae Antitrust Actions Brought By State Attorneys General*, 68 *Fordham L. Rev.*

Capítulo 3

361, 391–399 (1999). Ver también Robert H. Klonoff & Mark Herrmann, *The Class Action Fairness Act: An Ill-Conceived Approach to Class Settlements*, 80 Tul. L. Rev. 1695, 1704–1705 (2006) (argumentando que “el *cy pres* debería . . . estar disponible . . . cuando porciones del fondo obtenido por un acuerdo probablemente no serán objeto de reclamo”).

Para ejemplos de una corte utilizando la doctrina *cy pres* a fin de desembolsar fondos sobrantes del acuerdo después de que todos los actores habían sido satisfechos, ver *In re Publication Paper Antitrust Litigation*, Nos. 3:04 MD 1631(SRU) et al., 2009 WL 2351724, pp. *1–*2 (D. Conn. July 30, 2009) (“Con respecto a la aprobación del acuerdo que establece un remedio *cy pres*, [un borrador previo de estos Principios del Derecho de los Procesos Colectivos] propuso una regla limitando el *cy pres* a “circunstancias en las cuales la distribución directa a los miembros individuales de la clase no es económicamente factible, o donde quedan fondos remanentes después de que los miembros de la clase recibieron una completa oportunidad para promover una pretensión.””) (citando *Masters v. Wilhelmina Model Agency, Inc.*, 473 F.3d 423, 436 (2d Cir. 2007)); *In re Tyco Intern., Ltd. Multi-district Litig.*, 535 F. Supp. 2d 249, 262 (D.N.H. 2007) (también citando un borrador previo de estos Principios como acorde con la decisión de la corte de aplicar la doctrina *cy pres* una vez que los desembolsos prorrateados a favor de los miembros de la clase no son “económicamente viables”).

Para autoridad sosteniendo que un remedio *cy pres* no puede ser usado en una acción de clase contenciosa a fin de evitar problemas de capacidad de gestión, ver, por ejemplo, *McLaughlin v. Am. Tobacco Co.*, 522 F.3d 215, 231–233 (2d Cir. 2008); *Six (6) Mexican Workers v. Ariz. Citrus Growers*, 904 F.2d 1301, 1305 (9th Cir. 1990). Numerosas cortes, sin embargo, han indicado que los remedios *cy pres* pueden ser permisibles en acuerdos de clase. Ver, por ejemplo, *Masters*, 473 F.3d pp. 435–436; *Six Mexican Workers*, 904 F.2d p. 1305. Pero aun sobre este punto las cortes están divididas. Por ejemplo, el Noveno Circuito ha afirmado que, aun en el contexto de un acuerdo, un remedio *cy pres* puede “eludir requisitos probatorios individualizados y alterar los derechos sustantivos en disputa”. *Molski v. Gleich*, 318 F.3d 937, 954 (9th Cir. 2003).

Para un ejemplo del uso de *cy pres* en el contexto de acuerdos debido a la inviabilidad de realizar distribuciones directas a los miembros de la clase, ver *Block v. McDonald’s Corp.*, No. 00 CH 9137 (Cir. Ct. of Cook County, Ill. Oct. 30, 2002), disponible en <http://www.edcombs.com/CM/Notices/Notices233.asp> (última visita el 11 de Agosto de 2013) (aprobando un acuerdo de clase en un caso donde se alegaba que McDonald’s utilizaba grasa

de buey o extracto de ternera para preparar las papas fritas y las papas con cebolla, a pesar de representar en sus publicidades que esas comidas estaba cocinadas en aceite vegetal; McDonald's acordó pagar \$10 millones a varias organizaciones de vegetarianos y de nutrición). Para otros ejemplos, ver *Bruno v. Superior Court*, 179 Cal. Rptr. 342 (Cal. Ct. App. 1981) (caso alegando fijación ilegal de los precios de la leche y buscando, entre otras cosas, una baja de tales precios en el área afectada); Kerry Barnett, *Equitable Trusts: An Effective Remedy in Consumer Class Actions*, 96 Yale L.J. 1591 (1987) (dando ejemplos de casos). Para un ejemplo del uso creativo de *cy pres* por parte de una corte en un complejo acuerdo que involucraba millones de miembros de una clase, ver *In re Holocaust Victim Asset Litig.*, 424 F.3d 132 (2d Cir. 2005) (una de varias sentencias del Segundo Circuito confirmando el uso de *cy pres* por la corte para distribuir parte del acuerdo por \$1,25 billones entre las víctimas del saqueo Nazi más necesitadas).

Sobre la importancia de asegurar que, de ser posible, las sumas obtenidas vayan a los miembros de la clase en el contexto de casos por discriminación racial, ver Michael Selmi, *The Price of Discrimination: The Nature of Class Action Employment Discrimination Litigation and Its Effects*, 81 Tex. L. Rev. 1249, 1249–1252 (2003) (urgiendo un incremento en la participación de la corte para asegurar “mayores indemnizaciones monetarias para los actores y monitorear el acuerdo”); ver también Derrick A. Bell, Jr., *Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation*, 85 Yale L.J. 470 (1976).

En circunstancias excepcionales, las cortes pueden usar su discreción para determinar el modo de desembolsar fondos después de que todas las pretensiones de la clase han sido satisfechas. Por ejemplo, en *In re Pharmaceutical Industry Average Wholesale Price Litigation*, —F.3d—, 2009 WL 3933088 (1st Cir., 19 de Noviembre de 2009), la corte se basó en un borrador previo de estos Principios del ALI al determinar que la distribución *cy pres* era apropiada en un litigio sobre el precio de drogas utilizadas como parte del tratamiento del cáncer de próstata. La corte entendió que la creación de un fondo *cy pres* era apropiada ya que todos los miembros de la clase recibirían una indemnización triplicada de los daños sufridos antes de la distribución de cualquier fondo, asegurando por tanto una compensación estatutaria completa para la clase, y los montos residuales serían utilizados para financiar investigación o tratamientos relacionados con el cáncer de próstata. *Id.* p. *9.

Comentario b. Para autoridad sosteniendo que los remedios *cy pres* deberían ser usados sólo cuando resulta difícil identificar a los miembros

Capítulo 3

de la clase, cuando los fondos involucrados son demasiado pequeños para distribuirlos económicamente a los miembros individuales de la clase, o bien cuando existen fondos no reclamados, ver *Masters*, 473 F.3d pp. 435–436. Para una discusión sobre la necesidad de designar un destinatario “tan cercano como sea posible” a la clase, ver id.

Para comentarios impulsando el uso del remedio *cy pres* por sobre las nuevas distribuciones a los miembros de la clase, ver, por ejemplo, Farmer, *More Lessons*, 68 Fordham L. Rev. at 393 (distribuir fondos remanentes después de la distribución inicial a los miembros de la clase que presentaron sus pretensiones “es inequitativo porque los miembros de la clase que han sido compensados en su totalidad por los daños sufridos no tienen una pretensión legítima sobre ningún resto”).

Para ejemplos de remedios *cy pres* que no están contemplados en esta Sección porque no tienen un nexo con la clase, carecen de determinaciones específicas en cuanto a que nuevas distribuciones a los miembros de la clase no son factibles, y no contienen determinaciones específicas en cuanto a la imposibilidad de encontrar algún destinatario que se aproxime a los intereses de la clase, ver, por ejemplo, *Superior Beverage Co., v. Owens-Illinois, Inc.*, 827 F. Supp. 477 (N.D. Ill. 1993) (en un caso de alegada fijación de precios de envases de vidrio, la corte distribuyó los fondos no reclamados entre un museo de arte y varias organizaciones de servicios legales); *Jones v. Nat'l Distillers*, 56 F. Supp. 2d 355 (S.D.N.Y. 1999) (fondos no distribuidos en un caso de fraude accionario asignados a una sociedad de prestación de servicios legales gratuitos).

Para disposiciones legislativas permitiendo que los fondos residuales sean distribuidos entre organizaciones de servicios legales y ciertas organizaciones caritativas, ver, por ejemplo, Cal. Civ. Proc. Code § 384 (West 2004); 735 Ill. Comp. Stat. 5/2-807 (2008).

El Ejemplo 1 está basado en *Daar v. Yellow Cab Co.*, 433 P.2d 732 (Cal. 1967). Ver *Blue Chip Stamps v. Superior Court*, 556 P.2d 755, 760 n.1 (Cal. 1976) (Tobriner, J., voto concurrente) (discutiendo el acuerdo de *Daar*).

Efecto sobre el derecho vigente. La jurisprudencia ha tomado varios enfoques sobre qué tipos de remedios *cy pres* son permisibles en caso de avanzarse con alguno. En algunas jurisdicciones, un cambio de reglas puede ser necesario para establecer las precisas circunstancias en que los remedios *cy pres* pueden ser autorizados.

§ 3.08 Rechazo por la corte del acuerdo propuesto; honorarios de abogados para y en contra de los objetores

- (a) **Una corte que rechaza un acuerdo propuesto en su totalidad puede ordenar la designación de nuevos abogados y de un nuevo representante de la clase. La corte puede también ordenar el pago de honorarios de abogados de un fondo común por los esfuerzos realizados en beneficio de los miembros de la clase que objetan y logran, de ese modo, mejorar el acuerdo para la clase o alguna sub-clase. Tales honorarios están relacionados con la magnitud de la mejora en el recuperó final de los miembros de la clase.**
- (b) **Si los objetores demuestran que el acuerdo debería ser rechazado en su totalidad, y si una sentencia de clase o acuerdo es obtenido después en un nuevo o reconfigurado caso involucrando básicamente las mismas alegaciones de infracción, debería permitirse a los objetores del primer acuerdo recuperar honorarios razonables si pueden demostrar que sus esfuerzos previos fueron un instrumento para sentar las bases del consiguiente beneficio para la clase.**
- (c) **Si los objetores tienen éxito en sus impugnaciones al acuerdo y pueden mostrar que las posiciones de actores y demandados tergiversaron los beneficios del acuerdo propuesto y no fueron avanzadas razonablemente con el propósito de sostener un acuerdo válido, la corte debería condierar la imposición de sanciones contra los abogados de la clase, los abogados del demandado o las partes conforme el derecho aplicable.**
- (d) **Si la corte concluye que los objetores han formulado objeciones insustanciales y no orientadas razonablemente a obtener el rechazo o una mejora en el acuerdo, la corte debería condierar imponer sanciones contra los objetores o sus abogados conforme el derecho aplicable.**

Comentario:

a. Comparación con el derecho vigente. Un acuerdo de clase propuesto que es rechazado por la corte puede poner en discusión la representatividad adecuada de los miembros de la clase ausentes. Cuando el acuerdo es re-

Capítulo 3

chazado como resultado de impugnaciones formuladas por objetores, éstos se convierten, de hecho, en los guardianes de los intereses de la clase. Esta Sección aborda el poder de las cortes para reconocer en tales circunstancias las contribuciones al avance de los intereses de la clase. Primero tenemos el poder de la corte para volver sobre el rol de los representantes y abogados de la clase a fin de reconsiderar si alguno de ellos, o ambos, sirvieron como representantes adecuados. Segundo, debe haber un correspondiente poder para recompensar los esfuerzos realizados por los objetores en beneficio de la clase, pero sólo en los supuestos en que las objeciones son sustanciales y meritorias. De acuerdo con la práctica reciente en el ámbito de las acciones de clase, en algunos supuestos los abogados de los objetores son compensados como resultado de acuerdos laterales con los abogados de la clase y los abogados de la defensa. La prospectiva de tales acuerdos provee un incentivo para formular objeciones insustanciales, y a menudo pone a los abogados de la clase en una situación comprometida en la cual no pagar a los objetores podría demorar, e incluso socavar, un buen acuerdo de clase. Debido a las reformas del año 2003 a la Regla 23(e), los acuerdos laterales de este tipo deben ahora ser descubiertos a la corte, removiendo así de la ecuación un elemento de astucia estratégica.

Si bien las objeciones estratégicas son una preocupación, hay circunstancias apropiadas en que los abogados de los objetores son recompensados con honorarios por la corte, aun en ausencia de un acuerdo lateral. El fundamento apropiado para una recompensa de honorarios a favor de los abogados de los objetores finca en que éstos han logrado que la clase o cierto segmento de ella alcance un mejor acuerdo. Esto se encuentra en marcado contraste con casos en que los honorarios son pagados a los abogados de los objetores no porque éstos hayan formulado objeciones válidas sino porque han amenazado prolongar el procedimiento apelando el acuerdo con fundamentos insustanciales y demorando de ese modo las distribuciones a los miembros de la clase y sus abogados. Esta Sección está diseñada para recompensar a los abogados de los objetores por impugnaciones legítimas que mejoren materialmente el acuerdo, pero al mismo tiempo autoriza a las cortes a brindar una respuesta adecuada a las objeciones que son insustanciales o irrazonables.

Esta Sección también está diseñada para llenar una seria laguna en el derecho vigente: la ausencia de algún mecanismo para compensar objetores que tienen éxito en convencer a la corte de rechazar completamente un acuerdo. Debido a esa laguna, los abogados de legítimos objetores tienen pocos incentivos para impugnar cuando el eventual resultado favorable de

su intervención sería invalidar todo el acuerdo. Al autorizar la regulación de honorarios cuando hay un acuerdo o sentencia posterior, esta Sección se encuentra diseñada para facilitar la formulación de legítimas objeciones, aun cuando éstas puedan resultar en la invalidación del acuerdo completo. Esta Sección también subraya la autoridad de la corte, conforme el derecho aplicable, para imponer sanciones sobre los abogados de los actores, los abogados del demandado o las partes cuando las posiciones en contra de los objetores no fueron avanzadas razonablemente con el propósito de sostener un acuerdo válido.

b. Utilidad de los objetores. Las objeciones formuladas de buena fe a un acuerdo pueden ser útiles para la corte al iluminar problemas que probablemente no hayan sido señalados por los abogados de la clase ni por los abogados de la defensa, cuyos intereses están unidos en apoyo del acuerdo. Por otra parte, debido a otros asuntos urgentes o bien a la necesidad de mover sus expedientes, una corte puede no estar en condiciones por sí misma de dar al acuerdo un escrutinio suficiente para descubrir potenciales problemas.

Al mismo tiempo, los objetores plantean potenciales preocupaciones. Algunas objeciones no representan un esfuerzo de buena fe para mejorar el acuerdo sino, en cambio, son simplemente un esfuerzo orientado a asegurar honorarios para los abogados del objetor. Una objeción infundada, seguida de una apelación después de que la objeción es rechazada, puede demorar la finalización del acuerdo por meses o incluso años.

La tarea de la corte es efectuar un balance entre la necesidad de imponer sanciones en un caso particular y la preocupación de que la amenaza de tales sanciones puede disuadir la formulación de legítimas objeciones.

c. Penalidades por objeciones indebidas. Bajo esta Sección, si la corte concluye que las objeciones levantadas eran insustanciales y objetivamente irrazonables, no debería dudar en cargar a los abogados de los objetores con el pago de costos y honorarios (y, en situaciones de extrema gravedad, a los propios objetores). Sin embargo, al considerar esta alternativa, la corte debería optar por no ordenar tal pago a cargo de los abogados del objetor a menos que la conducta abusiva resulte clara. Esta Sección avizora que las sanciones serán aplicadas en base al derecho existente (por ejemplo, Reg. Fed. de Proc. Civ. 11, 28 U.S.C. § 1927). Sin embargo, si una jurisdicción en particular no tiene reglas que establezcan sanciones para cubrir esta situación, puede ser necesaria la adopción de un estatuto o regla en la materia.

Capítulo 3

Ejemplos:

1. En la audiencia sobre la justicia del acuerdo, varios objetores cuestionan con éxito el acuerdo celebrado en un caso de consumo de productos elaborados. La corte, basada en las objeciones, concluye que los procedimientos para promover pretensiones eran confusos, costosos y engorrosos, lo cual probablemente desalentaría de avanzar en tal sentido a muchos o la mayoría de los miembros de la clase. Como resultado, la corte rechaza el acuerdo en su totalidad. El caso se acuerda posteriormente utilizando procedimientos nuevos y simplificados para las pretensiones individuales de los miembros de la clase. La corte puede otorgar honorarios razonables a los objetores que cuestionaron con éxito el acuerdo previo.
2. En una audiencia preliminar para considerar un acuerdo propuesto en una acción de clase en defensa de la competencia, varios objetores cuestionan el acuerdo con fundamento en que el período de 45 días para optar por excluirse es demasiado corto, aun cuando numerosos acuerdos similares han sido aprobados con períodos para optar por excluirse de entre 30 y 45 días. Los abogados de los objetores amenazan apelar el acuerdo y prolongar el procedimiento a menos que este período para optar por excluirse sea modificado, a pesar de que hay poca o ninguna autoridad para la particular objeción que está siendo formulada, y aun cuando esa objeción sería rechazada en última instancia tanto por la corte de juicio como por la corte de apelación. Al rechazar la objeción, la corte de juicio tiene discreción para imponer costos y honorarios a cargo de los objetores o sus abogados si esto resulta permitido bajo el derecho aplicable. En la mayoría de los casos las sanciones deberían ser impuestas sólo sobre los abogados de los objetores y no sobre estos últimos.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. Para una discusión de los procedimientos que siguen las objeciones a los acuerdos de clase, ver, por ejemplo, *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 21.643, pp. 326–328 (2004).

Comentario b. Para una discusión de los problemas de colusión en acuerdos de clase, ver, por ejemplo, John C. Coffee, Jr., *Understanding the Plaintiff's Attor-*

ney: *The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions*, 86 Colum. L. Rev. 669, 715–716 (1986); Susan P. Koniak & George M. Cohen, *In Hell There Will Be Lawyers Without Clients or Law*, 30 Hofstra L. Rev. 129, 145–155 (2001).

Para una discusión de las dificultades presentes a la hora de asegurar que la corte de juicio realice un análisis cuidadoso de los acuerdos de clase, ver, por ejemplo, Samuel Issacharoff, *Class Action Conflicts*, 30 U.C. Davis L. Rev. 805, 829 (1997); John C. Coffee, Jr., *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, 100 Colum. L. Rev. 370, 389 (2000).

Para una propuesta que permitiría a los objetores pujar por el derecho a servir como abogados líderes de la clase, ver Geoffrey P. Miller, *Competing Bids in Class Action Settlements*, 31 Hofstra L. Rev. 633 (2003).

Para autoridad permitiendo a las cortes asignar honorarios con fundamento en la “contribución relativa de las firmas y abogados individuales a la obtención del resultado final del litigio”, ver *In re Diet Drugs Prods. Liab. Litig.*, No. Civ. A. 99-20593, MDL 1203, 2003 WL 21641958, p. *6 (E.D. Pa. 15 de Mayo de 2003). Para autoridad sobre la capacidad de las cortes de gravar equitativamente las contribuciones realizadas por los abogados, ver *In re Diet Drugs Prods. Liab. Litig.*, No. 08-2387, 2009 WL 3212548 (3d Cir. 8 de Octubre de 2009).

Sobre la necesidad y utilidad de los objetores, ver, por ejemplo, *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 21.643, p. 326 (2004); *Reynolds v. Beneficial Nat'l Bank*, 288 F.3d 277, 287–288 (7th Cir. 2002) (Posner, J.); *Crawford v. Equifax Payment Servs. Inc.*, 201 F.3d 877, 881 (7th Cir. 2000) (Easterbrook, J.); *Bell Atlantic Corp. v. Bolger*, 2 F.3d 1304, 1310 (3d Cir. 1993).

Para una discusión del indebido rol que algunas veces juegan los objetores demorando acuerdos legítimos, ver, por ejemplo, *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 21.643, at 326 (2004); William B. Rubenstein, *The Fairness Hearing: Adversarial and Regulatory Approaches*, 53 UCLA L. Rev. 1435, 1448–1451 (2006); Richard A. Nagareda, *Administering Adequacy in Class Representation*, 82 Tex. L. Rev. 287, 375–377 (2003); Edward Brunet, *Class Action Objectors: Extortionist Free Riders or Fairness Guarantors*, 2003 U. Chi. Legal F. 403. Para un reconocimiento del problema que implica el hecho que, bajo el derecho vigente, los objetores que invalidan con éxito un acuerdo completo no reciben honorario alguno, ver, por ejemplo, Rubenstein, *Fairness Hearing*, 53 UCLA L. Rev. at 1450; Koniak & Cohen, *In Hell There Will Be Lawyers Without Clients or Law*, 30 Hofstra L. Rev. at 154.

Efecto sobre el derecho vigente. La sub-sección (a) refleja jurisprudencia vigente y no requiere un cambio de reglas. Podría decirse que la sub-sección (b)

Capítulo 3

no requiere un cambio de reglas, aun cuando las cortes raramente, si es que alguna vez, asignan honorarios basados en las acciones de los objetores para demostrar que un acuerdo previo debería ser rechazado. Las sub-secciones (c) y (d) requieren un cambio de reglas sólo en aquellas jurisdicciones cuyas reglas vigentes en materia de sanciones no sean suficientemente amplias para cubrir estas situaciones.

§ 3.09 *Special Officers, Special Masters, expertos y otros adjuntos designados por la corte*

- (a) **Además de considerar las opiniones de los objetores, en circunstancias apropiadas la corte puede designar uno o más asistentes cuya función es ayudar a asegurar que cualquier acuerdo de clase sea justo y razonable en lo que respecta a su negociación e implementación. Tales asistentes pueden incluir, enter otros, a:**
- (1) **un *special officer*, cuya función es revisar cuestiones desde la perspectiva de la clase; o**
 - (2) **un *special master*, cuya función es servir como asesor neutral de la corte con respecto a la justicia del acuerdo y la representatividad adecuada de las subdivisiones de la clase.**
- (b) **La corte puede designar su propio experto para analizar aspectos técnicos o científicos de un acuerdo propuesto.**
- (c) **La corte puede solicitar la opinión de oficiales federales o estatales apropiados con respecto a la justicia del acuerdo propuesto, otorgando a las partes una oportunidad para responder a cualquier opinión ofrecida.**
- (d) **Al designar un oficial adjunto de la corte, ésta debería efectuar un balance entre el probable costo y demora que insumirá tal designación y los beneficios que ella puede acarrear.**

Comentario:

a. Funciones de los asistentes designados por la corte.

(1) *Special officers.* Ocasionalmente las cortes han designado *special officers*

(algunas veces contemplados como guardianes *ad litem* en el derecho estatal que controla el caso o en la jurisprudencia). Estos individuos funcionan como defensores adicionales para proteger los intereses de los miembros de la clase (o de un segmento de ella). Desarrollan sus tareas junto con los abogados de la clase pero no asociados a ellos, y parte de su misión es monitorear la conducta de tales abogados con la finalidad de identificar circunstancias en las que éstos no se encuentren representando adecuadamente a la clase, incluyendo situaciones de posible colusión entre los abogados de la clase y los de la defensa. Dos preocupaciones que reconocen los comentaristas son que (1) los *special officers* designados después de que un acuerdo es alcanzado pueden llegar demasiado tarde en el procedimiento como para tener un rol significativo, y (2) el *special officer* puede carecer de información suficiente para proveer una supervisión significativa. Posibles soluciones para el primer problema son designar al *special officer* antes de que cualquier acuerdo sea alcanzado, o bien hacerlo para que busque, de acuerdo con la legislación aplicable, testimonio de cualquier intermediador que haya participado en las negociaciones del acuerdo a fin de establecer si éstas fueron de naturaleza independiente y se desarrollaron en igualdad de condiciones. Una potencial solución para el segundo problema es proveer al *special officer* de las herramientas del *discovery* a fin de que pueda acceder a la información necesaria. En general, los *special officers* no deberían ser necesarios ya que los objetores pueden cumplir normalmente la función de plantear cuestionamientos al acuerdo.

(2) *Neutrales o special masters*. A diferencia de los *special officers*, que defienden los intereses de la clase o de un segmento de ella, los terceros neutrales o *special masters* son designados para proveer a la corte una mirada objetiva. Estos individuos, que frecuentemente son jueces retirados, pueden participar efectivamente en las negociaciones del acuerdo o pueden ser designados para evaluar la justicia de un acuerdo propuesto que las partes ya han alcanzado.

b. *Expertos o asesores técnicos designados por la corte*. Para evaluar un acuerdo la corte puede necesitar asistencia técnica, científica o de otro tipo especializado. En tales circunstancias, la corte puede designar su propio experto para que sirva como testigo experto o como un asesor técnico sin testificar.

c. *Oficiales gubernamentales apropiados*. Según la Class Action Fairness Act, una acción de clase sujeta a ella no puede ser acordada a menos que los demandados notifiquen del acuerdo propuesto a los oficiales federales o estatales apropiados dentro de los 10 días siguientes a la presentación de tal acuerdo ante la corte de distrito. El demandado debe proveer información

Capítulo 3

sustancial sobre el acuerdo, incluyendo escritos relevantes, acuerdos, opiniones y notificaciones, así como detallada información sobre los miembros de la clase. Esta Sección, más que sólo confiar en que los oficiales gubernamentales se presentarán voluntariamente luego de haber recibido la notificación, sugiere que en algunos casos la corte puede desear asumir un rol activo e invitar a los oficiales gubernamentales apropiados a proveer su opinión sobre el acuerdo, sea en la audiencia sobre la justicia de éste o a través de un memorial de *amicus curiae* u otro tipo de presentación.

d. Limitaciones en la efectividad de los adjuntos de la corte. Aun cuando los adjuntos de la corte pueden ser útiles en el procedimiento de acuerdo, no son una panacea para asegurar acuerdos justos. En muchos casos, tales asistentes entran en escena sólo después de que las partes ya han alcanzado un acuerdo, y por tanto la capacidad de los adjuntos de la corte para ofrecer críticas significativas puede verse limitada por restricciones de tiempo y lagunas informativas. Adicionalmente, tales asistentes pueden ser costosos y las cortes pueden no desear imponer los costos sobre las partes, particularmente si esos costos reducirían el fondo común disponible para la clase. Por estas razones, la sub-sección (d) requiere a una corte, antes de designar un oficial adjunto, efectuar un balance entre el probable costo y demora que insumirá esa designación y los beneficios esperados de la ella.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. Para doctrina discutiendo los roles de *special officers* y *special masters* designados por la corte en conexión con los acuerdos de clase, ver, por ejemplo, *In re Holocaust Victim Assets Litig.*, 424 F.3d 132 (2d Cir. 2005) (involucrando la distribución del producido del acuerdo usando un *special master*); *In re Asbestos Litig.*, 90 F.3d 963, 972 (5th Cir. 1996) (designando un profesor de derecho como guardián *ad litem* para revisar la justicia del acuerdo desde la perspectiva de la clase), revocado y reenviado por otros fundamentos. *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997), confirmado en reenvío, 134 F.3d 668 (5th Cir. 1998), revocado por otros fundamentos, *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999); *Miller v. Mackey Intern., Inc.*, 70 F.R.D. 533, 535 (S.D. Fla. 1976) (sosteniendo una decisión previa de designar un guardián *ad litem* para proteger a los miembros de la clase después que las partes negociaron el acuerdo); *Officers for Justice v. Civil Serv. Comm'n*, 473 F. Supp. 801, 818 (N.D. Cal. 1979) (designación de un *special master* para supervisar la distribución de indemnizaciones por

daños); William B. Rubenstein, *The Fairness Hearing: Adversarial and Regulatory Approaches*, 53 UCLA L. Rev. 1435, 1448–1452 (2006); Edward Brunet, *Class Action Objectors: Extortionist Free Riders or Fairness Guarantors*, 2003 U. Chi. Legal F. 403; Alon Klement, *Who Should Guard the Guardians? A New Approach for Monitoring Class Action Lawyers*, 21 Rev. Litig. 25 (2002); Joseph F. Rice & Nancy Worth Davis, *The Future of Mass Tort Claims: Comparison of Settlement Class Action to Bankruptcy Treatment of Mass Tort Claims*, 50 S.C. L. Rev. 405, 422 (1999); Susan P. Koniak, *Feasting While the Widow Weeps: Georgine v. Amchem Products, Inc.*, 80 Cornell L. Rev. 1045, 1092 & n.219 (1995); Sylvia R. Lazos, Note, *Abuse in Plaintiff Class Action Settlements: The Need for a Guardian During Pretrial Settlement Negotiations*, 84 Mich. L. Rev. 308 (1985); Manual for Complex Litigation (Fourth) § 21.644, p. 329 (2004).

Para un panorama más general sobre el uso de *special masters* bajo la Reg. Fed. de Proc. Civ. 53(b), ver Margaret Farrell, *The Function and Legitimacy of Special Masters: Administrative Agencies for the Courts*, 2 Widener L. Symp. J. 235 (1997).

Comentario b. Las Reglas Federales sobre Prueba y las reglas sobre prueba de muchos estados autorizan a las cortes a designar expertos. Ver, por ejemplo, Reg. Fed. de Evidencia 706; N.D. R. Evid. 706; 225 Pa. Code § 706; ver también Reg. Fed. de Proc. Civ. 54(d)(2)(D) (autorizando la designación de un *special master* por la corte para analizar el valor de los servicios legales prestados en el caso); Gen. Elec. Co. v. Joiner, 522 U.S. 136, 149 (1997) (Breyer, J., voto concurrente) (discutiendo expertos designados por la corte y otros dispositivos usados por las cortes para lidiar con cuestiones técnicas). Mientras un *special master* sirve como un oficial de la corte, un experto designado por la corte sirve como un testigo de la corte. Adicionalmente, las cortes están autorizadas para designar asesores técnicos sin que deban testificar. Estos asesores no están sujetos a las diversas obligaciones impuestas por las reglas que gobiernan a los expertos designados por la corte, tales como divulgar sus determinaciones, someterse a deposiciones y ser interrogados por las partes. Ver, por ejemplo, Reilly v. United States, 863 F.2d 149, 156 (1st Cir. 1988) (discutiendo la autoridad inherente de las cortes para designar asesores técnicos y concluyendo que tales asesores no están sujetos a los requisitos de la Reg. Fed. de Evidencia 706).

Comentario c. Para una discusión de los requisitos para notificar oficiales gubernamentales bajo la Class Action Fairness Act, 28 U.S.C. § 1715 (2005), ver, por ejemplo, Robert H. Klonoff & Mark Herrmann, *The Class Action Fairness Act: An Ill-Conceived Approach to Class Settlements*, 80 Tul. L. Rev. 1695, 1706–1709 (2006). Para discusión del rol de los oficiales gubernamentales

Capítulo 3

al objetar acuerdos de clase, ver Brunet, *Class Action Objectors*, 2003 U. Chi. Legal F. pp. 449–456.

Comentario d. Varios comentaristas han reconocido las limitaciones que tienen los asesores de la corte. Ver, por ejemplo, Rubenstein, *Fairness Hearing*, 53 UCLA L. Rev. at 1451–1452 (expresando “escepticismo sobre el hecho de que un supervisor necesariamente poseerá habilidades tanto adversariales como regulatorias”); Brunet, *Class Action Objectors*, 2003 U. Chi. Legal F. at 468 (“La falta de información y el momento de la designación de un guardián puede presentar problemas.”); Lazos, *Abuse in Plaintiff Class Action Settlements*, 84 Mich. L. Rev. 308 (argumentando por la designación de un guardián para participar durante las negociaciones del acuerdo); Samuel Is-sacharoff, *Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions*, 1999 Sup. Ct. Rev. 337, 376 (argumentando que el “costo de un guardián supervisor puede estar justificado en algunos litigios, pero. . . en general probablemente resultará caro y con pocos resultados”).

Efecto sobre el derecho vigente. El enfoque de esta Sección no requeriría un cambio en el derecho, excepto en el supuesto que una jurisdicción particular no autorice los tipos de adjuntos de la corte aquí descriptos.

§ 3.10 Acuerdos sobre pretensiones futuras

- (a) **“Pretensiones futuras” son aquellas pretensiones de miembros de la clase que pueden ser promovidas contra el demandado dependiendo de eventos potenciales futuros, los cuales son contingentes al momento del acuerdo de clase.**
- (b) **Un acuerdo de clase no puede resolver pretensiones futuras a menos que la corte determine que las personas titulares de tales pretensiones están representadas de manera tal de evitar conflictos de interés estructurales en el sentido de § 2.07(a)(1).**
- (c) **Cuando las partes buscan simultáneamente la certificación de la clase y la aprobación de un acuerdo de clase que resolvería pretensiones futuras, los conflictos de interés estructurales a que se refiere la sub-sección (b) pueden ser evitados en la medida que el acuerdo de clase:**

- (1) no realice concesiones con respecto a los miembros de la clase con pretensiones futuras *vis-à-vis* otros miembros de la clase; o**
- (2) provea reaseguros estructurales adicionales para protección de las personas con pretensiones futuras, tales como derechos de exclusión diferidos o postergación de la determinación de los honorarios de abogados hasta ver cómo opera el acuerdo con relación a tales pretensiones.**

Comentario:

a. Definición. Considerable atención ha rodeado a los acuerdos de clase que buscan resolver pretensiones futuras -típicamente, vinculando miembros de la clase a un marco conocido informalmente como “grilla” que describe los términos y condiciones para la resolución de ese tipo de pretensiones. Esos términos y condiciones pueden variar entre algo relativamente simple (un pago especificado en dólares) y algo complejo (detallados criterios médicos y de exposición, acompañados de correspondientes gradaciones en el pago). Al comienzo, la sub-sección (a) busca dotar de mayor claridad al término “pretensiones futuras”. La característica central de las “pretensiones futuras” consiste en que, al momento de celebrarse el acuerdo, dependen de eventos futuros. Las pretensiones futuras estarán mayormente presentes en casos que involucren exposiciones tóxicas, donde puede haber una brecha temporal -un período de latencia- entre el conocimiento de los riesgos asociados con la exposición y la efectiva manifestación de la enfermedad en la población expuesta.

Una de las características definitorias de las pretensiones futuras es que ellas representan una probabilidad estadística ampliamente compartida entre la clase de reclamantes afectada. A diferencia de las tradicionales sub-clases, cuyos miembros pueden generalmente ser identificados con alguna precisión gracias a ciertas características relevantes, las identidades precisas de los futuros reclamantes son típicamente desconocidas al momento del acuerdo. Los reclamantes futuros son una probabilidad actuarial conocida con mayor o menor precisión en base a las características de la clase afectada, conformada ésta por los reclamantes presentes. Consecuentemente, una sub-clase de reclamantes futuros es una categoría imprecisa porque, por ejemplo, típicamente abarcaría la totalidad de la población expuesta al producto o sustancia que alegadamente causa enfermedades latentes, excepto cualquier individuo con respecto al cual la última manifestación posible de la enfermedad sea conocida en el presente. Más aun, hay casos (por ejem-

Capítulo 3

plo, de exposiciones tóxicas) en que algunos de los reclamantes presentes pueden estar en riesgo de padecer una mayor progresión de la enfermedad, lo cual los convierte en reclamantes tanto presentes como futuros.

Ejemplos:

1. Una clase actora conformada por propietarios de inmuebles alega que Demandado ha perjudicado sus respectivos títulos de propiedad al afirmar un derecho de servidumbre para tender un cable de fibra óptica. Las pretensiones adicionales de los miembros de la clase que pueden ser promovidas por invasión de propiedad privada en el supuesto de tenderse efectivamente el cable en sus parcelas constituyen “pretensiones futuras” en la medida que la acción de clase precede al procedimiento de medición diseñado para establecer la incidencia del tendido de cable.
2. Una clase actora alega que sus miembros fueron expuestos a una sustancia tóxica fabricada por Demandado, y que tal exposición ha generado indebidamente para todos ellos un incremento significativo del riesgo de padecer enfermedades futuras. La enfermedad en cuestión es una forma de cáncer que tiene un período de latencia entre la exposición y su manifestación. Todos los miembros de la clase alegan una pretensión actual basados en su exposición. Algunos miembros de la clase han manifestado la enfermedad en el presente. Las pretensiones adicionales de los miembros de la clase que podrían ser promovidas por daños en el supuesto de darse una manifestación de la enfermedad en el futuro constituyen “pretensiones futuras”. Ello así porque dependen de tal manifestación, la cual puede o no ocurrir en un momento determinado o en cualquier miembro de la clase en particular.

Como reflejan los Ejemplos presentados, la definición en esta Sección parte del reconocimiento que los acuerdos de clase que comprenden pretensiones futuras derivan de alegaciones subyacentes en la demanda colectiva respecto de alguna pretensión actual de todos los miembros de la clase. Como en todo litigio civil, las alegaciones no configuran por sí solas pretensiones meritorias o siquiera enjuiciables. Las alegaciones de perjuicio al título de propiedad en el Ejemplo 1 exigirían, en el supuesto de un litigio de clase, una cuidadosa consideración de si el derecho sustantivo aplicable reconoce ese tipo de pretensiones y, en caso de hacerlo, bajo qué parámetros. De igual

manera, las alegaciones de una pretensión actual fundada en la mera exposición a una sustancia tóxica en el Ejemplo 2 puede, en el supuesto de un litigio de clase, generar complicados interrogantes en cuanto al cuerpo de derecho sustantivo aplicable a esas pretensiones y, una vez identificado, en lo que hace al contenido de ese derecho. Además, la alegación de una pretensión actual puede ser apropiadamente rechazada por falta de mérito en el supuesto de no perseguir un remedio que puede ser otorgado bajo el derecho sustantivo aplicable. La existencia de cuestiones dificultosas de derecho sustantivo a lo largo de estas líneas, no obstante, no saca a la demanda de clase del ámbito de un “caso” o “controversia” de buena fe.

Incluir pretensiones futuras en una acción de clase también puede generar problemas concernientes a la posible clausura de ese tipo de pretensiones, lo cual, en el supuesto de un litigio de clase, puede darse como resultado de los principios sobre preclusión de cuestiones o por aplicación de la “regla de una sola afectación” utilizada en algunas jurisdicciones. Pero estas dificultades con respecto a la aplicación apropiada de la preclusión u otras doctrinas relacionadas, tales como la prescripción aplicable, no hacen a la justiciabilidad de la demanda de clase.

b. Justificación para abarcar pretensiones futuras. Los desafíos que presentan los acuerdos de clase que involucran pretensiones futuras son sustanciales, pero aun así vale la pena enfrentarlos francamente debido al considerable potencial de beneficio que tienen para todo lo que concierne a las acciones de clase. Abarcar pretensiones futuras es lo que otorga al acuerdo de clase el potencial de alcanzar una paz definitiva y total sobre el litigio subyacente. La experiencia judicial con pretensiones que van desde daños tóxicos hasta fraude económico confirma que los acuerdos son difíciles de lograr si no es posible alcanzar alguna forma de resolución completa del asunto. Si bien admitidamente exagerado en caso de ser leído literalmente, el término informal “paz global” es a menudo utilizado para expresar la naturaleza totalmente abarcadora de la resolución buscada. Una paz global puede servir mejor los intereses de todas las partes. Un demandado institucional que puede confiadamente evitar los costos de litigios futuros y evaluar el costo de un acuerdo comprensivo de todo el conflicto, es más probable que transija sobre las pretensiones y que además destine mayores recursos con finalidad compensatoria. Además, cuando las pretensiones futuras pueden gravar los recursos de un demandado institucional existe el riesgo de incurrir en un tratamiento desigual de los reclamantes futuros si los recursos existentes son pretendidos desproporcionadamente por reclamantes actuales.

Capítulo 3

La predictibilidad y conclusividad de la paz alcanzada por el acuerdo de clase son aspectos que, en muchos casos de daños masivos por exposición, dependen críticamente de la resolución de las pretensiones futuras. Asimismo, la predictibilidad y la conclusividad son los aspectos que generan el potencial de lograr recursos adicionales para ser distribuidos por medio del acuerdo de clase. Estos recursos adicionales se desprenden principalmente de la habilidad de los demandados que celebran el acuerdo para aprovechar el mercado de capitales y otras fuentes de financiamiento en apoyo de sus emprendimientos de negocios futuros. De esta manera, el acuerdo de clase puede ser un ejercicio generador de valor, y las perspectivas de mejora en los negocios del demandado una fuente continua de fondeo para el régimen del acuerdo de clase (pero sólo si éste abarca las pretensiones futuras). Recursos adicionales también pueden provenir de una reducción sustancial en los costos de transacción que, de otra manera, hubieran acompañado la resolución de las pretensiones por otros medios. La experiencia recogida en contextos de daños por exposiciones masivas indica que la clase puede alcanzar mejores resultados totales a cambio de la prospectiva de una paz global.

Una justificación relacionada se refiere a la posición de la acción de clase frente a otras vías habilitadas para la resolución de pretensiones futuras en clave colectiva. El presente proyecto no involucra el proceso de quiebra, si bien la quiebra efectivamente tiene la característica de ser una agregación obligatoria. Este proyecto tampoco incluye el uso de legislación a fin de establecer los términos para la resolución de pretensiones que de otro modo podrían ser promovidas en el sistema de justicia civil en el futuro. Reconociendo esto en cuanto a su alcance, no obstante, la presente Sección considera que la quiebra y la legislación no deberían ser las vías exclusivas para la resolución de pretensiones futuras en clave colectiva.

Las pretensiones futuras también podrían ser resueltas a través del tiempo por medio de acuerdos colectivos celebrados a medida que las contingencias que definen esas pretensiones futuras surgen (o no) con respecto a ciertos reclamantes particulares. Al igual que con la quiebra y la legislación, una serie de acuerdos colectivos a través del tiempo puede, en un momento determinado, ser una alternativa inferior —en términos de capacidad para captar las ganancias conjuntas que supone la pacificación— a un acuerdo de clase que abarque pretensiones futuras.

c. Evitando conflictos de interés estructurales respecto de pretensiones futuras. La sub-sección (b) subraya la importancia de la indagación judicial sobre la representatividad adecuada otorgada a futuras pretensiones. La referencia a conflictos de interés estructurales en la sub-sección (b) no pretende menos-

preciar las consideraciones relacionadas con la necesidad de dirigir una notificación apropiada a los titulares de pretensiones futuras. La Sección 3.02 ya ha puesto en claro que una acción de clase puede ser acordada “sólo después de una notificación apropiada a la clase”. Ver también § 2.07(a)(3) (pidiendo de igual manera una “notificación apropiada”). El Comentario *d* se ocupa del tema de las notificaciones con mayor detalle.

En línea con el enfoque de § 2.07(a)(3), la sub-sección (b) de esta Sección orienta la indagación judicial hacia la existencia de un conflicto de interés estructural, sea entre los representantes de la clase y sus abogados, o entre los propios miembros de la clase. Un “conflicto de interés estructural” debería ser entendido aquí de la misma manera que en § 2.07(a)(1) —para referirse a situaciones donde hay un “riesgo significativo” de que las partes o los abogados de la clase puedan “inclinarse sistemáticamente” el diseño del acuerdo de clase “de modo tal de favorecer a algunos reclamantes por sobre otros con fundamentos alejados de una evaluación razonada de sus respectivas pretensiones”. Aquí, los reclamantes favorecidos podrían consistir en miembros de la clase que no sean reclamantes futuros ni reclamantes fuera de la definición de la clase representados por los abogados de ésta. Abarcar las pretensiones futuras dentro de una única clase representada puede o no generar un conflicto de interés estructural, dependiendo de la naturaleza y del modo en que fue planteada la acción de clase.

La sub-sección (c) provee orientación adicional para la indagación sobre los conflictos de interés estructurales bajo la sub-sección (b) en el particular contexto procesal que a menudo presentan los acuerdos de clase que resuelven pretensiones futuras -un contexto en el cual se pide a la corte que decida sobre la agregación al mismo tiempo que debe por primera vez involucrarse con el mérito del acuerdo de clase propuesto. Ver § 3.06. Al dirigir la atención sobre el acuerdo de clase en este contexto procesal, la sub-sección (c) no pretende sugerir que la indagación judicial sobre la justicia del acuerdo de clase analizada en § 3.06 equivale por sí misma a una adecuada representación de los futuros reclamantes bajo la sub-sección (b). Un trato justo no equivale, por el mero hecho de haber sido declarado justo por la corte que lo revisó, una adecuada representación de los miembros de la clase con pretensiones futuras. Por otra parte, las cortes generalmente se encuentran pobremente posicionadas para evaluar la justicia de un acuerdo en abstracto, esto es, independientemente de la evaluación de garantías estructurales de justicia en la representación otorgada a varios grupos de reclamantes.

Capítulo 3

En el contexto de un acuerdo de clase que abarca pretensiones futuras, los términos del mismo informan apropiadamente la indagación sobre la existencia de conflictos de interés estructurales. Al evaluar si existe un “riesgo significativo” de que las partes y los abogados puedan “inclinarse sistemáticamente” el diseño del acuerdo de clase en el sentido establecido en § 2.07(a)(1)(B), una corte debería tener en cuenta la evidencia que pueda existir en el propio acuerdo de clase para revelar si esa inclinación de hecho ocurre. La sub-sección (c)(1) dirige la atención a si los acuerdos de clase realizan concesiones con respecto a miembros de la clase con pretensiones futuras *vis-à-vis* otros miembros de la clase. La realización de este tipo de concesiones puede crear conflictos de interés, pero la renuncia a esas concesiones (como, por ejemplo, mediante el uso de la misma matriz de pago para reclamantes presentes y futuros, y con la presencia de un fondeo continuo) puede disipar tales conflictos.

La sub-sección (c)(2) también aconseja prestar atención a cualquier garantía de protección proveída por el acuerdo de clase a los miembros con pretensiones futuras. Para dar un ejemplo concreto, la sub-sección (c)(2) menciona la posibilidad de diferir los derechos de los miembros de la clase para optar por excluirse, permitiendo su ejercicio a partir de la manifestación de la enfermedad en el futuro. Los conflictos de interés pueden ser disipados, en otras palabras, en la medida que el propio acuerdo de clase sea menos vinculante para los miembros de la clase con pretensiones futuras. Los derechos de optar por excluirse diferidos, con seguridad, pueden presentar otras dificultades significativas para el diseño del acuerdo. Por ejemplo, una resolución menos abarcadora del litigio subyacente y una consiguiente reducción en las ganancias conjuntas asociadas al acuerdo de clase, o dificultades en definir y hacer cumplir los criterios que determinan el modo de ejercer tales derechos. Estas dificultades que rodean el modo de operar de los derechos de optar por excluirse diferidos pueden presentar importantes cuestiones para el diseño del acuerdo en una instancia determinada, pero no socavan la legitimidad del procedimiento de acuerdo de clase.

Al hablar en general de “garantías de protección” para los futuros reclamantes en el acuerdo de clase, y no estrictamente en términos de algún enfoque particular como pueden ser los derechos de optar por excluirse diferidos, la sub-sección (c)(2) conscientemente busca promover innovación en el desarrollo de tales garantías. Un segundo ejemplo mencionado en la sub-sección (c)(2), nuevamente, para propósitos meramente ilustrativos, subraya el gran espacio para innovar. Aparte del diseño de un procedimiento para optar por excluirse, otras características del acuerdo de clase no dirigidas

directamente a los miembros con pretensiones futuras pueden no obstante, en una instancia determinada, alzarse al nivel de una garantía similar de protección. Un acuerdo de clase, o la relacionada orden de la corte sobre honorarios de abogados, puede proveer, por ejemplo, una demorada consideración y distribución de los honorarios de los abogados de la clase según § 3.13 para contar con un período de tiempo razonable dentro del cual establecer cómo opera el acuerdo de clase en el mundo real para los miembros que tenían pretensiones futuras al momento de su celebración. Utilizar un marco de este tipo para los honorarios de los abogados -sea inicialmente por los diseñadores del acuerdo, o posteriormente por orden judicial- podría proveer una garantía de protección para futuros reclamantes al atar los beneficios del litigio para los abogados de la clase a la justicia y viabilidad, efectivamente experimentada con el tiempo, de los términos del acuerdo que se refieren a futuros reclamantes. Un arreglo de este tipo sobre los honorarios de los abogados podría asegurar que los abogados de la clase tengan un incentivo continuo para monitorear el procedimiento de pretensiones individuales, y podría garantizar también que los futuros reclamantes, al igual que los actuales, tengan abogados con incentivos financieros para proteger sus intereses en caso que se produzca una disputa sobre el producido del acuerdo. Los conflictos de interés pueden ser disipados, en otras palabras, en tanto el acuerdo de clase contemple medidas para alinear los intereses de los abogados de la clase con los intereses de los futuros reclamantes.

Ejemplos:

3. Misma situación que en el Ejemplo 1. La representación conjunta de los miembros de la clase que en última instancia tendrán cable de fibra óptica tendido sobre su propiedad y los que no, no presenta ningún conflicto de interés estructural en la medida que el acuerdo de clase se celebre antes de la determinación de la incidencia final del tendido de cable. En ese momento todos los titulares de propiedad que conforman la clase comparten un interés común en el diseño del acuerdo de clase.
4. Misma situación que en el Ejemplo 2. El acuerdo de clase establece la asignación de una suma fija total para compensar tanto a los miembros de la clase con enfermedades presentes como a los miembros de la clase con pretensiones futuras que dependen de la manifestación de la enfermedad. Los intereses de los miembros de la clase con enfermedades ya manifestadas buscarán prioritariamente

Capítulo 3

maximizar el monto de compensación establecido en los términos del acuerdo para quienes se encuentran en esa condición, independientemente de la disponibilidad de recursos para miembros de la clase que pudieran manifestar una enfermedad en el futuro. En contraste, los intereses de los miembros de la clase con pretensiones futuras se asientan tanto en el monto de compensación establecido en el acuerdo de clase como en la disponibilidad de recursos para financiar esa compensación en el futuro. Ausentes las garantías de protección previstas en la sub-sección (c)(2), un conflicto de interés estructural bajo la sub-sección (b) surge cada vez que un acuerdo de clase divide una suma fija entre reclamantes presentes y futuros. La receta para evitar un conflicto de interés estructural consiste en establecer una representación separada para los futuros reclamantes -por ejemplo, por medio de abogados para una sub-clase compuesta por reclamantes futuros o por medio de la designación de un *special officer* para tales miembros de la clase, como se describe en § 3.09.

5. Misma situación que en el Ejemplo 2. El acuerdo de clase provee una compensación para futuros reclamantes en términos que, se garantiza, son comparables a los que aplican a miembros de la clase con enfermedades ya manifestadas -por ejemplo, a través de una cobertura de seguro proveída por un tercero y financiada por Demandado que permita cobros cuando, en el futuro, se manifiesten enfermedades en los miembros de la clase. Bajo la sub-sección (c)(1), el evitar concesiones inter-temporales en el acuerdo de clase disipa el conflicto de interés estructural que de otro modo surgiría por la representación conjunta de los miembros de la clase con enfermedades ya manifestadas y aquellos con pretensiones futuras.

d. Notificación. El reconocimiento de que un acuerdo de clase puede abarcar pretensiones futuras viene de la mano del reconocimiento de los desafíos que presenta la aplicación de § 2.07(a)(3) en este contexto. Como una precondition para el tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas, en § 2.07(a)(3) se sostiene que la corte debe “proveer a los reclamantes de una apropiada notificación sobre la oportunidad de participar en el proceso colectivo y, si es aplicable, de optar por evitar su efecto preclusivo.” La Sección 3.02, en la misma línea, demanda una “apropiada notificación a la clase” con respecto a un acuerdo de clase. Aparte de la existencia de pretensiones actuales en cabeza de miembros de la clase que podrían también tener pretensiones futuras,

ver Comentario *a*, la necesidad de proveer una apropiada notificación puede, en la práctica, restringir la capacidad del acuerdo de clase para abarcar futuras pretensiones en las circunstancias del presente caso.

La “notificación apropiada” presupone algunos medios sistemáticos de identificar a los miembros de la clase que pueden tener pretensiones futuras, entendiéndose por “sistemático” no los medios que garantizarían que absolutamente todos los miembros de la clase recibirán efectivamente una notificación sino, más bien, medios que no dejarían ninguna predecible y categórica laguna en el procedimiento de notificación. Debido a que los reclamantes futuros son por definición desconocidos, no existe una medida de la adecuación de la notificación a potenciales futuros reclamantes independiente de la adecuación de la notificación dirigida al completo universo de miembros de la clase en riesgo. Los problemas más desafiantes a este respecto se presentan en aquellas situaciones en que los eventuales miembros de la clase no tienen conocimiento de la exposición que alegadamente sirve de causa a las potenciales pretensiones futuras. Al proveer una “notificación apropiada” en el contexto de un acuerdo de clase que abarca pretensiones futuras, tanto los abogados como la corte deberían considerar si hay medios disponibles para determinar quiénes fueron probablemente expuestos a fin de utilizarlos para facilitar la campaña de notificación -por ejemplo, registros de recetas para una acción de clase que involucra un medicamento de venta bajo prescripción médica, o listas de afiliación sindical para una acción de clase en materia laboral. Igualmente, si el acuerdo provee derechos de optar por excluirse diferidos que pueden ser ejercitados al momento en que se manifieste la enfermedad, o establece un fondo continuo que garantiza la compensación de futuros reclamantes en igualdad de condiciones que los reclamantes presentes, habrá menos necesidad de una notificación individual.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. Numerosos comentaristas han discutido el problema de las pretensiones futuras en acciones de clase. Ver, por ejemplo, Deborah R. Hensler, *Bringing Shutts into the Future: Rethinking Protection of Future Claimants in Mass Tort Class Actions*, 74 UMKC L. Rev. 585 (2006); Linda S. Mullenix, *Back to the Futures: Privatizing Future Claims Resolution*, 148 U. Pa. L. Rev. 1919 (2000); Geoffrey C. Hazard, Jr., *The Futures Problem*, 148 U. Pa. L. Rev. 1901 (2000); Paul D. Carrington & Derek P. Apanovitch, *The Constitutional Limits of Judicial Rulemaking: The Illegitimacy of Mass-Tort Settlements Negotiated*

Capítulo 3

Under Federal Rule 23, 39 Ariz. L. Rev. 461 (1997); Richard L. Marcus, *They Can't Do That, Can They? Tort Reform via Rule 23*, 80 Cornell L. Rev. 858 (1995).

El Ejemplo 1 está tomado de la aprobación de un acuerdo de clase que abarcaba tanto pretensiones actuales de perjuicios sobre el título como pretensiones futuras de invasión de propiedad privada en *Uhl v. Thoroughbred Tech. & Telecomm., Inc.*, 309 F.3d 978 (7th Cir. 2002). El Ejemplo 2 es una generalización de supuestos de pretensiones futuras en litigios de daños masivos que involucran alegaciones de una enfermedad latente causada por un producto o sustancia vendido en el mercado, o bien cuando la enfermedad es conocida pero no así su evolución futura. Ver, por ejemplo, *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997); *In re Diet Drugs Prods. Liab. Litig.*, MDL Nos. 1203, 99-20593, 2000 WL 1222042 (E.D. Pa. 28 de Agosto de 2000), confirmado sin opinión, 275 F.3d 34 (3d Cir. 2001).

La opinión de que una demanda de clase que presenta alegaciones sobre pretensiones actuales es suficiente para que se configure un “caso” o “controversia” en el sentido del Artículo III de la Constitución está diseñada para resolver una cuestión que la Suprema Corte dejó abierta en *Amchem*. Ver 521 U.S. p. 612 (señalando, pero no resolviendo, el argumento de que la acción de clase en *Amchem* no presentaba “un caso o controversia justiciable dentro de los confines del Artículo III”). La corte de distrito había rechazado en *Amchem* los cuestionamientos sobre la justiciabilidad del caso, distinguiendo claramente la controversia de buena fe presentada por las alegaciones de pretensiones actuales basadas en la exposición al amianto de la diferente cuestión sobre si tales alegaciones justificarían un rechazo del mérito del asunto. *Carlough v. Amchem Prods., Inc.*, 834 F. Supp. 1437, 1450 (E.D. Pa. 1993) (“[L]a cuestión de si los actores que sólo alegan exposición tienen legitimación para promover este proceso en las cortes federales no depende de si han afirmado una causa de acción válida bajo el derecho de daños aplicable.”); en la misma línea, *Diet Drugs*, 2000 WL 1222042, p.*40 (descansando sobre el análisis de justiciabilidad efectuado en *Carlough*).

La definición de “pretensiones futuras” en la sub-sección (a) se construye sobre el análisis de justiciabilidad ofrecido por el Séptimo Circuito en *Uhl*. Allí, la corte señaló:

En muchos casos por daños tóxicos abundan las incertidumbres: ¿qué miembros de la clase fueron expuesto a la sustancia? ¿Quiénes han sufrido ya daños compensables? ¿Quiénes puede ser que nunca sufran daños? Pero si el propio riesgo es inmediato, las pretensiones contingentes basadas en ese riesgo son justiciables y rutinariamente abordadas tanto en acuerdos celebrados en casos por daños tóxicos

como en los procesos de quiebra. En este caso, hay partes de la controversia que se encuentran incuestionablemente maduras: los títulos de propiedad de los miembros de la clase ya han sido perjudicados, y [la empresa demandada] necesitará entrar a las propiedades al menos con el propósito de realizar sus estudios.

309 F.3d at 984. Para un análisis contrario sobre la cuestión de justiciaabilidad, ver Martin H. Redish & Andrianna D. Kastanek, *Settlement Class Actions, the Case-or-Controversy Requirement, and the Nature of the Adjudicatory Process*, 73 U. Chi. L. Rev. 545 (2006).

Comentario b. Sobre el potencial de creación de valor de un acuerdo de clase que abarca pretensiones futuras, ver *Georgine v. Amchem Prods., Inc.*, 157 F.R.D. 246, 291 (E.D. Pa. 1994), revocado por otros fundamentos, 83 F.3d 610 (3d Cir. 1996), confirmado bajo el nombre de *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997). Para una observación similar respecto de todas las formas de acuerdos comprensivos en litigios de masa, ver Richard A. Nagareda, *Mass Torts in a World of Settlement* x–xi (2007).

La resolución de pretensiones futuras en la quiebra, aun bajo las previsiones especiales del Capítulo 11 para reorganizaciones de empresas relacionadas con el amianto, no resuelve en general la cuestión de conflictos intraclase ni la necesidad de proveer protección especial a reclamantes futuros. Ver, por ejemplo, *In re Combustion Eng'g, Inc.*, 391 F.3d 190 (3d Cir. 2004) (revocando la confirmación de un plan de reorganización cerrado bajo § 524(g) del Bankruptcy Code debido al tratamiento dispar previsto para los reclamantes). En el frente legislativo, el Congreso hasta ahora ha declinado sancionar normas relacionadas con el amianto —por ejemplo, S. 852, 109th Cong. (2005)— no obstante repetidos llamamientos en tal sentido por parte de la Suprema Corte. Ver *Amchem*, 521 U.S. p. 628–629; *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815, 821 (1999).

Comentario c. La prescripción de una representación separada para reclamantes futuros se desprende del análisis efectuado en *Amchem*, 521 U.S. p. 626. Sobre la autoridad para establecer sub-clases en el derecho vigente, ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(c)(5) (“Cuando resulte apropiado una clase puede ser dividida en sub-clases, cada una de las cuales es tratada como una clase. . .”). Para un ejemplo posterior a *Amchem* de un acuerdo de clase en un litigio de daños masivos que involucraba el uso de sub-clases separadas para pretensiones futuras, así como también procedimientos diferidos para optar por excluirse, ver *Diet Drugs*, 2000 WL 1222042, p. *55–56. Esta prescripción es consistente con el enfoque prevaleciente en reorganizaciones efectuadas en quiebras relacionadas con daños masivos, donde típicamente se

Capítulo 3

usa un representante de pretensiones futuras. Ver Yair Listokin & Kenneth Ayotte, *Protecting Future Claimants in Mass Tort Bankruptcies*, 98 Nw. U. L. Rev. 1435, 1451–1452 (2004).

La referencia a derechos de optar por excluirse diferidos viene de su uso original en el acuerdo de clase celebrado en *Diet Drugs*. Ver *Diet Drugs*, 2000 WL 1222042, p. *49. Sobre las dificultades prácticas presentadas por la administración de este particular acuerdo y de los derechos para optar por excluirse diferidos allí contempados, ver *In re Diet Drugs Prods. Liability Litig.*, 226 F.R.D. 498, 509–516, 524 (E.D. Pa. 2005) (aprobando la Séptima Enmienda para un acuerdo de clase, efectivamente liquidando y reemplazando algunos de los derechos diferidos de los miembros de la clase para optar por excluirse). En *Diet Drugs*, además, la corte de distrito utilizó un procedimiento por el cual la consideración y distribución de los honorarios de los abogados de la clase fue demorada hasta tanto se obtuviera experiencia del mundo real sobre la operación del acuerdo de clase. Ver Memorandum y Orden Previa al Juicio No. 2622, *In re Diet Drugs Prods. Liab. Litig.*, Civ. No. 99-20593, 2002 WL 32154197, p. *23 (E.D. Pa. 3 de Octubre de 2002).

Sobre el uso de un guardián *ad litem* para abordar las preocupaciones relacionadas con una inadecuada representación de los futuros reclamantes, ver, por ejemplo, Douglas Laycock, *Due Process of Law in Trilateral Disputes*, 78 Iowa L. Rev. 1011, 1014 (1993); Samuel Issacharoff, *Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions*, 1999 Sup. Ct. Rev. 337, 373–374, 384–385 (destacando el rol de los guardianes *ad litem*, pero enfatizando la necesidad fundamental de una representación libre de conflictos).

El ímpetu para alejarse del establecimiento de una representación separada para reclamantes futuros como opción exclusiva, sin importar el diseño de las características del acuerdo de clase, se desprende de la preocupación sobre la falta de poder de negociación que tal representante separado puede padecer en las tratativas previas al acuerdo. En todos los casos, para un representante de reclamantes futuros resulta difícil amenazar con levantarse de la mesa de negociación y proceder hacia el juicio. La misma definición de pretensiones futuras indica que quienes pueden presentarlas en algún momento posterior no tienen actualmente casos en litigio. La preocupación motivada por la falta de poder de negociación es confirmada por algunos de los problemas vistos en el uso de representantes de pretensiones futuras en el contexto de reorganizaciones relacionadas con el amianto bajo § 524(g) del Bankruptcy Code. Ver Nagareda, *Mass Torts in a World of Settlement*, ch. 9; Mark D. Plevin et al., *The Future Claims Representative in Prepackaged Asbestos Bankruptcies: Conflicts of Interest, Strange Alliances, and Unfamiliar Duties for Bur-*

dened Bankruptcy Courts, 62 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 271 (2006). Además, el uso de un representante de pretensiones futuras en ese contexto viene acompañado de una insistencia adicional para que el fondo establecido de conformidad con § 524(g)

opere a través de mecanismos tales como pagos estructurados, periódicos o suplementarios, distribuciones prorrateadas, matrices o revisiones periódicas de los números y valores estimados de las pretensiones presentes y futuras, u otros mecanismos comparables que provean una garantía razonable de que el fondo valorará y estará en condiciones de pagar de la misma manera las pretensiones presentes y las futuras demandas que involucren similares pretensiones.

11 U.S.C. § 524(g)(2)(B)(ii)(V) (2005). Igualmente significativo es el hecho que, en muchos casos, para asegurar los derechos de reclamantes futuros hay otras protecciones estructurales que pueden ser más importantes que una representación nominalmente independiente. Ver Hensler, *Bringing Shutts into the Future*, 74 UMKC L. Rev. at 588 (“[E]n muchas circunstancias, los reclamantes actuales son la mejor conexión para los reclamantes futuros”).

Inicialmente, después de *Amchem* y *Ortiz* hubo una carrera para exigir sub-clases por cualquier diferencia en compensación o estatus de cualquier sub-sección identificable de la clase, con independencia del mérito de las alegaciones sobre conflictos reales en la representación proporcionada. En muchas ocasiones las denuncias sobre existencia de conflictos fueron presentadas por objetores que, rutinariamente, plantearon diferencias en el tratamiento más que la utilización del conflicto como fundamento para demandar una representación separada, probablemente a ser ofrecida por los abogados de los objetores. A la hora de evaluar la idoneidad del tratamiento en sub-clases, de manera creciente las cortes se han vuelto más atentas al problema de las concesiones efectuadas entre diferentes sub-secciones de la clase en materia de compensación y a otros conflictos estructurales. Ver, por ejemplo, *Petrovic v. Amoco Oil Co.*, 200 F.3d 1140 (8th Cir. 1999) (rechazando el tratamiento en sub-clases a pesar de grandes diferencias en el monto final obtenido por distintos miembros de la clase y confiando, en cambio, en la fórmula de compensación similar para daños por contaminación actual como un elemento suficiente para crear interés común entre todos los miembros de la clase). Por otra parte, frecuentemente hay significativos costos asociados con la creación de grandes números de sub-clases, incluyendo el costo administrativo derivado de la necesidad de más abogados y las dificultades de negociar en presencia de un gran número de partes representadas separadamente.

Capítulo 3

Esta Sección se basa en este enfoque cauteloso en cuanto al uso de sub-clases con respecto a reclamantes futuros. La principal pregunta a realizar es si de hecho hay conflictos de interés entre los reclamantes presentes y los futuros cuando un pozo fijo de dinero está siendo dividido entre miembros de la clase presentes y futuros. Por otro lado, en la medida que los conflictos pueden ser mitigados o evitados mediante el uso de derechos para optar por excluirse diferidos o esquemas de pagos comunes respaldados por una fuente renovable de fondos, la necesidad de conformar sub-clases puede ser igualmente mitigada o evitada.

Comentario d. La Corte de *Amchem* se refirió a mayor abundamiento a las dificultades que implica la notificación en acuerdos de clase que abarcan pretensiones futuras cuando el hecho de la exposición es desconocido. Ver *Amchem*, 521 U.S. p. 628 (“[Los reclamantes] sin aflicciones actuales no pueden tener la información o previsión necesaria para decidir, inteligentemente, si quedarse en la clase u optar por excluirse”).

Efecto sobre el derecho vigente. Esta Sección es ampliamente consistente con las tendencias emergentes en los acuerdos de daños masivos. Al mismo tiempo, el enfoque sobre la naturaleza de los potenciales conflictos entre reclamantes presentes y futuros es consistente con algunas de las lecturas más formalistas de *Amchem* y *Ortiz*.

§ 3.11 Segunda oportunidad para optar por excluirse

En cualquier acción de clase donde los términos de un acuerdo no sean revelados hasta después de vencido el plazo inicial para optar por excluirse, los miembros de la clase ordinariamente deberían contar con el derecho de optar por excluirse después de realizarse las notificaciones del acuerdo propuesto. Si la corte se rehúsa a otorgar un segundo derecho de optar por excluirse, debe efectuar una determinación en el expediente sobre las razones específicas que existen para fundar ese rechazo.

Comentario:

a. Cambios recientes en el derecho vigente. En el año 2003 la Regla 23 fue reformada para agregar la Regla 23(e)(3), hoy Regla 23(e)(4), la cual establece que “[s]i la acción de clase fue previamente certificada bajo la Regla 23(b)(3), la corte puede rehusarse a aprobar un acuerdo a menos que éste provea

una nueva oportunidad de optar por excluirse a los miembros de la clase que tuvieron una oportunidad anterior para solicitar su exclusión pero no lo hicieron”. La idea detrás de la nueva previsión era sólida: por razones de justicia, un miembro de la clase debería tener una oportunidad para optar por excluirse después de conocer los términos efectivos de un acuerdo. Aun así, la regla no tuvo un impacto sustancial. Su aplicación es sólo discrecional, y son pocas las cortes que han ordenado conceder una segunda oportunidad para optar por excluirse. Dada la naturaleza no adversarial de la mayoría de los acuerdos de clase, esta escasez de segundas opciones para excluirse no debería sorprendernos: ni los abogados de la clase ni los abogados de la defensa quieren impulsar un procedimiento —no prescripto obligatoriamente por la ley— que podría deshacer el acuerdo (especialmente cuando, como sucede comúnmente, el acuerdo otorga al demandado el derecho de abandonar el trato si más de un número especificado de miembros de la clase opta por excluirse). Esta Sección reconoce que sólidas razones de política apoyan la idea de un segundo derecho de optar por excluirse y que, como resultado de ello, una opción del género debería ordinariamente ser otorgada a los miembros de la clase.

Específicamente, la probabilidad de un segundo derecho de optar por excluirse tendría el saludable efecto de forzar a las partes a alcanzar términos que sean suficientemente atractivos para desalentar salidas masivas por medio del ejercicio de tal derecho. Los demandados buscan la paz global y un gran número de individuos que opten por excluirse socavaría el propósito mismo de una acción de clase, particularmente cuando hay alguna probabilidad de que quienes se excluyeron promuevan sus propios litigios. Para evitar grandes números de opciones de exclusión, las partes necesariamente intentarán no celebrar acuerdos evidentemente injustos para la clase.

El segundo derecho de optar por excluirse sólo aplica a los acuerdos celebrados en casos donde ya hubo una oportunidad inicial para excluirse, de modo que, en caso de no haber ejercido tal derecho, los miembros de la clase serían vinculados a los términos del acuerdo sin capacidad alguna para apartarse del mismo. Esta sección no afectaría la práctica con respecto a los llamados acuerdos obligatorios en los que la corte no hubiera otorgado derechos de optar por excluirse, tales como los acuerdos celebrados sobre pretensiones de equidad promovidas bajo la Regla 23(b)(2). Cuando la corte *ha* otorgado derechos de optar por excluirse, los mecanismos a utilizar para la notificación del segundo derecho de exclusión (por ejemplo, correo de primera clase) deberían presumiblemente ser los mismos que aquellos utilizados para la notificación del primero.

Capítulo 3

Esta Sección reconoce la posibilidad de que una corte considere que un segundo derecho de optar por excluirse resulta inapropiado en un caso particular. Si la corte determina, por ejemplo, que pocos miembros de la clase optarían por excluirse en ausencia de un esfuerzo organizado por abogados que buscan pagos laterales, la corte puede dispensar el segundo derecho de autoexclusión. Pero para dispensar este segundo derecho, la corte debe exponer en el expediente las razones específicas que sostienen tal decisión.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. Para casos denegando expresamente un segundo derecho de optar por excluirse, ver, por ejemplo, *In re Visa Check/Mastermoney Antitrust Litig.*, 297 F. Supp. 2d 503, 518 n.18 (S.D.N.Y. 2003) (denegando el segundo derecho de exclusión debido al “infinitesimal número de objeciones”), confirmado bajo el nombre de *Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa U.S.A., Inc.*, 396 F.3d 96 (2d Cir. 2005); *Hicks v. Morgan Stanley & Co.*, No. 01 Civ. 10071 (RJH), 2005 U.S. Dist. LEXIS 24890, p. *17 (S.D.N.Y. 19 de Octubre de 2005) (denegatoria de un segundo derecho de optar por excluirse fundada en que no hay intereses suficientes en juego para eventuales acciones individuales); *Denney v. Jenkins & Gilchrist*, 230 F.R.D. 317, 344–345 (S.D.N.Y. 2005) (señalando que el segundo derecho de optar por excluirse debe “ser aplicado con moderación”), confirmado en la parte relevante bajo el nombre de *Denney v. Deutsche Bank AG*, 443 F.3d 253, 271 (2d Cir. 2006) (entendiendo que no hubo abuso en la discreción ejercida por la corte de juicio al rehusarse a otorgar un segundo derecho de exclusión; la corte señaló que “[r]equerir como regla general un segundo plazo para optar por excluirse perturbaría los procesos de acuerdo porque ninguna certificación sería final hasta después de haberse alcanzado los términos definitivos”); *Hainey v. Parrott*, No. 1:02-CV-733, 2007 WL 2752375, p. *8 (S.D. Ohio, 20 de Septiembre de 2007) (rechazando un segundo derecho de autoexclusión porque “los miembros de la clase tenían en la primera oportunidad suficiente información para tomar una decisión razonada sobre si optar o no por excluirse del acuerdo” y porque un segundo plazo para ejercer el derecho de autoexclusión “resultaría en costos administrativos adicionales, lo cual, a su turno, reduce el monto disponible para la distribución”).

Para raros ejemplos de casos otorgando un segundo derecho de optar por excluirse, ver *Dare v. Knox County*, 457 F. Supp. 2d 52, 53 (D. Me.

2006) (requiriendo un segundo derecho de optar por excluirse debido a la “amplitud” del acuerdo, el reemplazo de un representante de la clase, la objeción formulada por el representante anterior de la clase, y varias otras preocupaciones sobre los términos sustantivos del acuerdo); *Nilsen v. York County*, 228 F.R.D. 60, 61–62 (D. Me. 2005).

Al menos una jurisdicción ha adoptado un segundo derecho de optar por excluirse con carácter obligatorio. Ver *Tex. R. Civ. P. 42(e)(3)* (“En una acción previamente certificada como una acción de clase bajo la Regla 42(b)(3), la corte no puede aprobar un acuerdo a menos que otorgue una nueva oportunidad para solicitar su exclusión a los miembros individuales de la clase que tuvieron una oportunidad anterior de requerir tal exclusión y no lo hicieron”).

Aun antes de la adopción en el año 2003 de un proceso discrecional para optar por excluirse bajo la Regla 23(e)(3), algunos comentaristas ya habían argumentado que debería darse a los miembros de la clase una oportunidad para optar por excluirse *después* de conocer los términos del acuerdo. Ver, por ejemplo, Mark C. Weber, *A Consent-Based Approach to Class Action Settlement: Improving Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 59 Ohio St. L.J. 1155, 1193–1213 (1998).

Efecto sobre el derecho vigente. Esta Sección requeriría la adopción de una nueva regla procesal creando una presunción a favor del segundo derecho de optar por excluirse y requiriendo determinaciones expresas en el expediente cuando tal derecho no sea proveído a los miembros de la clase.

§ 3.12 Revisión en instancia de apelación de las órdenes que rechazan un acuerdo propuesto

- (a) Una corte de apelación puede, discrecionalmente, permitir la apelación de una orden final que definitivamente rechace un acuerdo de clase propuesto siempre que esa apelación sea promovida dentro de los 10 días siguientes al dictado de la orden. Una apelación no suspende el proceso ante la corte de juicio a menos que esta última o la corte de apelación así lo disponga. Esta Sección aplica sólo a las apelaciones efectuadas en forma conjunta por la clase y los demandados, y no aplica cuando el rechazo del acuerdo por la corte de distrito es condicional o cuando la orden contempla nuevos procesos**

Capítulo 3

- relacionados con el acuerdo de clase propuesto. La corte de juicio debe certificar que su rechazo del acuerdo es definitivo.**
- (b) En una apelación bajo la sub-sección (a), la corte de apelación puede designar abogados a fin de representar la posición de la corte de juicio según la cual el acuerdo no es justo y razonable, incluyendo entre otros a los abogados de los objetores,**
- (c) La decisión de la corte de juicio de rechazar un acuerdo es revisada por abuso de discreción.**

Comentario:

a. Necesidad de revisión en instancia de apelación. Cuando una corte aprueba un acuerdo de clase, generalmente el resultado es una sentencia que resulta inmediatamente apelada, sea como apelación de una sentencia definitiva o como apelación discrecional de la orden de certificación de clase de conformidad con la Regla 23(f) (o el equivalente a la Regla 23(f) contenido en diversas reglas procesales estatales). Si la corte de juicio rechaza el acuerdo, sin embargo, usualmente no hay orden apelable y se deja a las partes sin más remedio que avanzar hacia el juicio y, eventualmente, apelar la sentencia definitiva. En ese punto, por supuesto, la parte que ha ganado el caso no tendrá interés en apelar el rechazo del acuerdo previo. Aun así, si alguna de las preocupaciones de la corte de juicio con relación al acuerdo no estaban justificadas, la corte y las partes habrán desperdiciado valioso tiempo litigando un caso que podría haber sido acordado en términos aceptables para ambos lados.

A pesar de las fuertes razones de política que existen para autorizar apelaciones tempranas en estas circunstancias, una revisión interlocutoria es raramente posible bajo el derecho vigente. Ciertamente, cuando el caso involucra al mismo tiempo un pedido de certificación y una propuesta de acuerdo y el acuerdo es rechazado porque la clase putativa no cumple los requisitos necesarios para ser certificada, una revisión discrecional es autorizada bajo la Regla 23(f) y las reglas estatales similares. Pero la Regla 23(f) aplica sólo a una orden “haciendo lugar o rechazando la certificación de la acción de clase” y, por tanto, no permite la revisión de una orden rechazando el acuerdo con fundamento en su injusticia (a diferencia de una orden rechazando el acuerdo con fundamentos relacionados con la certificación de clase). De este modo, la revisión interlocutoria estaría disponible para la cuestión de la certificación de clase pero no para la cuestión de la justicia del acuerdo. Por supuesto, ni siquiera podría argumentarse que la Regla

23(f) provee alguna base para una revisión discrecional cuando el acuerdo se relaciona con un caso que fue previamente certificado como acción de clase. Por otro lado, las partes no pueden confiar en que la corte de apelación hará lugar al pedido de revisión bajo la Regla 23(f) dado que algunos circuitos son muy restrictivos en la aplicación de esta regla. Como resultado, es poco probable que la Regla 23(f) y las reglas estatales similares provean una vía para la impugnación interlocutoria de la orden que rechaza un acuerdo con fundamento en su injusticia.

Aun cuando las partes de una acción de clase federal pueden buscar una revisión interlocutoria bajo 28 U.S.C. § 1292(b) cuestionando el rechazo del acuerdo, ellas deben obtener la certificación de la corte de juicio —el mismo juez que rechazó el acuerdo— de que tal rechazo involucra “una cuestión de derecho controlante con respecto a la cual hay sustancial motivo para diferencias de opinión y que una apelación inmediata de la orden puede avanzar materialmente la terminación definitiva del litigio”. La corte de apelación debe aceptar esa certificación. En la mayoría de los acuerdos no será posible satisfacer estos criterios, toda vez que la mayoría de los acuerdos sólo plantean cuestiones de hecho relativas a la justicia del trato conferido a los miembros de la clase (en lugar de cuestiones puras de derecho), y una corte de juicio raramente afirmará que una decisión discrecional presenta un “sustancial motivo para diferencias de opinión”. De igual modo, las partes raramente estarán en condiciones de satisfacer los altos estándares para el *mandamus*. Ocasionalmente el rechazo de un acuerdo puede ser impugnado en base a la teoría de que tal decisión se asimila al rechazo de una injunción, pero esta teoría no funcionará a menos que (1) el corazón del acuerdo propuesto involucre un remedio inyuntivo, por oposición a indemnizaciones por daños, y (2) la no autorización de una revisión inmediata podría producir un daño irreparable.

b. Aspectos procesales y alcance de la regla. A menos que la corte de distrito o la corte de apelación ordenen una suspensión, la apelación bajo esta Sección no detendrá el proceso ante la corte de juicio. En algunos casos, sin embargo, tendrá poco sentido proceder con el caso. Esto ocurre especialmente cuando hay una significativa probabilidad de que la corte de apelación se pronuncie a favor del acuerdo. En esas circunstancias, una suspensión (acompañada de una revisión expedita) puede ser apropiada.

Debido a la naturaleza no adversarial de la apelación contra el rechazo por la corte de juicio de un acuerdo propuesto, la corte de apelación puede verse en la necesidad de designar un patrocinio letrado para representar la posición de la corte de juicio según la cual el acuerdo no es justo y razona-

Capítulo 3

ble. Este punto es reconocido en la sub-sección (b). En algunas circunstancias, la corte de apelación puede concluir que esta función puede ser cumplida por los abogados de los miembros de la clase que hubieran objetado el acuerdo. Al designar los abogados, la corte de apelación debería seguir un procedimiento similar al utilizado bajo la Reg. Fed. de Proc. de Apel. 21(b) cuando una corte de apelación considera si hacer lugar a una petición de *writ of mandamus*.

Esta Sección no sólo gobierna los rechazos definitivos de acuerdos, sino también las denegatorias a ordenar notificaciones cuando las partes proponen un acuerdo preliminar. En esta última situación, de conformidad con la Reg. Fed. de Proc. Civ. 52, la corte debería reducir a la forma de una orden su rechazo a disponer notificaciones de modo tal que la decisión pueda ser apelada y la corte de apelación tenga un claro registro para revisar.

Esta Sección confiere a la corte de apelación similar discreción a la otorgada por la Regla 23(f). En muchas circunstancias el rechazo del acuerdo por la corte de distrito se presentará como correcto o razonable a primera vista, y probablemente no haya necesidad de involucrar a la corte de apelación en una revisión plena.

La revisión discrecional está disponible sólo cuando la corte de juicio certifica (en una manera similar a la establecida en la Reg. Fed. de Proc. Civ. 54(b)) que el rechazo es definitivo. En muchos acuerdos el procedimiento es dinámico: la corte revisa el acuerdo propuesto, indica los problemas que impiden su aprobación, y posteriormente las partes retornan con un nuevo acuerdo que intenta solucionar esos problemas. Permitir una apelación durante este fluido proceso interferiría con esa saludable negociación y podría impedir el progreso de las partes en el camino a alcanzar un acuerdo.

Bajo esta Sección, la revisión interlocutoria no está disponible a menos que la clase y el demandado se unan para buscarla. El rechazo de la clase o del demandado a unirse en la apelación deja sin sentido el propósito de permitir la revisión: proveer a las partes una vía para evitar el juicio cuando ambos lados de la disputa consideran que la corte de distrito abusó en su discreción al rechazar el acuerdo.

c. Impacto en la carga de trabajo de las cortes de apelación. No se espera que esta Sección tenga un impacto importante sobre la carga de trabajo de las cortes de apelación. Para comenzar, en muchas situaciones en que la corte de juicio plantea preocupaciones sobre un acuerdo las partes lo modificarán para solucionar esos problemas en lugar de acudir directamente a la corte de apelación. Cuando las preocupaciones de la corte de juicio son meritorias y pueden ser fácilmente solucionadas, las partes tienen pocas razones para

dedicar tiempo y gastos a una apelación. Por otra parte la revisión es discrecional, de modo tal que las cortes de apelación pueden limitar la revisión a aquellos casos en que la corte de juicio parece haber errado claramente. No hay pruebas de que, por ejemplo, la Regla 23(f) haya tenido un impacto sustancial sobre la carga de trabajo de las cortes de apelación federales.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. En la mayoría de las circunstancias, el rechazo de un acuerdo es una orden interlocutoria que no está sujeta a revisión inmediata. Ver, por ejemplo, *In re Tri-State Plant Food, Inc.*, 265 B.R. 450, 451–452 (M.D. Ala. 2001) (desestimando el intento del deudor de apelar el rechazo de un acuerdo de clase dispuesto por la corte de la quiebra) (citando autoridades); ver también *In re Touch Am. Holdings, Inc. ERISA Litig.*, 563 F.3d 903, 906 (9th Cir. 2009) (señalando que la desaprobación de un acuerdo de clase no es una decisión definitiva y que, por tanto, normalmente no es apelable). En raros casos, el rechazo de un acuerdo podría ser apelable bajo 28 U.S.C. § 1292(a)(1) como una orden denegatoria de una injunción. Ver, por ejemplo, *Carson v. Am. Brands, Inc.*, 450 U.S. 79, 83–89 (1981) (el rechazo de un decreto de clase consensuado es apelable porque contenía un remedio inyuntivo; la corte no decidió si la orden era apelable como una “orden colateral”). Pero este enfoque está disponible sólo cuando el acuerdo rechazado contempla un remedio inyuntivo, cuya ausencia podría causar “consecuencias irreparables si no es revisado inmediatamente”. *Id.* p. 85. Del mismo modo, 28 U.S.C. § 1292(b) no está disponible a menos que el cuestionamiento del acuerdo plantee una “cuestión ‘pura’ de derecho” en oposición a una cuestión que “requiere indagar en el expediente . . .” *Ahrenholz v. Bd. of Trustees of the Univ. of Ill.*, 219 F.3d 674, 677 (7th Cir. 2000) (Posner, J.).

Como ejemplo de un caso en el que una corte de distrito rechazó un acuerdo propuesto, ver *In re Elec. Data Sys. Corp. “ERISA” Litig.*, No. 6:03-MD-1512, 2005 WL 1875545 (E.D. Tex., 30 de Junio de 2005). Allí, las partes alcanzaron un acuerdo global en una acción de clase de alcance nacional bajo ERISA, luego de “extensas negociaciones coordinadas por uno de los mediadores más respetados en el país”, *id.* p. *4, el retirado juez de distrito y del Quinto Circuito Robert Parker. La corte rechazó el acuerdo en la etapa de revisión preliminar a pesar de su conclusión de que “en el acuerdo propuesto no hay siquiera una pizca de fraude o colusión entre las

Capítulo 3

partes”, id., y a pesar de su “gran respeto por las opiniones profesionales de los abogados de ambas partes, quienes han representado a sus clientes con gran celo y capacidad a lo largo de todo este litigio”. Id. p. *6. Después que el acuerdo fue rechazado, el Quinto Circuito dictó una orden bajo la Regla 23(f) revocando la decisión de la corte de juicio por medio de la cual se había hecho lugar a la certificación de clase. *Langbecker v. Elec. Data Sys. Corp.*, 476 F.3d 299 (5th Cir. 2007). El Quinto Circuito envió el caso de regreso a la corte de juicio para nuevos procedimientos.

En varias circunstancias el Congreso ha consagrado el derecho a apelar órdenes interlocutorias. Ver, por ejemplo, 28 U.S.C. § 1292(a)(1) (órdenes otorgando o rechazando injunciones); 28 U.S.C. § 1292(a)(2) (“órdenes designando depositarios, u órdenes rechazando el cierre del depósito o la toma de medidas para cumplir con los propósitos del mismo”); 28 U.S.C. § 1292(a)(3) (órdenes interlocutorias “determinando los derechos y responsabilidades de las partes en casos de almirantazgo donde se autorizan apelaciones de los decretos finales”). Esta Sección, sin embargo, opta por un modelo discrecional similar al de la Regla 23(f) en lugar de una revisión apelada obligatoria.

Además de la revisión discrecional bajo la Regla 23(f), la revisión apelada en el contexto de las acciones de clase está permitida en ciertas circunstancias bajo la Class Action Fairness Act del año 2005, 28 U.S.C. § 1453(c). Esa sección provee la revisión discrecional en instancia de apelación de una orden “otorgando o rechazando una moción para reenviar una acción de clase a la corte estatal de la cual fue removida” si el pedido es formulado dentro de siete días. Si la corte de apelación acepta el recurso, debe decidir al respecto dentro de los 60 días posteriores (con posibilidad de extender el plazo por 10 días más) o la apelación se entiende denegada. Esta previsión, sin embargo, no tiene aplicación para revisar el rechazo de un acuerdo.

Para autoridad indicando que la revisión bajo la Regla 23(f) raramente es apropiada, ver, por ejemplo, *In re Sumitomo Copper Litig.*, 262 F.3d 134, 140 (2d Cir. 2001) (“Anticipamos . . . que los estándares de la Regla 23(f) raramente serán satisfechos”). No obstante, la revisión apelada bajo la Regla 23(f) se ha convertido ahora en algo frecuente en algunos circuitos. Ver, por ejemplo, Paul C. Ziebert, *A Circuit by Circuit Analysis of Federal Rule of Civil Procedure 23(f) Appeals*, 3 *Class Action Litig. Rep.* (BNA) No. 22, 756 (2002).

Efecto sobre el derecho vigente. A nivel federal no se requiere ningún nuevo estatuto para lograr el tipo de revisión apelada contemplado por esta Sección. Bajo 28 U.S.C. § 1292(e), “[l]a Suprema Corte puede prescribir reglas . . . para autorizar la apelación de una decisión interlocutoria que no se encuen-

tre prevista de otro modo en [§ 1292].” Sin embargo, el dictado de legislación puede ser necesario para efectivizar este tipo de apelaciones a nivel estatal.

§ 3.13 Honorarios de abogados

- (a) Los honorarios de los abogados en las acciones de clase, sean fijados por sentencia o por acuerdo, deberían estar basados tanto en el valor de la sentencia o acuerdo para la clase como en el valor de los remedios *cy pres* que satisfagan los criterios establecidos en § 3.07.**
- (b) Sujeto a la sub-sección (c), el método utilizado en la mayoría de los casos con fondo común debería estar basado en un porcentaje sobre el fondo obtenido, determinando dicho porcentaje en función del valor monetario y no monetario de la sentencia o acuerdo. La corte puede considerar el uso del método “lodestar” como instrumento de verificación, particularmente cuando el valor de la sentencia o acuerdo es incierto.**
- (c) Más allá de su uso como instrumento de verificación, o su uso en casos que persiguen exclusivamente un remedio inyuntivo o declarativo, el método lodestar debería ser limitado a:**
 - (1) situaciones en que los honorarios serán establecidos bajo un estatuto que requiere la aplicación del método lodestar, o**
 - (2) casos en que la corte realice determinaciones específicas en torno a que la utilización del método de porcentaje sería injusta o inaplicable dadas las circunstancias particulares del caso.**
- (d) En los casos que sea apropiado, la corte debería considerar la conveniencia de definir los honorarios mediante el establecimiento de un porcentaje tempranamente en el litigio, en lugar de hacerlo después. Cuando así proceda, la corte puede, de ser apropiado, ajustar los honorarios en casos excepcionales donde el acuerdo es alcanzado muy temprano en el litigio o el nivel de las sumas obtenidas es extraordinario.**

Capítulo 3

- (e) **En cualquier sentencia contenciosa o acuerdo que disponga un remedio monetario, una corte debería, ausentes especiales circunstancias, requerir a las partes que presenten una cuenta final describiendo el monto y la distribución de todos los beneficios para los miembros de la clase, otros beneficiarios y los abogados.**

Comentario:

a. *Cálculo basado en el valor real.* Varias cortes y comentaristas se han ocupado de los honorarios de abogados que no están atados al valor real de las pretensiones de los miembros de la clase, esto es, a pagos y otros resultados que van directamente a manos de los miembros de la clase. Por ejemplo, puede crearse un pozo de dinero para pretensiones individuales sin que haya expectativas realistas de que más que un pequeño porcentaje de dicho fondo será efectivamente reclamado por los miembros de la clase. Aun si los fondos no reclamados retornan al demandado, diversas cortes han basado las regulaciones de honorarios en el valor total del fondo más que en el monto efectivamente reclamado por los miembros de la clase. Además, al menos algunos de los ímpetus dirigidos a expandir las distribuciones *cy pres* han sido fruto del deseo de agrandar el recuperado aparente de la clase. La Class Action Fairness Act del año 2005 (“CAFA”) se ocupa de esta cuestión sólo en el contexto de los “acuerdos de cupones”, exigiendo que los honorarios requeridos por el patrocinio letrado de la clase se basen sobre el valor real de los cupones canjeados. Aparte de los acuerdos de cupones, la CAFA no exige que los honorarios estén basado en el valor real del acuerdo.

Esta sección aborda la cuestión globalmente, no sólo en el contexto de los acuerdos de cupones, y requiere que las regulaciones de honorarios se basen en el valor real de la sentencia o acuerdo para los miembros de la clase. Para sentencias o acuerdos que disponen el pago de sumas de dinero, el valor real es el valor efectivamente pagado a los miembros de la clase o bien a terceros bajo un apropiado acuerdo *cy pres*. Ver § 3.07 (permitiendo que los pagos *cy pres* cuenten para calcular honorarios de los abogados a fin de asegurar que éstos pueda obtener honorarios suficientes aun en casos de escasa cuantía o de “valor negativo”). Para sentencias o acuerdos que involucran remedios de equidad, el valor es el valor real del remedio para la clase.

Determinar el valor de remedios no dinerarios es una tarea difícil, y las cortes deberían evitar enfoques que exageren o minimicen el verdadero valor de tales remedios. Para acuerdos de cupones, el valor es el valor real

de los cupones efectivamente canjeados por los miembros de la clase o distribuidos a través de un remedio *cy pres* de conformidad con § 3.07. Basada en las circunstancias específicas del caso, la corte puede diferir la determinación completa de los honorarios hasta que los montos efectivamente pagados a la clase (directa o indirectamente a través de *cy pres*) se encuentren establecidos. Además, debido a que los pagos *cy pres* (aun los que cumplen con lo establecido en § 3.07) sólo benefician indirectamente a la clase, a efectos de regular los honorarios de abogados la corte no necesita dar a dichos pagos el mismo valor completo que sería dado a recuperos directos para la clase.

Ejemplos:

1. Un fondo de acuerdo de \$100 millones es separado a fin de pagar pretensiones de consumidores que compraron computadoras aleatoriamente defectuosas. Vencido el plazo para presentar esas pretensiones, queda sin reclamar un fondo de \$95 millones y, según lo establecido en el acuerdo, este fondo remanente debe volver al patrimonio del demandado. Los honorarios deberían estar basados en un porcentaje calculado sobre \$5 millones, no en un porcentaje calculado sobre \$100 millones.
2. El acuerdo de pretensiones que involucran computadoras defectuosas establece exclusivamente un año de asistencia telefónica gratuita para cualquier miembro de la clase. El costo que insume a Demandado proveer este servicio asciende a \$10 millones. Antes de promoverse la demanda la empresa ya había anunciado y separado fondos para este programa de un año de asistencia técnica gratuita para todos los compradores ya que planeaba implementar el programa con independencia de cualquier caso que fuera promovido o acordado. Un remedio de este tipo no puede ser utilizado a efectos de evaluar el valor real del acuerdo para la clase.
3. El acuerdo de pretensiones que involucran computadoras defectuosas establece exclusivamente que cada uno de los 100.000 miembros de la clase recibirá un cupón de \$100 dólares de descuento en el precio de una nueva computadora. Sólo 10.000 miembros de la clase efectivamente usan los cupones. Los honorarios de los abogados deben ser calculado sobre el valor real del acuerdo para la clase, representado aquí por un máximo de \$1 millón.

Capítulo 3

b. Método de porcentaje versus método lodestar. Aun cuando muchas cortes en casos de fondo común permiten usar tanto el método de porcentaje como el lodestar (número de horas multiplicado por una tasa horaria razonable), actualmente la mayoría de las cortes y comentaristas creen que es mejor el método de porcentaje. Los críticos del método lodestar, por ejemplo, señalan la dificultad de aplicarlo y citan los incentivos indeseables que genera -esto es, un incentivo financiero para extender el litigio de modo tal que los abogados puedan devengar horas adicionales (y, de ese modo, honorarios adicionales). Además, algunas cortes y comentaristas han criticado el método lodestar porque genera menos incentivos para que los abogados busquen maximizar el resultado para la clase.

Algunas cortes requieren o permiten usar el método lodestar a fin de verificar el cálculo obtenido en función del método de porcentaje. Esta Sección respalda dicho enfoque librado a discreción de la corte de juicio, particularmente en casos donde hay incertidumbre acerca del verdadero valor de la sentencia o acuerdo. El método lodestar también resulta adecuado en casos que persiguen exclusivamente un remedio inyuntivo o declarativo (no monetario), o cuando la corte determina que el método de porcentaje sería injusto en el caso particular.

Como reconoce esta Sección, el método de porcentaje puede no ser viable cuando el valor del fondo común es difícil de determinar. El método de porcentaje también resulta inapropiado en casos que involucran un estatuto que impone el uso del método lodestar en materia de honorarios. En esas circunstancias, la corte debería usar el método lodestar.

c. Estableciendo los honorarios en expectativa. Esta Sección reconoce el valor de crear razonables expectativas, estableciendo que las cortes deberían intentar definir en una etapa temprana del proceso los parámetros en función de los cuales se determinarán los honorarios de los abogados. A partir de ese momento, los honorarios podrán ser reducidos sólo en excepcionales circunstancias. Por ejemplo, cuando se trata de un acuerdo que resulta consecuencia de otro (*tag-along settlement*), de un acuerdo que requirió menos trabajo del esperado o bien de un acuerdo que involucró un nivel de recupero mucho más alto del anticipado. De igual modo, después que los distintos parámetros estén definidos, la corte debería incrementar los honorarios sólo en circunstancias inusuales, tales como cuando el litigio ha durado más de lo esperado o resulta más costoso de lo que razonablemente se hubiera anticipado.

Ejemplos:

4. Actores inician una acción de clase putativa alegando que Demandado, una empresa farmacéutica, ocultó información relativa a que su medicación para la artritis causaba un serio riesgo y complicaciones durante el embarazo. Los miembros de la clase fueron estimados en aproximadamente un millón, cada uno de los cuales está en condiciones de obtener sustanciales indemnizaciones. La empresa anunció que reconocía su responsabilidad y que esperaba acordar rápidamente el caso. Debido a la probabilidad de un gran acuerdo en una etapa temprana del litigio, la corte estaría justificada para establecer el porcentaje de honorarios esperado en un número menor a la tasa usual empleada en otros acuerdos de clase celebrados en casos farmacéuticos en la misma jurisdicción. Si resulta que posteriormente Demandado se rehúsa a celebrar un acuerdo durante varios años, mientras los actores han conducido durante ese tiempo costoso *discovery* y han sacado a la luz numerosos documentos importantes, la corte puede estimar apropiado ajustar hacia arriba el porcentaje de honorarios.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. Para casos confirmando el cálculo de honorarios sobre el fondo total, con independencia de la efectiva promoción de pretensiones individuales contra el mismo, ver *Waters v. Int'l Precious Metals Corp.*, 190 F.3d 1291, 1297 (11th Cir. 1999); *Williams v. MGM-Pathe Commc'ns Co.*, 129 F.3d 1026, 1027 (9th Cir. 1997); *Masters v. Wilhelmina Model Agency, Inc.*, 473 F.3d 423, 437 (2d Cir. 2007) (citando *Waters* y *Williams* con aprobación). Ver también *Boeing Co. v. Van Gemert*, 444 U.S. 472 (1980), donde se señala que “una porción razonable de los honorarios regulados a los abogados que representaron a la clase que venció puede ser calculada sobre la porción no reclamada del fondo creado por la sentencia.”. Id. p. 473. La Corte razonó que, en casos de fondo común, “[a]un cuando [el demandado] no puede ser obligado a pagar honorarios regulados a los abogados de la clase, su pretensión latente sobre el dinero del fondo no reclamado no podría estar por encima de la obligación de equidad de cada miembro de la clase de compartir los gastos del litigio”. Id. p. 482.

Capítulo 3

Para preocupaciones planteadas por casos de este tipo, ver *Int'l Precious Metals Corp. v. Waters*, 530 U.S. 1223, 1224 (2000) (voto del Juez O'Connor) (señalando que la Corte en *Boeing, supra*, donde se confirmó fuera del contexto de un acuerdo una regulación de honorarios basada en el monto total disponible para la clase, no se “ocupó de si debe haber al menos alguna conexión razonable entre la regulación de honorarios y el monto efectivamente distribuido a la clase”; *Fears v. Wilhelmina Model Agency, Inc.*, No. 02-Civ-4911(HB), 2005 WL 1041134 (S.D.N.Y. May 5, 2005), revocado en la parte pertinente bajo el nombre de *Masters v. Wilhelmina Model Agency, Inc.*, 473 F.3d 423 (2d Cir. 2007). Ver también *Strong v. BellSouth Telecomm., Inc.*, 137 F.3d 844, 852 (5th Cir. 1998) (la corte de distrito no abusó en su discreción al regular honorarios con base en los pagos efectivamente realizados más que en el fondo total).

La poca doctrina que existe sobre esta cuestión se encuentra dividida. Un artículo señala que “[a]un cuando calcular los honorarios de los abogados . . . como un porcentaje del fondo total acarrea los riesgos de alentar colusión y demandas frívolas”, ese enfoque “crea un necesario incentivo para abogados de clase a fin de promover acciones de clase de consumo de escasa cuantía” Hailyn Chen, Comment, *Attorneys' Fees and Reversionary Fund Settlements in Small Claims Consumer Class Actions*, 50 UCLA L. Rev. 879, 902 (2003). Pero el incentivo para promover acciones de clase con pretensiones de escasa cuantía puede igualmente ser generado habilitando la celebración de acuerdos *cy pres*, como lo permite § 3.07. Para críticas sobre la fijación de honorarios con base en el fondo completo más que en el monto reclamado por los miembros de la clase, ver *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 21.71, p. 337 (2004) (los honorarios deberían estar basados en pretensiones efectivas).

Comentario b. El principio de fondo común es descrito en detalle en el *Restatement Third of Restitution and Unjust Enrichment* § 30, 66–119 (Borrador Tentativo N° 3, 2004). Para casos requiriendo el uso del método de porcentaje, ver, por ejemplo, *In re Gen. Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Prods. Liab. Litig.*, 55 F.3d 768, 821–822 (3d Cir. 1995) (requiriendo verificación por método lodestar); *Swedish Hosp. Corp. v. Shalala*, 1 F.3d 1261, 1271 (D.C. Cir. 1993); *Camden I Condo. Ass'n v. Dunkle*, 946 F.2d 768, 774 (11th Cir. 1991).

Para casos acordando discreción a las cortes para utilizar el método de porcentaje o el método lodestar, ver, por ejemplo, *Goldberger v. Integrated Res., Inc.*, 209 F.3d 43, 50 (2d Cir. 2000); *In re Thirteen Appeals Arising out of San Juan Dupont Plaza Hotel Fire Litig.*, 56 F.3d 295, 307 (1st Cir. 1995). Para casos de cortes estatales atípicas que expresan una preferencia por el

método lodestar sobre el método de porcentaje sobre el fondo común, ver, por ejemplo, *Kuhnlein v. Dep't of Revenue*, 662 So. 2d 309, 312 (Fla. 1995).

Con respecto al uso del método lodestar para verificación, las cortes han reconocido que “el lodestar puede proveer una perspectiva útil sobre la razonabilidad de una regulación porcentual determinada”. *Vizcaino v. Microsoft Corp.*, 290 F.3d 1043, 1050 (9th Cir. 2002). Ver también *In re Cendant Corp. Litig.*, 264 F.3d 201, 285 (3d Cir. 2001) (discutiendo casos que utilizaron el método lodestar para fines de verificación).

Para un estudio de los varios enfoques tomados por las cortes, incluyendo una discusión de casos utilizando el método lodestar como instrumento de verificación, ver Vaughn R. Walker & Ben Horwich, *The Ethical Imperative of a Lodestar Cross-Check: Judicial Misgivings About “Reasonable Percentage” Fees in Common Fund Cases*, 18 *Geo. J. Legal Ethics* 1453, 1455–1464 (2005).

Varios comentaristas han reconocido las deficiencias del enfoque lodestar. Ver, por ejemplo, Charles Silver, *Due Process and the Lodestar Method: You Can't Get There From Here*, 74 *Tul. L. Rev.* 1809 (2000); John Bronsteen, *Class Action Settlements: An Opt-In Proposal*, 2005 *U. Ill. L. Rev.* 903, 911 n. 54 (citando autoridad). Ver en general *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 14.121, at 186–196 (2004) (extensa discusión de los métodos de porcentaje y lodestar); Report of the Third Circuit Task Force on Court Awarded Attorney Fees, 108 *F.R.D.* 237 (1985); Judith Resnik, Dennis E. Curtis & Deborah R. Hensler, *Individuals Within the Aggregate: Relationships, Representation, and Fees*, 71 *N.Y.U. L. Rev.* 296, 336–355 (1996) (discutiendo métodos para regulación de honorarios).

Para una discusión sobre la necesidad del enfoque lodestar cuando el fondo es difícil de calcular o involucra un estatuto que regula la responsabilidad por honorarios, ver, por ejemplo, *Manual for Complex Litigation (Fourth)* § 14.121, p. 190 (2004).

Comentario c. Para autoridad sobre el concepto de establecer los parámetros para regular honorarios de abogados en un momento temprano del proceso, ver Silver, *Due Process and the Lodestar Method*, 74 *Tul. L. Rev.* at 1836 n.126 (citando casos de cortes de juicio de Texas sin publicar).

Efecto sobre el derecho vigente. La sub-sección (a) rechaza los casos que confirmaron regulaciones de honorarios basadas en el fondo total con independencia del valor efectivo de la sentencia o acuerdo para los reclamantes. Las sub-secciones (b) y (c) rechazan los casos que prefieren el enfoque lodestar al enfoque de porcentaje sobre el fondo o que autorizan elegir entre ambos métodos. Las sub-secciones (d) y (e) están dentro de la discreción de una corte y no requieren cambio alguno en el derecho.

Capítulo 3

§ 3.14 Impugnaciones al acuerdo posteriores a la sentencia

- (a) **La vía normal para impugnar un acuerdo es una apelación directa de la orden o sentencia que lo aprueba. Aparte de la apelación, una sentencia que aprueba un acuerdo de clase no puede ser impugnada, excepto:**
- (1) **ante la corte en la cual se celebró el acuerdo, con base en los fundamentos generalmente aplicables bajo las reglas de proceso civil para obtener la liberación de una sentencia; o**
 - (2) **ante la misma u otra corte, con fundamento en que la corte ante la cual se celebró el acuerdo carecía de competencia personal o material, no realizó las determinaciones necesarias en materia de representatividad adecuada, o no otorgó a los miembros de la clase una notificación razonable y una oportunidad para ser oídos como requiere el derecho aplicable.**
- (b) **Al restringir las impugnaciones colaterales al acuerdo de clase, esta Sección no modifica el derecho existente que gobierna la capacidad de los miembros de la clase para promover pretensiones de mala praxis o violación del deber de fidelidad contra los abogados de la clase en el modo que lo permita el derecho aplicable.**

Comentario:

a. Necesidad de poner fin al litigio. Una de las principales finalidades de los acuerdos de clase es alcanzar el fin del litigio. Cuando se permite a los miembros de la clase realizar impugnaciones colaterales a un acuerdo con fundamentos que fueron planteados durante el procedimiento de aprobación del acuerdo, o podrían haberlo sido, se socava la propia integridad del procedimiento de acuerdo.

No es factible clausurar ataques posteriores a la sentencia en todas las circunstancias. De hecho, las Reg. Fed. de Proc. Civil. y las reglas correspondientes que gobiernan las cortes estatales reconocen una estrecha categoría de situaciones en que la liberación de la sentencia resulta apropiada. Esas reglas no están limitadas a los acuerdos de clase, pero aplican a los

intentos para buscar la liberación de cualquier sentencia definitiva, sea o no de clase. Debido a que los acuerdos de clase deben ser aprobados por la corte, la disposición de una acción de clase por medio de un acuerdo crea una sentencia definitiva a la cual le resultan aplicables reglas tales como las Reg. Fed. de Proc. Civil. 59(e) y 60(b). La Regla Federal 60(b), por ejemplo, establece diversas situaciones limitadas en que una parte puede buscar su liberación de una sentencia definitiva, incluyendo, entre otras, error o negligencia excusable; descubrimiento de nueva prueba que no estaba disponible previamente; fraude u otras conductas indebidas de la parte contraria; y una sentencia nula. Esta Sección anticipa que el derecho elaborado en torno a la Regla Federal 60(b) y sus contrapartes estatales será utilizado para determinar cuándo debe permitirse una impugnación del acuerdo de clase posterior a la sentencia. Impugnaciones de este tipo deben ser propuestas ante la corte que aprobó el acuerdo.

Las impugnaciones posteriores al juicio también pueden ser permisibles si la corte carece de competencia personal o material bajo el derecho aplicable, o no realiza las determinaciones necesarias con respecto a la representatividad adecuada. Por otra parte, las impugnaciones posteriores a la sentencia pueden ser autorizadas con base en que los miembros de la clase no recibieron una notificación razonable como es requerido por el derecho aplicable al caso. Esta Sección no aprueba el uso de la impugnación posterior a la sentencia como vía para relitigar determinaciones sobre representatividad adecuada que fueron realizadas antes de la sentencia por la corte que aprobó el acuerdo.

La eliminación de la capacidad de promover un ataque posterior al juicio, excepto por las razones especificadas en esta Sección (o en el contexto de una pretensión de mala praxis o violación al deber de lealtad contra los abogados de la clase), debe ser acompañada por protecciones para asegurar que las determinaciones originales sobre la justicia del acuerdo y la representatividad adecuada sean completa y cuidadosamente consideradas. Este Capítulo asegura esas protecciones de salida, voz y lealtad mediante las siguientes medidas: requerir determinaciones sobre la representatividad adecuada al momento del acuerdo, aun si el requisito se encontraba cumplido al momento de la certificación (§ 3.05); alentar objeciones meritorias (§ 3.08); alentar el uso de *special masters*, *special officers* y otros adjuntos de la corte (§ 3.09); y requerir, salvo en circunstancias excepcionales, un segundo derecho de optar por excluirse cuando los términos del acuerdo no eran conocidos al momento de la primera oportunidad para hacerlo (§ 3.11). En general, esta Sección no aprueba el uso de la impugnación colateral como

Capítulo 3

vía para relitigar determinaciones específicas efectuadas por la corte que aprobó el acuerdo con carácter previo a la sentencia.

Al referirse a la posibilidad de promover pretensiones por mala praxis, esta Sección no propone ninguna expansión del derecho existente sobre esa materia.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. Para casos reconociendo el efecto vinculante de las sentencias de acciones de clase, ver, por ejemplo, *Devlin v. Scardelletti*, 536 U.S. 1, 10–11 (2002) (“apelar la aprobación del acuerdo es el único medio que tiene [un miembro de la clase] para protegerse de ser vinculado por una disposición de sus derechos que encuentra inaceptable”); *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 805 (1985); *Cooper v. Fed. Reserve Bank of Richmond*, 467 U.S. 867, 874 (1984) (“una sentencia dictada en una acción de clase apropiadamente tramitada resulta vinculante sobre los miembros de la clase en cualquier litigio subsiguiente”).

Para argumentos a favor de autorizar amplias impugnaciones posteriores a la sentencia, ver, por ejemplo, Susan P. Koniak, *How Like a Winter? The Plight of Absent Class Members Denied Adequate Representation*, 79 *Notre Dame L. Rev.* 1787, 1790–1791 (2004); Patrick Woolley, *The Availability of Collateral Attack for Inadequate Representation in Class Suits*, 79 *Tex. L. Rev.* 383 (2000); Henry P. Monaghan, *Antisuit Injunctions and Preclusion Against Absent Nonresident Class Members*, 98 *Colum. L. Rev.* 1148, 1195–1199 (1998).

Para argumentos contra la autorización de amplias impugnaciones posteriores a la sentencia, ver, por ejemplo, Samuel Issacharoff & Richard A. Nagareda, *Class Settlements Under Attack*, 156 *U. Pa. L. Rev.* 1649 (2008); Marcel Kahan & Linda Silberman, *The Inadequate Search for “Adequacy” in Class Actions: A Critique of Epstein v. MCA, Inc.*, 73 *N.Y.U. L. Rev.* 765 (1998); Richard A. Nagareda, *Administering Adequacy in Class Representation*, 82 *Tex. L. Rev.* 287, 310–315 (2003); Kevin R. Bernier, Note, *The Inadequacy of the Broad Collateral Attack: Stephenson v. Dow Chemical Company and Its Effects on Class Action Settlements*, 84 *B.U. L. Rev.* 1023 (2004).

Las cortes también están divididas sobre esta cuestión. Comparar, por ejemplo, *Stephenson v. Dow Chem. Co.*, 273 F.3d 249 (2d Cir. 2001) (permitiendo impugnación colateral sobre la representatividad adecuada), confirmado en parte y revocado en parte, 539 U.S. 111 (2003), con *Epstein v. MCA, Inc.*, 179 F.3d 641 (9th Cir. 1999) (rehusándose a permitir impug-

nación colateral). En *Stephenson* la Suprema Corte concedió el *certiorari* para resolver esta cuestión, pero al tratarla se dividió 4-4 y por tanto el caso no tiene valor de precedente. Esta Sección rechaza las impugnaciones posteriores a la sentencia autorizadas por el Segundo Circuito en *Stephenson*. Ver § 2.07, Notas de los Reporteros; cf. *Wolfert v. Transamerica Home First, Inc.*, 439 F.3d 165, 172 (2d Cir. 2006) (caso posterior a *Stephenson*, señalando que “no sería injusto precluir una revisión colateral” basada en la representatividad adecuada cuando la cuestión fue planteada en toda su extensión y rechazada por la corte de juicio).

Para un ejemplo de una impugnación posterior a la sentencia basada en la supuesta falta de competencia de la corte original, ver *McGee v. Int'l Life Ins. Co.*, 355 U.S. 220 (1957). Las impugnaciones posteriores al acuerdo que busquen su invalidación normalmente provendrán de miembros de la clase descontentos. Por tanto, los argumentos sobre competencia personal se enfocarán en que la corte carecía de tal competencia sobre los miembros de la clase ausentes. En *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985), la Corte sostuvo que normalmente los miembros de la clase no están sujetos al análisis de “contactos mínimos” que aplica a los demandados en materia de competencia personal. La Corte dejó abierta la posibilidad de presentar un argumento de ese tipo en el contexto de acciones de clase pasivas o acciones que persiguen indemnizaciones por daños en las que no se garantizaron notificaciones y derechos de optar por excluirse. *Id.* p. 811 n.3.

Efecto sobre el derecho vigente. El enfoque de esta Sección, en gran medida, busca apoyar el entendimiento emergente de la preclusión en el contexto de los procesos colectivos. Ver la dicusión más arriba en § 2.07.