

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

§ 2.07 Derechos individuales en pretensiones relacionadas agregadas

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

Capítulo 2

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

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

Comentario:

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

NOTAS DE LOS REPORTEROS

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo 2

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

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

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

El enfoque de la sub-sección (a)(1) en términos de “conflictos de interés estructurales” está diseñado para dotar de mayor precisión a la indagación sobre la lealtad en conexión con las acciones de clase, una indagación formulada históricamente en términos de representación adecuada. Como reflejan las citas precedentes, la jurisprudencia de años recientes sobre acciones de clase refleja de manera creciente que el concepto de adecuada representación ha sido sobrecargado con múltiples y variados significados, los cuales no presentan el mismo alcance a la hora de las impugnaciones posteriores a la sentencia de clase. Un significado —aquel de “conflictos de interés estructurales”, discernible como parte de la determinación de agre-

gar o que emerge como parte de tal proceso— se refiere a la legitimidad de la sentencia de clase desde su origen y con independencia de su resultado. Otro significado -aquel de la adecuada representación en el sentido de un adecuado acuerdo transaccional colectivo- es bien diferente por encontrarse intrínsecamente ligado al resultado. Puesto de manera menos formal, una clase legítimamente constituida puede no obstante alcanzar un acuerdo transaccional colectivo mediocre y hasta injusto; y, al inverso, un acuerdo transaccional colectivo puede ser sensato en su contenido pero, sin embargo, haber surgido de una clase impropia constituida. Ver *Amchem*, 521 U.S. p. 622–623 (“Los beneficios que las personas expuestas al amianto pueden ganar del establecimiento de un esquema de compensación a gran escala. . . no son pertinentes para la indagación sobre el requisito de predominancia” diseñado para controlar la composición de la clase.). El derecho vigente tiene una tendencia a confundir aun más estos asuntos al enfocar la adecuada representación -sin una diferenciación clara entre estructura y resultado- como un aspecto de la competencia personal, al menos cuando los miembros de la clase carecen de otro modo de “contactos mínimos” con el foro donde se planteó el caso. Ver *Shutts*, 472 U.S. p 812 (“[L]a Cláusula de Debido Proceso requiere que el actor nominal represente adecuadamente en todo momento los intereses de los miembros de la clase ausentes.”). Para críticas sobre la agrupación indiferenciada de estos diversos significados bajo la rúbrica común de adecuada representación, ver Issacharoff & Nagareda, *Class Settlements under Attack*, 156 U. Pa. L. Rev. pp. 1656–1658.

Comentario e. Para una discusión sobre cómo la oportunidad de optar por excluirse de la clase puede reforzar la adecuada calidad de la representación al poner presión competitiva sobre los abogados de la clase, ver Richard A. Nagareda, *The Preexistence Principle and the Structure of the Class Action*, 103 Colum. L. Rev. 149, 168–174 (2003). Sobre la elección entre derechos de salida estructurados en términos de oportunidad para excluirse de la clase y derechos de salida estructurados en términos de oportunidad para incluirse en ella, comparar *Shutts*, 472 U.S. at 812 (rechazando la “aseveración de que la Cláusula de Debido Proceso Legal de la Enmienda Decimocuarta requiere que los actores ausentes deban efectivamente ‘optar por ser incluidos en la clase, más que ser considerados miembros de la clase si no optan por ‘excluirse’”), con John Bronsteen & Owen Fiss, *The Class Action Rule*, 78 Notre Dame L. Rev. 1419, 1446–1447 (2003) (argumentando en defensa de que los acuerdos transaccionales colectivos sólo puedan vincular a aquellos reclamantes que opten por ser incluidos). Ver § 2.10 (discutiendo la posibili-

Capítulo 2

dad de agregación mediante efectivo consentimiento de los reclamantes en situaciones excepcionales).

Sobre la posibilidad de una oportunidad adicional para optar por excluirse de una acción de clase en el supuesto de darse un acuerdo, comparar la Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(e)(4) (“Si la acción de clase fue previamente certificada en los términos de la Regla 23(b)(3), la corte puede rehusarse a aprobar un acuerdo a menos que el mismo conceda una nueva oportunidad para excluirse de la clase a los miembros individuales de ésta que tuvieron una oportunidad anterior para ello pero no lo hicieron”, con David Rosenberg, *Adding a Second Opt-Out to Rule 23(b)(3) Class Actions: Cost Without Benefit*, 2003 U. Chi. Legal F. 19 (criticando por razones pragmáticas la segunda oportunidad para excluirse).

Comentario f. La referencia a “notificación apropiada” se desprende de la locución ahora utilizada en el derecho de las acciones de clase para reconocer la posibilidad de notificar a los miembros de la clase que buscan obtener remedios indivisibles. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(c)(2)(A) (“En cualquier clase certificada en los términos de la Regla 23(b)(1) o (b)(2) la corte puede ordenar una notificación apropiada a la clase”). El enfoque de las notificaciones en términos de “la mejor notificación que pueda practicarse” cuando se persigue obtener remedios divisibles surge de la Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(c)(2)(B) (notificaciones en acciones de clase certificadas conforme la Regla 23(b)(3)), que a su turno fue delineada sobre la terminología utilizada por la Suprema Corte para propósitos de debido proceso en un caso que precede a la moderna Regla 23: *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 317 (1950). La Corte de *Mullane* entendió que la mejor notificación practicable consiste en aquella notificación “razonablemente calculada, bajo todas las circunstancias, para informar a las partes interesadas de la existencia de la acción y proveerles una oportunidad para presentar sus objeciones”. 339 U.S. pp. 314–315.

Para la presunción de que la notificación individual es la mejor notificación practicable con respecto a las pretensiones que llevan por objeto remedios divisibles, ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(c)(2)(B) (requiriendo “notificación individual a todos los miembros que puedan ser identificados por medio de un esfuerzo razonable”); *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 176 (1974) (“[La] notificación individual dirigida a los miembros identificables de la clase no es una consideración discrecional que deba ser evaluada en un caso particular. Es, más bien, un claro requisito de la Regla 23.”). Para comentarios cuestionando este aspecto de *Eisen*, ver Wolfman & Morrison, *Shutts Opt-Out Right*, 74 UMKC L. Rev. at 751.

Como señala la doctrina, en reglas estatales concernientes a notificaciones a los miembros de la clase “uno puede encontrar un gran número de variaciones de la práctica federal [sobre acciones de clase]”, Thomas D. Rowe, Jr., *State and Foreign Class-Action Rules and Statutes: Differences from—and Lessons for?—Federal Rule 23*, 35 W. St. U. L. Rev. 147, 162 (2008). “Todas [esas variaciones] apuntan en dirección a requisitos menos exigentes, lo que parece reflejar una idea bastante extendida de que el texto de la Regla Federal -a pesar de las preocupaciones sobre debido proceso que le sirven de apoyo- no coincide con un mandato constitucional.” Id. Para ejemplos de reglas estatales sobre acciones de clase que contemplan mayor flexibilidad en materia de notificaciones, ver Cal. R. Ct. 3.766(f) (“Si la notificación personal es irrazonablemente costosa o el interés de cada miembro individual resulta insustancial, o si resulta que todos los miembros de la clase no pueden ser notificados personalmente, la corte puede ordenar un medio de notificación razonablemente calculado para informar a los miembros de la clase sobre la existencia de la acción -por ejemplo, publicación en diario o revista; transmisión televisiva, por radio o la Internet; o mediante la colocación de carteles o distribución de folletos a través de una asociación de comercio o profesional, sindicato o grupo de interés.”); 735 Ill. Comp. Stat. 5/2-803 (2003) (“[L]a corte puede ordenar discrecionalmente la notificación que estime necesaria para proteger los intereses de la clase y de las partes.”); Iowa R. Civ. P. 1.266(3) (“Para determinar la manera y la forma en que deben realizarse las notificaciones, la corte deberá considerar los intereses de la clase, el tipo de remedio solicitado, el costo de notificar a los miembros de la clase, y el posible perjuicio que puede producirse para los miembros que no reciben la notificación.”); Md. R. Civ. P. 2-231(e) (“En una acción de clase tramitada conforme la sub-sección (b)(3), debe notificarse a los miembros de la clase de la manera en que la corte lo disponga.”); N.Y. C.P.L.R. § 904(c) (McKinney 2006) (“Al determinar el método por el cual la notificación debe ser practicada, la corte deberá considerar . . . el costo de practicar las notificaciones por cada método tomado en consideración . . . los recursos de las partes y . . . los intereses de cada miembro de la clase representado, y la probabilidad de que un número significativo de miembros representados podrían desear excluirse de la clase o presentarse individualmente, lo cual puede ser determinado, a discreción de la corte, enviando notificaciones a una muestra aleatoria de la clase.”); Pa. R. Civ. P. 1712(a) (“Al determinar el tipo y contenido de la notificación a ser utilizada y los miembros que deben ser notificados, la corte deberá considerar la extensión y naturaleza de la clase, el tipo de remedio pretendido, el costo de notificar a los miembros y

Capítulo 2

el posible perjuicio que sufrirán los miembros de la clase u otras partes si no reciben una notificación”); S.C. R. Civ. P. 23(d)(2) (“La corte . . . puede ordenar que la notificación sea practicada de manera tal que permita orientar sobre la pendencia de la acción iniciada por la parte que busca mantener la acción en beneficio de la clase”). La flexibilidad reconocida en estas reglas estatales sobre acciones de clase se encuentra en línea con el enfoque Canadiense. Ver Rowe, *State and Foreign Class-Action Rules*, 35 W. St. U. L. Rev. at 164 (“La legislación canadiense sobre procesos de clase es marcadamente flexible en cuestión de notificaciones. Al establecer los factores que una corte debe considerar para definir qué tipo de notificación es requerida en determinadas circunstancias, Ontario y British Columbia también autorizan a que la corte ‘pueda dispensar la notificación si . . . considera apropiado hacerlo’”) (citando a Craig Jones, *Theory of Class Actions* 126 (2003)); ver también *Parsons v. McDonald’s Restaurants of Canada Ltd.*, C41264, [2005] O.J. 506 QUICKLAW (O.A.C. Feb. 16, 2005).

Sobre la importancia de la oportunidad conferida a los miembros de la clase para ser oídos con relación a la disposición de sus pretensiones, ver Patrick Woolley, *Rethinking the Adequacy of Adequate Representation*, 75 Tex. L. Rev. 571 (1997). Sobre la oportunidad para ser oído como un componente del debido proceso en procedimientos de adjudicación desarrollados por agencias administrativas, ver *Londoner v. City and County of Denver*, 210 U.S. 373, 385–386 (1908).

Comentario g Denegar tanto los beneficios como los detrimentos preclusivos de la sentencia de clase es consistente con el viejo objetivo de evitar intervenciones unilaterales en las acciones de clase cuando los miembros ausentes tuvieron oportunidad de optar por excluirse. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(b)(3), nota del comité consultivo. Pero ver § 2.10 (discutiendo excepcionales situaciones que pueden justificar el uso de clases generadas mediante el mecanismo de optar por incluirse). Para un ejemplo sobre una corte ordenando, en una acción de clase, el secuestro de una porción de toda suma obtenida por reclamantes que hubieran optado por excluirse a fin de destinarla a cuenta de los beneficios obtenidos por ellos del *discovery* producido en la acción de clase y del desarrollo de los méritos del caso por los abogados de la clase, ver *In re Linerboard Antitrust Litig.*, 292 F. Supp. 2d 644 (E.D. Pa. 2003).

Comentario h. La sub-sección (c) busca alinear y simplificar el tratamiento de las agregaciones obligatorias al agrupar conceptos actualmente dispersos en múltiples previsiones contenidas en reglas sobre acciones de clase. Como § 2.04, la sub-sección (c) de esta Sección abandona la distinción nominal

trazada entre el tratamiento de clase obligatorio cuando la tramitación de “acciones separadas por parte de miembros individuales de la clase podría crear un riesgo de adjudicaciones inconsistentes o diversas con respecto a miembros individuales de la clase que establecerían estándares de conducta incompatibles para la parte que se opone a la clase” (Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(b)(1)(A)) y el tratamiento de clase obligatorio cuando “la parte que se opone a la clase ha actuado o se ha negado a actuar sobre bases que aplican generalmente a la clase, de manera tal que un remedio final inyuntivo o declarativo resulta apropiado con respecto a la clase como un todo” (Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(b)(2)). Ver § 2.04, Notas de los Reporteros (discutiendo la falta de diferencia funcional entre las clases de la Regla 23(b)(1)(A) y la Regla 23(b)(2)).

El análisis de los beneficios prácticos de una agregación obligatoria cuando se trata de pretensiones de objeto indivisible se desprende de *Allen v. Int'l Truck & Engine Corp.*, 358 F.3d 469 (7th Cir. 2004). Allí, el Séptimo Circuito señaló que “la certificación de la clase obliga a los abogados (y a los actores representativos) a proceder como fiduciarios de todos los empleados [afectados], más que a tratar de maximizar el resultado para los 27 [empleados con acciones individuales iniciadas] al potencial costo de los otros 323.” *Id.* p 471. La corte señaló también que la certificación de clase “dará derecho a los abogados a percibir honorarios profesionales como representantes de las ganancias (de haber alguna) alcanzadas por todos los empleados, y no sólo por los actores nominales.” *Id.*

El enfoque de la agregación obligatoria cuando se trata de pretensiones que persiguen obtener un remedio de objeto indivisible tiene además el beneficio de asegurar que el proceso colectivo pueda poner fin al conflicto -en particular, evitando las barreras a esa finalidad que fueran identificadas en *Johnson v. General Motors Corp.*, 598 F.2d 432 (5th Cir. 1979), and *Brown v. Ticor Title Ins. Co.*, 982 F.2d 386 (9th Cir. 1992). En *Johnson*, la corte sostuvo que un miembro de una acción de clase obligatoria por discriminación laboral mantenida en los términos de la Regla 23(b)(2) no puede verse impedido de perseguir un remedio divisible (pretensión de pago de sumas de dinero) por medio de un proceso individual, porque el empleado actor no había recibido notificación de la acción de clase. 598 F.2d p. 436. La corte fue más lejos en *Ticor Title*, sosteniendo que los miembros de una clase ostensiblemente obligatoria en el marco de litigios por acciones y otros valores bursátiles no pueden ser precluidos para promover procesos individuales persiguiendo el remedio divisible de daños basados en un acuerdo transaccional colectivo que pretendió resolver completamente todas las pretensiones

Capítulo 2

(tanto las que perseguían remedios indivisibles como aquellas que buscaban remedios de objeto divisible). 982 F.2d p. 392. Dotar al acuerdo colectivo de efectos preclusivos en materia de distribución del remedio de daños, razónó la corte de *Ticor Title*, violaría el derecho de debido proceso legal de los miembros de la clase ya que al tratarse de una clase obligatoria no se otorgó a éstos oportunidad de optar por excluirse. Id.

Uno puede entender mejor la insistencia sobre el asunto de la notificación en *Johnson* y sobre la oportunidad de optar por excluirse en *Ticor Title* si se considera ambos asuntos como derivados de una sospecha subyacente sobre la idoneidad del tratamiento colectivo obligatorio para resolver en su totalidad pretensiones que persiguen remedios divisibles, al menos fuera del escenario de un fondo limitado. El problema en ambos casos surgía no tanto del efecto del acuerdo colectivo sobre litigios subsiguientes, sino de la falta de idoneidad del tratamiento de clase obligatorio en primer lugar. La sub-sección (c) actúa sobre las razonables preocupaciones de las cortes de *Johnson* y *Ticor Title* al limitar la agregación obligatoria a situaciones en las cuales dicha naturaleza obligatoria del proceso resulta necesaria para gestionar de manera justa y eficiente las pretensiones que llevan por objeto remedios indivisibles. Como refleja § 2.04, las pretensiones que llevan por objeto remedios divisibles deberían ser analizadas separadamente, tanto en lo que respecta a la idoneidad del tratamiento colectivo como en cuanto a la oportunidad de excluirse de cualquier proceso colectivo del género, de acuerdo con la sub-sección (a)(1) de esta Sección.

Comentario i. *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999), se refiere a la necesidad de probar la existencia de un fondo limitado y que su naturaleza limitada surja de condiciones preexistentes al tratamiento colectivo. En *Ortiz*, la Corte revocó la aprobación de un acuerdo transaccional colectivo de tipo obligatorio por ser inconsistente con la Regla 23(b)(1)(B). Razonando fuertemente a partir de tempranos precedentes de equidad que consideró como fuentes de la actual Regla 23(b)(1)(B), la Corte sostuvo que “la primera y más distintiva característica [de un fondo limitado] es que el total agregado de las pretensiones liquidadas y el fondo disponible para satisfacerlas, definidos ambos en sus máximos, demuestren la falta de capacidad del fondo para pagar todas las pretensiones”. Id. p. 838. La Corte siguió adelante para enfatizar que el pretendido fondo limitado en *Ortiz* —en esencia, la suma proveída por las aseguradoras de Fibreboard en acuerdos celebrados en el marco de litigios relacionados donde se discutían las obligaciones de cobertura por pretensiones de daños fundadas en la exposición al amianto— era simplemente una creación de las negociaciones del acuerdo colecti-

vo y resultaba muy inferior a la suma máxima que Fibreboard podría haber destinado al acuerdo. Id. p. 859.

Para comentarios conceptualizando el tratamiento de clase obligatorio en el escenario de fondos limitados como un procedimiento similar a una acción *interpleader*, ver, por ejemplo, Samuel Issacharoff, *Class Action Conflicts*, 30 U.C. Davis L. Rev. 805, 820–821 (1997). En esta mirada, la capacidad de los actores para buscar una resolución común obligatoria a fin de dividir un pozo determinado sirve la misma función que el *interpleader*, pero ubica la autoridad para invocar el procedimiento en manos de los reclamantes. El propio dispositivo de *interpleader* se encuentra bien establecido en el derecho procesal. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 22.

La pregunta más importante que surgió sobre la Regla 23(b)(1)(B) después de *Ortiz* se refiere a la disponibilidad del tratamiento de clase obligatorio cuando la naturaleza limitada del fondo no surge del patrimonio neto del demandado sino, en cambio, de limitaciones constitucionales de debido proceso en materia de los daños punitivos máximos que el demandado puede verse obligado a pagar por un único curso de conducta. Comparar *In re Simon II Litig.*, 407 F.3d 125, 127 (2d Cir. 2005) (revocando la certificación de una clase obligatoria en reclamo de daños punitivos por falta de “pruebas en función de las cuales la corte de distrito podría establecer los límites del fondo y del valor agregado de los daños punitivos contra el mismo, permitiendo así que el fondo postulado pudiera considerarse inadecuado para pagar todas las pretensiones legítimas”), con *In re Exxon Valdez*, 229 F.3d 790, 795 (9th Cir. 2000) (señalando que “las cortes han alentado el uso de acciones de clase obligatorias para manejar pretensiones por daños punitivos en casos de daños masivos”). Esta Sección enmarca la indagación sobre la disponibilidad del tratamiento de clase obligatorio para pretensiones por daños punitivos en términos de si el límite constitucional para este tipo de remedios es tal que genera una interdependencia preexistente entre las pretensiones por daños punitivos, como algo distinto a un límite meramente teórico que, en la práctica, no tornaría interdependientes a tales pretensiones en ausencia de tratamiento colectivo. Cf. *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346, 355 (2007) (distinguiendo entre la consideración constitucionalmente permisible de la conducta del demandado frente a personas similarmente situadas al actor en orden a evaluar la reprochabilidad de tal conducta con relación al actor, y el constitucionalmente impermissible castigo del demandado por su conducta hacia esas otras personas); *State Farm Mut. Auto Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408, 419–424 (2003) (revocando una condena por daños punitivos en un litigio individual como inconstitucionalmente excesiva debido, en parte, al

Capítulo 2

error en que incurrió la corte de juicio al permitir que los actores invocaran el curso de conducta seguido por el demandado en otros estados). La importancia del análisis sobre daños punitivos efectuado por la Corte en *Williams* a los fines de determinar la viabilidad de certificar una acción de clase obligatoria por daños punitivos se mantiene sujeta a debate en la doctrina. Comparar, por ejemplo, Byron G. Stier, *Now It's Personal: Punishment and Mass Tort Litigation after Philip Morris v. Williams*, 2 *Charleston L. Rev.* 433 (2008) (afirmando que la lógica de *Williams* cierra la puerta a la certificación de acciones de clase obligatorias por daños punitivos), con Elizabeth J. Cabraser & Robert J. Nelson, *Class Action Treatment of Punitive Damages Issues after Philip Morris v. Williams: We Can Get There from Here*, 2 *Charleston L. Rev.* 407 (2008) (encontrando espacio para acciones de clase obligatorias por daños punitivos luego de *Williams*).

Se encuentra “bien establecido” que una demostración de insolvencia no es precondition para peticionar una reorganización de conformidad con el Capítulo 11 del Bankruptcy Code. Ver, por ejemplo, *In re SGL Carbon Corp.*, 200 F.3d 154, 163 (3d Cir. 1999). Pero el derecho sobre concursos y quiebras contiene un requisito implícito según el cual una petición del género debe ser efectuada “de buena fe” en el sentido de surgir de una “seria amenaza” a la continuidad de las operaciones del deudor. Ver *id.* pp. 160–162. Para los requisitos de la votación a fin de confirmar un plan de reorganización, ver 11 U.S.C. § 1126. Para la regla de “absoluta prioridad”, ver *id.* § 1129(b)(2). Sobre la importancia de vigilar el límite entre la acción de clase por fondo limitado y la quiebra a la luz de las protecciones adicionales conferidas a los reclamantes en el último de estos procesos, ver John C. Coffee, Jr., *Class Wars: Evaluating the Selection of Class Counsel by Auction*, 95 *Colum. L. Rev.* 1343, 1457–1461 (1995).

Comentario j. La sub-sección (d) se refiere al debido proceso de los demandados en el contexto de las acciones de clase, pero de una manera informada por la considerable controversia que ha surgido en torno a la consolidación masiva de pretensiones ampliamente dispares relacionadas con la exposición al amianto en procesos ante cortes estatales. Ver *State ex rel. Mobil Corp. v. Gaughan*, 565 S.E.2d 793, 794 (W. Va. 2002) (Maynard, J., voto concurrente) (discutiendo cuestiones de debido proceso presentadas por la consolidación de “miles de pretensiones sobre exposición al amianto disímiles y no relacionadas dentro de un mismo juicio”). Jurisprudencia existente señala que los derechos de los demandados derivados de la garantía constitucional de debido proceso imponen límites al alcance permisible de la consolidación. Ver, por ejemplo, *In re Chevron U.S.A., Inc.*, 109 F.3d 1016, 1020 (5th

Cir. 1997) (revocando la consolidación de más de 3000 pretensiones por exposición al amianto cuando el plan para el juicio carece de “protecciones diseñadas para asegurar que las pretensiones de los actores no representados contra [el demandado]” puedan ser “determinadas en un proceso que está razonablemente calculado para reflejar los resultados que podrían ser obtenidos si tales pretensiones fueran efectivamente enjuiciadas”); *Todd-Stenberg v. Dalkon Shield Claimants Trust*, 56 Cal. Rptr. 2d 16, 18 (Cal. Ct. App. 1996) (confirmando la consolidación de pretensiones de responsabilidad por productos elaborados, pero advirtiendo que pueden existir situaciones “extremas” en las cuales la “confusión y el perjuicio” creados por la consolidación violarían el debido proceso legal de los demandados).

Efecto sobre el derecho vigente. El enfoque de esta Sección, en gran medida, está orientado a describir el entendimiento emergente del debido proceso en el contexto de los litigios colectivos. La referencia a “notificación apropiada” en la sub-sección (a)(3), sin embargo, requeriría una reforma de la actual Regla 23(c)(2)(B) por cuanto ésta exige categóricamente “notificación individual a todos los miembros que puedan ser identificados por medio de un esfuerzo razonable.”

§ 2.08 Tratamiento de cuestiones comunes como acción de clase

La corte puede autorizar el tratamiento colectivo de una cuestión común por medio de una acción de clase si dicha corte

- (a) **provee las protecciones descritas en § 2.07(a) y (d);**
- (b) **hace cumplir las limitaciones de § 2.07(b); y**
- (c) **autoriza apelaciones interlocutorias como se establece en § 2.09(a)(2).**

Comentario:

a. La Preclusión en Acciones de Clase para el Tratamiento de Cuestiones Comunes. Esta Sección aborda las implicaciones de la autoridad reconocida a las cortes en §§ 2.02–2.04 para tratar cuestiones comunes en clave colectiva. En cuanto tal, la autoridad descrita en esta Sección se mantiene sujeta a las limitaciones proveídas en §§ 2.02–2.04.

Esta Sección reconoce discreción judicial para disponer la litigación colectiva de una cuestión común por medio de una acción de clase y subraya

Capítulo 2

tres límites sobre el efecto preclusivo de tal proceso. La sub-sección (a) limita el poder de la corte para autorizar el tratamiento colectivo de acuerdo con § 2.07(a) –esto es, exigiendo el otorgamiento de derechos de salida, voz y lealtad a los reclamantes. Como se establece en § 2.07(a)(2), sin embargo, los derechos de salida no necesitan ser otorgados en los procesos colectivos descritos en § 2.07(c). En sus efectos prácticos, los tipos de procesos colectivos sobre cuestiones comunes que podrían disparar la aplicación de § 2.07(c) consisten en aquellos que se refieren a remedios indivisibles. Por su naturaleza, el escenario de fondo limitado para la agregación obligatoria (§ 2.07(c), Comentario *z*) necesariamente abarcaría todas las pretensiones contra el fondo, no sólo las cuestiones comunes presentes en tales pretensiones. La referencia adicional a § 2.07(d) contemplada en la sub-sección (a) sirve como un recordatorio de que las protecciones en materia de debido proceso también aplican a quienes se oponen al grupo en una acción de clase sobre cuestiones comunes. La sub-sección (b), a su turno, trae hasta esta Sección la limitación de § 2.07(b), según la cual los reclamantes que optan por excluirse de la acción de clase para el tratamiento de cuestiones comunes son no-partes en dicho proceso.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. Al proveer el tratamiento de cuestiones comunes por medio de una acción de clase conforme lo dispuesto en § 2.07(a), la sub-sección (a) de esta Sección pone al debido proceso en tales acciones de acuerdo con el proceso debido en agregaciones más familiares que involucran pretensiones relacionadas. Sobre este último tema, ver § 2.07(a), Notas de los Reporteros.

§ 2.09 Apelaciones interlocutorias

(a) Una oportunidad de apelación interlocutoria debería estar disponible con respecto a

- (1) la decisión sobre la certificación de clase conforme § 2.07 o § 2.08; y**
- (2) cualquier determinación colectiva sobre el mérito de una cuestión común cuyo tratamiento hubiera autorizado la corte de acuerdo con § 2.08.**

(b) La consideración de una apelación interlocutoria bajo la sub-sección (a) debería ser discrecional para la corte de apelación pertinente.

Comentario:

a. Apelación interlocutoria de la certificación de clase. Las sub-secciones (a)(1) y (b), juntas, reflejan el reconocimiento existente en el procedimiento federal de acciones de clase de una oportunidad para revisar por medio de apelación interlocutoria las decisiones tomadas en materia de certificación de clase —sea que acuerden o denieguen la certificación, en todo o en parte— a discreción de la corte de apelación pertinente pero sin necesidad de autorización por parte de la corte de juicio que tomó la decisión. Los procedimientos de algunos estados proveen similar oportunidad para obtener una revisión apelada de las decisiones en materia de certificación de clase, si bien la vía procesal precisa para lograr tal revisión varía entre un reconocimiento específico en la propia regla estatal sobre acciones de clase (en el modelo federal) y varios *writ*s. Algunos estados no proveen apelaciones contra la denegatoria de la certificación de clase.

La referencia cruzada a § 2.07 y § 2.08 pone en claro que la apelación interlocutoria descrita en la sub-sección (a)(1) aplica tanto a la certificación de acciones de clase sobre pretensiones relacionadas como a la certificación de acciones de clase limitadas a ciertas cuestiones comunes, según sea el caso. Esto, igualmente, no provoca ningún cambio en el derecho federal vigente sobre tal revisión interlocutoria.

La referencia efectuada en la sub-sección (b) con respecto a la discreción de la corte de apelación pertinente para autorizar la apelación, además, acuerda debido reconocimiento a la posibilidad de que la denegatoria de la certificación de clase en una instancia determinada puede dejar a los abogados de la clase en posición de reformular la moción de certificación, posibilidad que podría aconsejar el no tratamiento de la apelación mientras se encuentre pendiente tal revisión. En orden a facilitar la consideración de este punto en la apelación, la corte de juicio debería dejar en claro la existencia de ese margen para reformular la moción de certificación de clase.

b. Apelación interlocutoria de la decisión sobre el mérito de una cuestión común. La sub-sección (a)(2) efectivamente condiciona la discreción de la corte a fin de autorizar una acción de clase para el tratamiento de cuestiones al especificar que una autorización del género debe ser acompañada por la oportunidad de interponer una apelación interlocutoria contra cualquier decisión sobre

Capítulo 2

el mérito de la cuestión común que alcance a toda la clase. La disponibilidad de una apelación de este tipo con respecto a cualquier decisión sobre el mérito de la cuestión común opera junto con la apelación interlocutoria disponible bajo la sub-sección (a)(1) en cuanto esta última aplica, en primer lugar, a la decisión de certificar la acción de clase para el tratamiento de una cuestión particular.

La decisión de una cuestión común en una acción de clase no califica necesariamente como una sentencia definitiva. Ello así por cuanto tal decisión puede dejar otras cuestiones para ser abordadas en otros procesos. La especificación de la sub-sección (a)(2) en cuanto a que la oportunidad de una apelación interlocutoria sobre el mérito debe estar disponible en cualquier supuesto se apoya en la práctica existente en el sistema federal, donde una sentencia definitiva -y, por tanto, apelable- puede ser dictada con respecto a “una o más, pero menos que la totalidad de las pretensiones” planteadas en una acción, siempre que la corte “determine expresamente que no hay justa razón para demorar y exista un pedido expreso para dictar la sentencia”. La “expresa determinación” de la corte identifica efectivamente el momento en el cual puede ser interpuesta la apelación.

La decisión en clave colectiva sobre el mérito de la cuestión o cuestiones comunes certificadas podría agotar todos los asuntos que definen el dominio de la acción de clase para el tratamiento de cuestiones. Puesto en términos menos formales, la decisión sobre el mérito de la cuestión común certificada podría hacer todo lo que una acción de clase para el tratamiento de cuestiones particulares puede hacer. De acuerdo con esto, la determinación del mérito de la cuestión común debería ser considerada como una decisión con suficiente definitividad para permitir la apelación interlocutoria, especialmente teniendo en cuenta la importancia práctica de tal determinación para procesos subsiguientes. Un objetivo central de la acción de clase para el tratamiento de cuestiones es generar preclusión sobre la cuestión común allí abarcada.

En términos prácticos, la revisión unitaria en instancia de apelación de la decisión sobre el mérito de una cuestión común evita el gasto de recursos judiciales que se produciría si los procedimientos subsiguientes pudieran desarrollarse y revelaran, recién entonces, algún defecto en la determinación del mérito de la cuestión común. La revisión unitaria del mérito también evita la posibilidad de múltiples apelaciones —potencialmente, a múltiples cortes— concernientes a la cuestión común después de otros procesos donde se producirán, en última instancia, sentencias definitivas. La autorización de una apelación interlocutoria colectiva preserva así las ganancias de eficiencia

y equidad a ser obtenidas mediante el tratamiento de la cuestión común en un solo proceso.

El condicionamiento del tratamiento colectivo a la disponibilidad de una apelación interlocutoria sobre el mérito sirve un propósito adicional. La expectativa es que una apelación de este tipo servirá como un tope más contra esfuerzos para buscar el tratamiento colectivo de cuestiones triviales o insignificantes que, a pesar de ello, resultan comunes en un litigio determinado. Parte de este efecto de tope viene ya desde la especificación dada en § 2.02(a)(1) con respecto a que la corte debería determinar si el tratamiento colectivo de una cuestión común por medio de una acción de clase “avanzará materialmente la resolución de múltiples pretensiones civiles por enfrentar el núcleo fundamental de la disputa de una manera superior a otras alternativas procesales realistas y, de tal modo, generar por medio de tal tratamiento una significativa eficiencia judicial”. Las restricciones que se encuentran en otros lugares de este Capítulo se suman a este efecto de tope. La sub-sección (a)(2) de esta Sección, no obstante, procede sobre el reconocimiento que el tope al tratamiento colectivo de cuestiones comunes triviales o insignificantes no tiene por que consistir exclusivamente en una formulación verbal a aplicar por los tribunales. La sub-sección (a)(2) habla tanto de los incentivos de quienes pueden buscar el tratamiento colectivo de una cuestión común como de los incentivos de quienes pueden pretender la revisión del mérito en instancia de apelación. El efecto práctico de la sub-sección (a)(2) está en que aquellos que buscan el tratamiento colectivo de una cuestión común deberán estar preparados para enfrentar la posibilidad de una apelación interlocutoria colectiva sobre el mérito de esa cuestión, lo cual se suma a la posibilidad de una apelación interlocutoria con respecto a la decisión inicial sobre si agregar o no. La resolución de ambas apelaciones debería preceder a la resolución de las restantes cuestiones que presentan las pretensiones subyacentes -por ejemplo, la obtención de daños para reclamantes particulares. Al especificarlo de tal forma, esta Sección es consciente de la demora asociada algunas veces a las apelaciones interlocutorias en el contexto de acciones de clase bajo el derecho vigente. La aplicación de la sub-sección (a)(2) con respecto a la apelación interlocutoria sobre el mérito probablemente también resultará en demoras. Tales demoras, sin embargo, refuerzan el tope práctico a los intentos para buscar el tratamiento colectivo de cuestiones que no avanzarían materialmente la resolución de múltiples pretensiones.

Al delinear la apelación interlocutoria como perteneciente a la “determinación” del mérito de una cuestión común, la sub-sección (a)(2) no provee

Capítulo 2

autoridad para una apelación del género con respecto a decisiones sobre el mérito que no determinen el alcance de la cuestión común. Una denegatoria de sentencia sumaria con relación a la cuestión común, por tanto, no dispararía la oportunidad de buscar una revisión interlocutoria bajo la sub-sección (a)(2).

Tomadas en conjunto, las sub-secciones (a)(2) y (b), respectivamente, requieren la disponibilidad de una apelación interlocutoria sobre el mérito como parte de la determinación judicial de proceder por medio de una acción de clase para el tratamiento de cuestiones particulares, pero dejan a discreción de la corte de apelación pertinente conceder o denegar tal apelación. En ambos aspectos, estas sub-secciones trazan un nuevo camino en el derecho procesal, aunque de una forma que construye sobre fuentes estatutarias existentes que permiten apelaciones interlocutorias de manera general en los litigios civiles federales. Actualmente existen fuentes estatutarias que permiten a un juez federal de distrito autorizar una apelación interlocutoria de órdenes no finales en cualquier acción civil siempre que el juez sea “de la opinión que tal orden involucra una cuestión de derecho controlante” y que “una apelación inmediata de la orden puede materialmente avanzar la terminación definitiva del litigio”. Al requerir que la oportunidad para una apelación interlocutoria se encuentre disponible con respecto a la determinación colectiva del mérito de una cuestión común, la sub-sección (a)(2) efectivamente trata dicha decisión sobre el mérito como algo con suficiente centralidad para procesos sobre otras cuestiones -nuevamente, debido a la preclusión de cuestiones que habrá de operar. Esto implica un tratamiento virtualmente similar al tipo de “cuestión de derecho controlante” a que se refieren los estatutos existentes. La Sección 2.02(a)(1), concerniente a la identificación de cuestiones comunes idóneas para tratamiento colectivo, utiliza también la locución “avanzar materialmente” para dotar de congruencia a lo allí establecido con la determinación sobre si acordar o no el tratamiento de clase en primer lugar y con el marco necesario para la apelación interlocutoria contra la decisión sobre el mérito de tal cuestión.

En el supuesto que la corte de apelación pertinente ejercite su discreción para rechazar la apelación de la decisión inicial de certificación de clase bajo la sub-sección (a)(1), entonces la apelación de la decisión sobre el mérito de la cuestión común establecida en la sub-sección (a)(2) puede abarcar tanto el mérito como —si es impugnada— la decisión subyacente de agregar. Cuando la misma corte de juicio debe manejar tanto el proceso de acción de clase para el tratamiento de cuestiones comunes como los procesos individuales sobre las cuestiones remanentes del litigio, la corte de apelación pertinente

puede ejercer su discreción para rechazar la apelación de la determinación inicial de certificar la clase a la espera de que se dicten sentencias definitivas con respecto a reclamantes individuales comprendidos en la clase.

De igual manera, el hecho de no haber interpuesto una apelación contra la decisión inicial de certificación de clase bajo la sub-sección (a)(1) no debería operar como una renuncia en el contexto de la apelación interlocutoria bajo la sub-sección (a)(2), sea que esta última se dirija contra el mérito o contra la decisión subyacente de certificación de clase.

c. Órdenes judiciales relacionadas concernientes a honorarios de abogados. El tratamiento colectivo de una cuestión común por medio de una acción de clase tiene consecuencias que están relacionadas con aquellas que vimos para la revisión en instancia de apelación. Como fuera señalado en el Comentario *b*, el objetivo de tal tratamiento es generar una determinación de la cuestión común que, a su turno, tenga efecto preclusivo en procesos sobre las cuestiones remanentes del litigio. Los abogados del proceso colectivo habrán obtenido un beneficio sustancial para los reclamantes en la medida que ese efecto preclusivo, en una instancia determinada, redundará en su ventaja en otros procesos. En la práctica, sin embargo, los abogados del proceso colectivo para el juzgamiento de la cuestión común pueden diferir de los abogados que manejan las cuestiones remanentes -por ejemplo, al representar reclamantes en clave individual con respecto a la determinación de los daños luego de que la responsabilidad haya sido establecida en clave colectiva.

Los abogados del proceso colectivo y los abogados que anticipan la representación de reclamantes individuales en las cuestiones remanentes del litigio pueden, en reconocimiento del beneficio conjunto que los primeros efectivamente confieren a los segundos, celebrar arreglos contractuales que provean la asignación de honorarios profesionales entre ambos. En ausencia de acuerdos contractuales de este tipo, en el contexto de litigios multidistritales consolidados en el sistema federal las cortes han comenzado a articular —con alguna ambigüedad— el concepto de “quasi acción de clase” y, sobre esa base, han emitido órdenes concernientes a la asignación de honorarios entre los dos tipos de abogados a que nos referimos —órdenes que, en su efecto práctico, gravan los honorarios de los abogados que representan reclamantes individuales sobre las cuestiones remanentes del litigio a cuenta del beneficio proveído por los abogados del proceso colectivo. Cf. § 2.02, Comentario *a* (prefiriendo la terminología de estos Principios sobre la emergente noción de “quasi acción de clase”).

Capítulo 2

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. La autoridad existente en materia de revisión en instancia de apelación de las decisiones sobre certificación de clase se encuentra en la Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(f). Sobre el desarrollo de la Regla 23(f), ver Michael E. Solimine & Christine Oliver Hines, *Deciding to Decide: Class Action Certification and Interlocutory Review by the United States Courts of Appeals under Rule 23(f)*, 41 Wm. & Mary L. Rev. 1531 (2000).

Algunos sistemas estatales, pero no todos, tienen reglas o procedimientos semejantes. Ver Richard D. Freer, *Interlocutory Review of Class Action Certification Decisions: A Preliminary Empirical Study of Federal and State Experience*, 35 W. St. U. L. Rev. 13, 22–26 (2007) (analizando la experiencia estatal en materia de revisión interlocutoria de decisiones sobre certificación de clase, con y sin reglas estatales semejantes a la Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(f)). En algunos casos, el vocabulario utilizado en el derecho estatal difiere de la Regla 23(f) en el modo de formulación, cuando no en su función. Por ejemplo, La. Code Civ. Pro. Ann., art. 592(A)(3)(b) (2009) (proveyendo una “apelación suspensiva o devolutiva” contra las órdenes de certificación de clase); *Hewlett-Packard Co. v. Superior Court*, 83 Cal. Rptr. 3d 836, 837 (Cal. Ct. App. 2008) (revisando una decisión sobre certificación de clase vía “*peremptory writ of mandate*”). En algunos estados la oportunidad para apelar no se extiende a las decisiones denegatorias de la certificación de clase. Ver, por ejemplo, *Garza v. Swift Transp. Co.*, 218 P.3d 1008 (Ariz. 2009) (dejando sin efecto precedentes anteriores que permitían apelar la decisión denegatoria de la certificación de clase porque “una orden denegando la certificación de clase no determina, como una cuestión legal, ‘la suerte de la acción ni previene el dictado de una sentencia contra la cual una apelación pueda ser tomada’”. (citando Ariz. Rev. Stat. Ann. § 12-2101(d)), dejando abierta la posibilidad de revisión interlocutoria en “un caso extraordinario” de conformidad con las reglas de acciones especiales de Arizona); *Palmer v. Friendly Ice Cream Corp.*, 940 A.2d 742, 746–747 (Conn. 2008) (considerando inapelable la denegatoria de la certificación de clase porque tal denegatoria no “termina un proceso separado y distinto, ni . . . determina los derechos de las partes en forma tal que eventuales procesos no puedan afectarlos”. (citas internas omitidas)). Otros estados prevén la posibilidad de revisar por apelación interlocutoria la decisión denegatoria de la certificación de clase. Pennsylvania, por ejemplo, considera la denegatoria de certificación de clase como una orden colateral, apelable como un asunto de derecho. Ver *Keppley v. Sch. Dist. of Twin Valley*, 866 A.2d 1165, 1168 n.1 (Pa. Commw. Ct. 2005).

Comentario b. Derecho existente reconoce la posibilidad de tratar una decisión judicial como una sentencia definitiva para propósitos de preclusión de cuestiones aun cuando tal decisión esté confinada a una parte específica de una pretensión mayor. Ver, por ejemplo, *Zdanok v. Glidden Co.*, 327 F.2d 944, 955 (2d Cir. 1964) (Friendly, J.). Para comentarios anticipando la posibilidad del mismo enfoque con respecto a la preclusión de pretensiones, ver 18A Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Edward H. Cooper, *Federal Practice and Procedure* § 4434 (3d ed. 2005).

La sugerencia de tratar la sentencia sobre una cuestión común como funcionalmente equivalente a una sentencia definitiva también se construye sobre el reconocimiento, en el derecho vigente, de la posibilidad que las cortes dicten sentencias definitivas sobre una pretensión particular entre múltiples pretensiones avanzadas en la misma acción. Ver Reg. Fed. de Proc. Civ. 54(b) (condicionando el dictado de una sentencia definitiva con respecto a “una o más, pero menos de la totalidad de las pretensiones” involucradas en una acción a una expresa determinación “de que no hay justa razón para la demora”).

Sobre la necesidad práctica de una revisión por apelación interlocutoria de la decisión sobre el mérito de una cuestión común de responsabilidad, ver *Complex Litigation: Statutory Recommendations and Analysis* § 3.07(c), *Comentario d*, 139 (“Proveer una revisión de las decisiones sobre responsabilidad evita la posibilidad de múltiples apelaciones sobre el mismo asunto a continuación de varias sentencias sobre daños. . .”).

La autoridad estatutaria existente que permite a las cortes de distrito autorizar una apelación interlocutoria, sujeta a la discreción de la cámara de apelaciones pertinente, aparece en 28 U.S.C. § 1292(b) –la fuente del lenguaje citado en el *Comentario b*. La indicación adicional de que una apelación interlocutoria sobre el mérito de una cuestión común puede abarcar la decisión inicial de certificar la clase -si tal decisión no fue ya objeto de apelación en los términos de la Regla 23(f) –también se basa en la práctica existente bajo § 1292(b). Ver *Yamaha Motor Corp., U.S.A. v. Calhoun*, 516 U.S. 199, 205 (1996) (señalando que “la competencia apelada [bajo § 1292(b)] aplica a la orden de certificación, y no se encuentra atada a la particular cuestión formulada por la corte de distrito”); 16 Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure* § 3929 at 388 (“La corte [de apelaciones] puede . . . considerar cualquier cuestión razonablemente ligada con la orden certificada, sea tal cuestión un antecedente de esta última, más amplia o estrecha, o diferente de la cuestión especificada por la corte de distrito”).

Aun antes de § 1292(b) la revisión por apelación interlocutoria de las determinaciones sobre responsabilidad era una característica de larga data del

Capítulo 2

derecho de almirantazgo bajo 28 U.S.C. § 1292(a)(3). Esta previsión permite apelaciones de “[d]ecretos interlocutorios . . . que determinen los derechos y responsabilidades de las partes en casos de almirantazgo donde se encuentren autorizadas las apelaciones del decreto definitivo”. Como explica una corte, “esta previsión fue originalmente diseñada para cubrir situaciones específicas de almirantazgo, donde no era poco común que la corte de distrito dictara una orden resolviendo con carácter definitivo cuestiones de responsabilidad y, luego, remitiera el caso a un *special master* para la determinación de los daños . . . En este tipo de casos, era permitida una apelación inmediata contra la orden que resolvía las cuestiones de responsabilidad”. *Central State Transit & Leasing Corp. v. Jones Boat Yard, Inc.*, 77 F.3d 376, 377–378 (11th Cir. 1996). Sobre las dificultades que presenta § 1292(a)(3) a la luz de la subsiguiente autorización de apelaciones interlocutorias contenida en la Regla 54(b) y en § 1292(b), ver 16 Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure* § 3927, 344–345 (“[L]os argumentos para sostener una interpretación extensiva de § 1292(a)(3) son contrarrestados por la disponibilidad de la Regla 54(b) y la más reciente adopción de § 1292(b), que autoriza apelaciones interlocutorias con permiso de la corte de juicio y de la corte de apelación en los casos de almirantazgo así como en otros casos. Sólo el Congreso puede decidir si estos medios alternativos de apelación, no disponibles en el año 1926 cuando § 1292(a)(3) fue sancionada, justifican la derogación de § 1292(a)(3)”).

Comentario c. Para un meditado análisis sobre la necesidad de una supervisión judicial cuidadosa de los honorarios a percibir por los abogados que representan reclamantes en procesos federales consolidados y por los abogados de los subsiguientes procesos individuales, ver *In re Zyprexa Prods. Liab. Litig.*, 424 F. Supp. 2d 488 (E.D.N.Y. 2006). La corte observó:

Si bien el acuerdo transaccional en la presente acción tiene naturaleza de un acuerdo privado entre actores individuales y el demandado, tiene también muchas de las características de una acción de clase y puede ser caracterizado apropiadamente como una quasi acción de clase, sujeta a los poderes de equidad generales de la corte. . . El gran número de actores sujeto a la misma matriz de acuerdo aprobada por la corte; la utilización de *specia masters* designados por la corte a fin de controlar el *discovery* y prestar asistencia para alcanzar y administrar un acuerdo transaccional; la orden de la corte de establecer un gran fondo de garantía; y otras intervenciones de la corte, reflejan un grado de control por parte de ésta que apoya la imposición de estándares fiduciarios para asegurar un justo tratamiento a todas las partes y a los abogados en lo que respecta a honorarios profesionales y gastos.

Id. p. 491. En el mismo caso, la corte siguió adelante para explicar:

Si los actores en sede federal logran obtener cualquier monto de manos del demandado por medio de un acuerdo o una sentencia, un porcentaje de los honorarios de los abogados de tales actores será retenido en una cuenta en custodia. . . . Cualquier abogado que haya trabajado para el beneficio común de todos los actores federales del caso *Zyprexa* . . . puede aplicar para ser compensado con la cuenta de beneficio común.

In re *Zyprexa Prods. Liab. Litig.*, 467 F. Supp. 2d 256, 266 (E.D.N.Y. 2006). La corte, sin embargo, describió este enfoque como equivalente “a una retención, no un impuesto”. Id. Para un reconocimiento adicional del poder que asiste a la corte receptora a fin de gravar los honorarios de casos consolidados por el Panel Judicial de Litigio Multidistrital para procesos previos al juicio, ver In re *Vioxx Prods. Liab. Litig.*, 574 F. Supp. 2d 606 (E.D. La. 2008); In re *Guidant Corp. Implantable Defibrillators Prods. Liab. Litig.*, MDL No. 1708, 2008 WL 682174 (D. Minn. Mar. 7, 2008). En estos casos, la corte receptora afirmó su autoridad para dejar de lado los términos fijados por contrato en materia de honorarios entre los reclamantes y los abogados que ellos contrataron para representarlos en clave individual. Ello así en orden a dar cuenta del beneficio proveído por otros abogados en los procesos consolidados por el Panel Judicial de Litigio Multidistrital. En esta línea, en algunos de los primeros casos de desastres masivos las cortes reconocieron la existencia de autoridad para efectuar varios tipos de análisis de beneficio común en litigios no identificados ni caracterizados judicialmente como una quasi acción de clase. Ver In re *Air Crash Disaster at Florida Everglades* on Dec. 29, 1972, 549 F.2d 1006, 1019 (5th Cir. 1977) (reconociendo autoridad para tomar un ocho por ciento a cuenta del trabajo común desarrollado por los abogados designados por la corte). Ver también In re *MGM Grant Hotel Fire Litig.*, 570 F. Supp. 913, 916–917 (D. Nev. 1983) (señalando el uso del mismo análisis para cubrir los costos del trabajo de *discovery* común efectuado en el marco de la consolidación).

El concepto de “quasi acción de clase” utilizado en *Zyprexa*, *Vioxx*, y *Guidant* se encuentra en una etapa de temprano desarrollo en la doctrina, una etapa que admite mayor refinamiento en el futuro. Para una crítica del concepto como base de la supervisión judicial sobre honorarios profesionales, ver Charles Silver & Geoffrey P. Miller, *The Quasi-Class Action Method of Managing Multi-District Litigations: Problems and a Proposal*, 63 Vand. L. Rev. 107 (2010). Los principios restitutivos no apoyan las órdenes de asignación que

Capítulo 2

gravan honorarios de los abogados de reclamantes individuales para pagar a los abogados del proceso colectivo. Los arreglos sobre honorarios para la primera clase de abogados típicamente son establecidos por acuerdos de retención entre abogados y clientes, lo cual hace que generalmente no haya bases para una intervención judicial con fundamentos restitutivos. Ver Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment § 30, Comentario *b*, 77 (Borrador N° 3, 2004) (“En comparación con las acciones de clase, los honorarios profesionales impuestos por la corte en beneficio de los abogados designados en litigios consolidados frecuentemente aparecen como inconsistentes con principios restitutivos, dado que los litigantes pueden no tener otra opción que aceptar y pagar por ciertos servicios legales como lo ordena la corte. El hecho de que honorarios de este tipo puedan no ser autorizados por esta Sección, sin embargo, probablemente es irrelevante ya que el principal fundamento de aquéllos no es el enriquecimiento injusto sino la conveniencia administrativa.”). Como resultado, las órdenes concernientes a la asignación de honorarios entre los dos tipos de abogados han debido fundar su autoridad en principios de equidad generales distintos del de restitución.

En contraste, órdenes que gravarían directamente las sumas obtenidas en última instancia por los propios reclamantes en la medida que éstos hubieran hecho uso de los beneficios derivados del proceso colectivo —en lugar de órdenes que gravan los honorarios de los abogados que representan a tales reclamantes en las cuestiones remanentes del litigio— se aproximarían mucho más a los principios restitutivos. Con relación a muchos reclamantes, el trabajo realizado por los abogados en el proceso colectivo no se encuentra sujeto a un acuerdo contractual previo sino, más bien, produce un tipo de beneficio no contratado más o menos análogo al trabajo de los abogados de la clase en beneficio de los miembros de la clase ausentes. En las acciones de clase que generan un “fondo común”, los honorarios de los abogados de la clase se pagan con el propio fondo —esto es, con las sumas obtenidas por los miembros de la clase— a menos que haya existido algún tipo de negociación plasmada en un acuerdo transaccional debidamente aprobado. Ver *id.* at 72–74; Charles Silver, *A Restitutionary Theory of Attorneys’ Fees in Class Actions*, 76 Cornell L. Rev. 656 (1991).

Más allá de la doctrina judicial emergente, la legislatura pertinente podría, con el tiempo, establecer por medio de estatuto una serie de mejores prácticas concernientes a la asignación de honorarios profesionales. En esta etapa temprana del desarrollo del concepto de “quasi acción de clase”, dichas mejores prácticas deben aun cristalizarse en el mundo real.

Efecto sobre el derecho vigente. La sub-sección (a)(1) de esta Sección refleja la vigente Reg. Fed. de Proc. Civ. 23(f). La sub-sección (a)(2) explica el emergente tratamiento judicial de cuestiones comunes cuando el proceso colectivo no abarca todas las cuestiones presentes en un litigio determinado. Una modificación estatutaria sería necesaria para autorizar el tipo de apelación interlocutoria sobre la decisión del mérito de la cuestión común descrita en la sub-sección (a)(2), si bien modelada de manera muy cercana a la autoridad existente en 28 U.S.C. § 1292(b) para apelaciones interlocutorias de órdenes sobre cuestiones de derecho controlantes.

§ 2.10 Agregación por consentimiento

Quando razones de justicia así lo requieran, una corte puede autorizar que el tratamiento colectivo de pretensiones relacionadas o de una cuestión común se produzca por expreso consentimiento de cada reclamante afectado.

Comentario:

a. Discreción para agregar por consentimiento. Esta Sección reconoce que razones de justicia pueden requerir a la corte acordar tratamiento colectivo a una cuestión común por expreso consentimiento de las personas que habrán de integrar el grupo involucrado. La agregación por consentimiento es diferente del procedimiento para certificación de clase, en el cual los reclamantes pueden ser traídos ante la corte con fundamento en una notificación apropiada y en la no manifestación de su voluntad para excluirse de la acción de clase. Ver § 2.07(a). No obstante, la autorización reconocida en esta Sección no provee una vía para evadir o sortear los principios establecidos en todo este Capítulo sino que, más bien, debe respetar dichos principios en la medida que sean pertinentes bajo las circunstancias del caso.

Sin limitar a las cortes en su identificación de situaciones apropiadas, esta Sección procede sobre la expectativa que la agregación por consentimiento se mantendrá como algo excepcional. Una situación del género puede surgir, por ejemplo, cuando el litigio tiene lugar en los Estados Unidos de América pero involucra principalmente a reclamantes domiciliados en países extranjeros. Una orden judicial que permita a los reclamantes consentir ser vinculados por un proceso colectivo que tramita en los Estados Unidos opera, en sus efectos prácticos, como una invitación al litisconsorcio

Capítulo 2

o, en la terminología del derecho de las acciones de clase, como un proceso de “optar por incluirse”. La autoridad reconocida en esta Sección pretende no tener efecto sobre los relativamente raros regímenes sustantivos que, en el derecho vigente, explícitamente prevén la agregación en base al derecho de optar por incluirse. La agregación por consentimiento bajo esta Sección, además, no puede conferir a la corte competencia personal cuando ésta, de otra manera, no existiría.

La referencia al “expreso consentimiento de cada reclamante afectado” está formulada para subrayar que el requisito de consentimiento para ser vinculado por los efectos del proceso no necesita provenir de las personas que se oponen al grupo. Con respecto a tales personas, el tratamiento colectivo reconocido en esta Sección se mantendría como no consensual, de la misma manera que en los procesos descritos en §§ 2.07–2.08. Como se reflejó en § 2.07(d), sin embargo, aun la agregación bajo esta Sección no debería comprometer la capacidad de las personas que se oponen al grupo para discutir las pretensiones subyacentes y presentar las defensas sustantivas que fueran pertinentes.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. Esta Sección rompe con el derecho vigente en materia de acciones de clase al reconocer la conveniencia, en circunstancias excepcionales, de órdenes judiciales que efectivamente crean una clase conformada por quienes opten por incluirse en ella. Una corte de distrito intentó hacer eso con respecto a cuestiones de responsabilidad planteadas por el accidente de un tren de esquí en Austria, el cual resultó en la muerte de 155 pasajeros y miembros de la tripulación, la gran mayoría de los cuales no eran ciudadanos de los Estados Unidos. *In re Ski Train Fire in Kaprun, Austria* on Nov. 11, 2000, 220 F.R.D. 195 (S.D.N.Y. 2003). La certificación por la corte de una clase conformada por quienes optaran por incluirse, sin embargo, fue revocada por una corte de apelaciones que no encontró autorización para ese tipo de clases en la Regla 23 actual. *Kern v. Siemens Corp.*, 393 F.3d 120 (2d Cir. 2004).

Estatutos vigentes autorizan acciones representativas en base al derecho de optar por incluirse en ciertas áreas sustantivas en particular. Ver, por ejemplo, 29 U.S.C. §§ 216(b) (autorizando acciones bajo la Fair Labor Standards Act (FLSA) “por cualquier trabajador o más de uno de ellos en beneficio de sí mismos y de otros empleados similarmente situados” pero también disponiendo que “[n]ingún empleado será parte actora en este tipo

de acción a menos que otorgue por escrito su consentimiento para convertirse en parte”) & 626(b) (proveyendo para el cumplimiento de la Age Discrimination in Employment Act “en concordancia con los . . . procesos previstos en” 28 U.S.C. § 216). Ver también 15 U.S.C. § 77p(d)(2)(A) (Securities Litigation Uniform Standards Act, preservando autoridad existente que permite a los planes de pensión estatales demandar “como miembro de una clase compuesta únicamente por otros estados, subdivisiones políticas, o fondos de pensión estatales que son actores nominales y que han autorizado la participación en una acción de ese tipo”). Para una detallada discusión sobre el marco de la FLSA, ver 7B Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Mary Kay Kane, *Federal Practice and Procedure* § 1807 (3d ed. 2005).

Efecto sobre el derecho vigente. Esta sección rechaza el resultado de *Kern* en cuanto a que una clase conformada por quienes opten por incluirse resulta *per se* impermissible bajo la actual Regla 23 y, en cambio, podría proveer a las cortes con autoridad para crear mecanismos de este tipo (con derecho de opción por incluirse) a fin de lograr una agregación voluntaria de reclamantes por medio de su expreso consentimiento. Suponiendo que la corte de *Kern* leyó apropiadamente la actual Regla 23, una reforma sería suficiente para este propósito.

§ 2.11 Efecto preclusivo de la propia decisión de agregar

La decisión judicial que rechaza el tratamiento colectivo de una cuestión común o de pretensiones relacionadas por medio de una acción de clase debería dar lugar, por razones de reciprocidad, a una presunción iuris tantum contra peticiones orientadas a obtener el mismo tratamiento colectivo en otras cortes.

Comentario:

a. Potencial para múltiples intentos de certificación de clase. Esta Sección aborda situaciones en las que la denegatoria de la certificación de clase por una corte precede a los esfuerzos por obtener el mismo o similar tratamiento en otra corte. El potencial de relitigación de la misma o similar cuestión de certificación de clase deriva de las divisiones estructurales dentro del sistema judicial. Dicho potencial de relitigación de la cuestión de la agregación se encuentra reducido por la autoridad del Panel Judicial de Litigio Multidistrital cuando se trata de intentos efectuados en múltiples cortes federales, ya que este Panel puede con-

Capítulo 2

solidar para los procedimientos previos al juicio aquellos procesos relacionados que se encuentren tramitando dentro del sistema federal (sea sobre la base de que tales procesos fueron promovidos inicialmente en esta jurisdicción o bien por haber sido apropiadamente removidos desde una corte estatal). Hasta ahora no hay una institución comparable para la coordinación de litigios civiles a través de varios estados o entre las cortes federales y las distintas cortes estatales. Como resultado, la denegatoria de certificación de clase por una corte puede dejar a quienes proponen la agregación en libertad para buscar el mismo o similar tratamiento ante una corte de un sistema judicial diferente. Llevado al extremo, este procedimiento tiene el potencial de convertirse en la búsqueda de una corte anómala propensa a certificar una acción de clase previamente rechazada por muchas otras cortes -un problema particularmente presente cuando la conducta cuestionada tiene alcance nacional y da lugar a causas de acción definidas por derecho estatal.

b. Reciprocidad en lugar de preclusión. Esta Sección prevé que una denegatoria al pedido de certificación de clase debería generar una presunción *iuris tantum* contra el pedido para obtener el mismo tratamiento colectivo en otra corte. La base para esta presunción no es la preclusión sino, más bien, la reciprocidad. Esto es, la autoridad de la corte subsiguiente para ejercer discreción a la hora de decidir sobre la agregación, de modo tal de evitar, en la medida de lo posible, una fricción innecesaria entre sistemas judiciales. Dicha fricción surge con mayor fuerza cuando la parte que se opone a la certificación plantea en un foro subsiguiente el mismo alegado defecto que derrotó al pedido de certificación de clase en el foro inicial.

La elección de la reciprocidad en lugar de la preclusión como foco de esta Sección se deriva de las dificultades asociadas con esta última doctrina cuando se trata de aplicarla a la denegatoria de una certificación de clase. La mayor dificultad surge del reconocimiento que, en lo que hace a tal denegatoria, los futuros miembros de la clase ausentes no se convirtieron en parte de la acción de clase propuesta ni en personas con atributos propios de la calidad de parte (tales como la capacidad para ser vinculados por las decisiones allí tomadas, como ocurre en una acción de clase debidamente certificada). Tampoco hay garantía alguna de que los eventuales miembros de la clase ausentes se encuentren siquiera en conocimiento de la determinación de la corte sobre su capacidad para promover pretensiones colectivas. La noción según la cual los miembros de la clase ausentes pueden ser vinculados —en el sentido de preclusión de cuestiones— por una decisión sobre certificación dictada en otra corte, aun para la misma acción de clase propuesta, entra en conflicto con la jurisprudencia existente que confina a ciertas categorías, estrechamente defini-

das, las situaciones en las cuales la preclusión puede extenderse para alcanzar a quienes no son parte. La preclusión de cuestiones surgida de la denegatoria de una certificación de clase con respecto a quienes serían miembros de la clase ausentes se acerca al tipo de “representación virtual” desautorizada bajo el derecho vigente.

Aparte de otras limitaciones de debido proceso, la preclusión de cuestiones requiere de por sí que la misma cuestión haya sido litigada y determinada en el proceso donde se produjo la adjudicación que luego se invoca como fuente de efectos preclusivos. El requisito de la “misma cuestión” es relativamente estricto, demandando la litigación y determinación en el proceso inicial no simplemente del mismo tipo de cuestión concerniente a la idoneidad de la agregación sino, más bien, de una cuestión idéntica. La calidad de “misma cuestión” no se presenta cuando la cuestión de la agregación en el primer proceso surgió bajo una regla procesal de la corte que dictó la decisión y la cuestión de la agregación en el proceso subsiguiente surge bajo otra regla procesal —salvo, tal vez, que se trate de una regla formulada en idénticos términos— que no necesariamente debe ser interpretada o aplicada de idéntica manera. La preclusión de cuestiones generalmente no es apropiada en una situación de este tipo, ya que la corte en el proceso subsiguiente debe tener la oportunidad, si así lo desea, de construir su regla procesal de manera diferente en lo que hace a la cuestión de la agregación, siempre dentro del ámbito conferido para ello por el debido proceso constitucional federal. Obstáculos similares a la preclusión de cuestiones pueden también surgir si la denegatoria de la certificación de clase se basa en problemas sobre selección del derecho vigente cuando se trata de pretensiones fundadas en derecho estatal y la corte del proceso subsiguiente decide aplicar, en su análisis sobre la certificación, principios sobre selección del derecho sustantivo aplicable que son materialmente diferentes a los utilizados por la corte inicial.

Sin embargo, aun cuando no puede invocar la preclusión de cuestiones, la corte del proceso subsiguiente debería generalmente ejercitar su discreción para evitar fricciones innecesarias con la corte que denegó inicialmente la certificación de clase. De acuerdo con esto, dicha denegatoria debería ser un elemento relevante a considerar por la corte del proceso subsiguiente, tanto cuando las reglas sobre acciones de clase utilizadas por ambas cortes se encuentran redactadas en términos idénticos, como cuando tales reglas exhiben preocupaciones superpuestas (aun en ausencia de idénticos términos) que hacen que la certificación en el proceso subsiguiente pueda acarrear las consecuencias indeseadas del *forum-shopping* descritas en el Comentario *a*. Bajo el derecho vigente es ya un lugar común que las cortes estatales miren hacia precedentes

Capítulo 2

federales en materia de acciones de clase para informar la interpretación y aplicación de sus propios requisitos de acción de clase estatal.

c. Rebatiendo la presunción. Como ocurre en general con las presunciones legales, aquella establecida en esta Sección es rebatible. La expectativa de esta Sección es que las situaciones de rebatimiento pueden surgir con mayor frecuencia frente a la presunción aquí establecida que en situaciones que involucran otras presunciones utilizadas en el derecho, con relación a las cuales es relativamente raro observar una refutación exitosa.

Una base importante para rebatir la presunción consiste en demostrar una inadecuada representación en conexión con la previa denegatoria de certificación de clase. En este sentido, la corte subsiguiente debería precaverse contra la posibilidad de que haya existido una corrida estratégica del demandado para obtener una determinación de la cuestión de la agregación favorable a sus intereses en el marco de procesos donde los abogados de los reclamantes operan bajo conflictos de interés estructurales. Conflictos que generan un importante potencial para sesgar sistemáticamente sus incentivos a fin de presionar vigorosamente por el uso de la agregación. Ver § 2.07(a)(1) (discutiendo derechos de lealtad en la agregación en términos de conflictos de interés estructurales). Adicionalmente, cuando la base para la denegatoria inicial (tal como la falta de un patrocinio letrado adecuado para representar a la clase propuesta) no se encuentra presente en el proceso subsiguiente (debido al cambio de abogados para dejar el caso en manos de quienes podrían representar adecuadamente a la clase propuesta), la presunción establecida en esta Sección sería refutada.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. In re Bridgestone/Firestone, Inc., Tires Products Liability Litigation, 333 F.3d 763 (7th Cir. 2003), se refiere a los problemas prácticos asociados con los repetidos esfuerzos para obtener en múltiples foros la certificación de una misma acción de clase de alcance nacional. La corte observó: “Aun cuando tan sólo un juez sobre diez crea que una acción de clase de alcance nacional resulta legal, si el actor promueve su demanda en diez estados diferentes la probabilidad de que al menos uno certificará la clase de alcance nacional es del 65%... Promover la acción en 20 estados produce una probabilidad del 88% para alcanzar la certificación de clase nacional”. Id. p. 767. En breve, “[u]na sola decisión positiva sobre la certificación de clase triunfa sobre todas las negativas.” Id. pp. 766–767. Para mayor discusión sobre los problemas generados en la búsqueda de la corte certificadora anómala, ver Samuel

Issacharoff & Richard A. Nagareda, *Class Settlements under Attack*, 156 U. Pa. L. Rev. 1649, 1660–1666 (2008).

La Class Action Fairness Act del año 2005 expandió sustancialmente la posibilidad de promover ante las cortes federales acciones de clase de alcance nacional con pretensiones fundadas en derecho estatal, así como también la posibilidad de remover ese tipo de acciones de las cortes estatales a pedido de los demandados. 28 U.S.C. § 1332(d)(2) (expandiendo la competencia por diversidad para alcanzar las acciones de clase que involucran más de 5 millones de dólares en disputa y presentan una diversidad mínima de ciudadanía). Para un análisis temprano del impacto de la CAFA sobre la práctica de acciones de clase, ver Richard L. Marcus, *Assessing CAFA's Stated Jurisdictional Policy*, 156 U. Pa. L. Rev. 1765 (2008). Una vez en las cortes federales, las acciones de clase propuestas que sean duplicadas o se superpongan con otras se encuentran sujetas a la autoridad general del Panel Judicial de Litigio Multidistrital para coordinar con propósitos previos al juicio “acciones civiles que involucran una o más cuestiones comunes de hecho”. 28 U.S.C. § 1407(a). Para una regla procesal similar en el orden estatal, ver Tex. R. Jud. Admin. 13.

Comentario b. En el derecho de las cortes federales, las cortes de un sistema judicial a menudo buscan evitar fricciones innecesarias con las determinaciones realizadas por cortes de otro sistema judicial, no como resultado de la preclusión o de alguna otra obligación legal, sino más bien como resultado de consideraciones de reciprocidad. Para algunas miradas sobre estas doctrinas de reciprocidad, ver en general Richard H. Fallon, John F. Manning, Daniel J. Meltzer & David L. Shapiro, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System* 1049–1140 (6th ed. 2009); 17A Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Edward H. Cooper, *Federal Practice and Procedure* §§ 4244–4247 (3d ed. 2005).

Sobre el rechazo de la “representación virtual” como base para precluir a no-partes, ver *Taylor v. Sturgell*, 128 S. Ct. 2161 (2008). Allí, la Suprema Corte observó que “la regla contra la preclusión sobre no-partes está sujeta a excepciones”. Id. p. 2172. La Corte, sin embargo, se apresuró a subrayar que esas excepciones “delinean específicas situaciones” que “aplican en ‘limitadas circunstancias’” id. p. 2175 (citando *Martin v. Wilks*, 490 U.S. 755, 762 n. 2 (1989)), ninguna de las cuales se extiende generalmente a la situación de un eventual miembro de la clase ausente con respecto a la denegatoria de la certificación de clase.

Informada por el análisis de los límites de la preclusión sobre no-partes efectuado por la Corte en *Taylor*, esta Sección rechaza la mirada pre-*Taylor* de la Corte de *Bridgestone/Firestone* según la cual la denegatoria de la certificación de clase puede dar lugar a un efecto de preclusión de cuestiones. Aun en el

Capítulo 2

período pre-*Taylor*, además, el enfoque sobre preclusión de cuestiones tomado en *Bridgestone/Firestone* representaba la mirada minoritaria dentro de los circuitos federales, con otras cortes enfatizando la estrictez del requisito de “misma cuestión” para que se produzca tal preclusión. Ver *J.R. Clearwater Inc. v. Asbland Chem. Co.*, 93 F.3d 176, 180 (5th Cir. 1996); en igual sentido, *In re Gen. Motors Corp. Pick-Up Truck Fuel Tank Prods. Liab. Litig.*, 134 F.3d 133, 146 (3d Cir. 1998) (citando con aprobación *Clearwater*). Sobre el contenido del requisito de “misma cuestión” para la preclusión de cuestiones, ver Restatement Second of Judgments § 27, Comentario *c*; 18 Wright, Miller & Cooper, *Federal Practice and Procedure* § 4417. Para un argumento pre-*Taylor* a favor del poder inyuntivo invocado en *Bridgestone/Firestone*, ver Tobias Barrington Wolff, *Federal Jurisdiction and Due Process in the Era of the Nationwide Class Action*, 156 U. Pa. L. Rev. 2035, 2109–2117 (2008).

Para la proposición de que las reglas procesales siguen el rastro de los sistemas judiciales, ver en general *Baker v. General Motors Corp.*, 522 U.S. 222, 239–241 (1998). En *Baker*, la Corte sostuvo que una orden judicial prohibiendo a un ex empleado testificar contra General Motors, dictada en el marco de la acción por despido indebido promovida por tal empleado contra la empresa en una corte estatal de Michigan, no podía evitar que testificara en una acción distinta que versaba sobre responsabilidad por productos elaborados y había sido promovida contra General Motors en una corte estatal de Missouri. La Suprema Corte señaló que la orden judicial de Michigan no podía “exigir obediencia en cualquier otro lugar sobre un asunto [concerniente a la admisibilidad de pruebas bajo la ley de Missouri] respecto del cual la corte de Michigan carece de autoridad para resolver”. *Id.* p. 241.

Efecto sobre el derecho vigente. El enfoque de esta Sección puede ser implementado por interpretación judicial, sin necesidad de cambios en las reglas.