

TEMA 3

ACUERDOS COLECTIVOS FUERA DEL CONTEXTO DE ACCIONES DE CLASE

§ 3.15 Necesidad de especial tratamiento de los acuerdos colectivos celebrados fuera del contexto de acciones de clase.

Diferencias significativas entre los casos que tramitan como acción de clase y los que tramitan por otros procesos colectivos requieren que ambos tipos de casos sean tratados de manera diferente en lo que respecta a los acuerdos que allí pueden celebrarse.

Comentario:

a. Diferencias entre acuerdos de clase y otros acuerdos colectivos. La resolución más común, tanto de acciones de clase como de otros casos colectivos, se produce mediante acuerdos. Al igual de lo que ocurre con los simples litigios de uno contra uno, pocos de tales casos van a juicio. No obstante, a menudo hay un involucramiento judicial con casos colectivos que no son acciones de clase. Tal involucramiento se produce mediante el enjuiciamiento de casos *bellwether* o en decisiones preliminares sobre cuestiones probatorias o de competencia, aun cuando un juicio completo de los casos agregados es poco probable. Si bien se ha prestado mucha atención a los acuerdos celebrados en acciones de clase, no ocurre lo mismo —tanto de parte de los comentaristas como de las cortes— en materia de acuerdos colectivos celebrados en otros contextos.

Este último tipo de acuerdos surgen en distintos escenarios: a través de litigios multidistritales o consolidados, a través de coordinación informal por múltiples abogados de los reclamantes, o informalmente como múltiples clientes de un sólo abogado o firma de abogados. En el supuesto de múltiples clientes de una sola firma de abogados, el inventario completo de casos contra un demandado particular puede ser acordado como una unidad antes de que la mayoría de los casos sean siquiera iniciados, incluso antes

Capítulo 3

de que haya sido promovida una sola demanda. Por otra parte, los casos también pueden ser agregados informalmente del lado de la defensa, lo que ocurre a través de mecanismos tales como acuerdos de defensa conjunta o como consecuencia de reglas sustantivas que gobiernan la responsabilidad mancomunada y solidaria.

Del lado de los reclamantes, la estructura, mecánicas y efectos de un acuerdo pueden variar ampliamente entre litigios de clase y otros litigios colectivos. Fuera del contexto de las acciones de clase, existe una relación abogado–cliente entre cada reclamante y al menos un abogado que participa en el caso. En contraste, las acciones de clase involucran una representación por abogados que típicamente tienen una relación sólo con los representantes de la clase y no con los miembros ausentes de ésta, aun cuando el abogado tenga deberes fiduciarios con respecto a todos los miembros de la clase. Los acuerdos en acciones de clase están gobernados por reglas procesales especiales y ocurren bajo supervisión judicial. Es sólo la impronta judicial lo que otorga validez a un acuerdo de clase y, por tanto, todas las partes deben estructurarlo de manera tal de asegurarse la aprobación de la corte. Por el contrario, los acuerdos colectivos fuera de las acciones de clase pueden ocurrir sin activa supervisión judicial alguna. Los acuerdos colectivos fuera de acciones de clase son gobernados principalmente por reglas de ética y raramente se los sujeta a revisión o aprobación judicial. Como se discute en la siguiente Sección, es necesario tener una nueva mirada sobre cómo deberían ser regulados los acuerdos colectivos celebrados fuera del contexto de acciones de clase.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. Para discusión de las diversas maneras en que se acuerdan los litigios colectivos que no son acciones de clase, ver Howard M. Erichson, *A Typology of Aggregate Settlements*, 80 *Notre Dame L. Rev.* 1769, 1773 (2005).

Efecto sobre el derecho vigente. Esta Sección refleja el reconocimiento vigente de que los acuerdos de clase y aquellos acuerdos colectivos celebrados en otros contextos son suficientemente distintos como para merecer un tratamiento diferenciado. No se requiere aquí ningún cambio en el derecho sustantivo o las reglas procesales

§ 3.16 Definición de un acuerdo colectivo fuera del contexto de acciones de clase

- (a) Un acuerdo colectivo fuera del contexto de acciones de clase es un acuerdo sobre las pretensiones de dos o más reclamantes individuales en el cual la resolución de tales pretensiones es interdependiente.**
- (b) La resolución de pretensiones en acuerdos celebrados fuera del contexto de acciones de clase es interdependiente si:**
 - (1) la aceptación del acuerdo por el demandado depende de la aceptación de un determinado número o porcentaje de reclamantes, o de un monto de pretensiones especificado en dinero; o**
 - (2) el valor de la pretensión de cada reclamante no se basa solamente en hechos y negociaciones realizadas caso por caso.**
- (c) Para determinar si las pretensiones son interdependientes es irrelevante si la propuesta de acuerdo fue originalmente realizada por actores o demandados.**

Comentario:

a. Interdependencia de pretensiones. El término “acuerdo colectivo” está pensado para abarcar acuerdos que involucran multiplicidad de reclamantes y donde existen potenciales conflictos de interés que se desprenden de la interdependencia de las pretensiones, generando por tanto un riesgo de injusticia para los reclamantes individuales. Esta Sección busca definir el concepto basada en las características que crean los conflictos de interés. Sorprendentemente, aun cuando la regla de acuerdo colectivo existe en todos los estados, ninguna regla estatal intenta definir qué significa el término “acuerdo colectivo”. La literatura académica, sin embargo, ha identificado dos características que hacen interdependientes a las pretensiones: condicionalidad colectiva y asignación colectiva.

b. Condicionalidad colectiva. La sub-sección (b)(1) describe la condicionalidad, una característica común en acuerdos colectivos. La condicionalidad

Capítulo 3

involucra la práctica por la cual un demandado supedita su aceptación del acuerdo al hecho que un número o porcentaje especificado de reclamantes presten su conformidad al mismo. Bajo la sub-sección (b)(1), el grado de condicionalidad no necesita ser unánime. Cada vez que un acuerdo esté condicionado a la aceptación de un número o porcentaje establecido de reclamantes, se trata de un acuerdo de tipo colectivo.

c. Asignación colectiva. La sub-sección (b)(2) aborda la asignación colectiva. Este concepto describe el procedimiento por el cual se asigna un valor monetario a la pretensión de cada reclamante individual. En la mayoría de los casos que involucran múltiples reclamantes individuales, éstos usualmente no han sufrido idénticos daños. Consiguientemente, en cualquier acuerdo, será necesario asignar a cada reclamante dinero u otro tipo de remedio. Un reconocido método para efectuar esta asignación consiste en realizar una evaluación individual, reclamante por reclamante, en la cual cada uno de ellos (típicamente por medio de, o junto a, su abogado) analiza con la defensa el mérito de la pretensión y consensúa su valor en el contexto del acuerdo. Siempre que el valor total del acuerdo no se encuentre fijado de antemano, esta forma de asignación no es colectiva debido a que el valor de cada pretensión individual refleja la fortaleza de esa pretensión, determinada por negociaciones específicas al respecto. Si el valor total del acuerdo está representado por un monto predeterminado, entonces la revisión pretensión por pretensión resulta efectivamente en un acuerdo colectivo ya que el valor final de cada una de ellas es interdependiente.

Bajo la sub-sección (b)(2), la asignación es colectiva si el valor de la pretensión de cualquier reclamante está determinado por un método que no sea el de análisis individual pretensión por pretensión. Por ejemplo, una asignación es colectiva cada vez que un demandado condiciona el acuerdo sobre las pretensiones de múltiples reclamantes y deja en manos de los abogados de estos últimos la responsabilidad de proponer el modo de asignar el dinero a los miembros del grupo. Cuando un demandado condiciona su oferta de acuerdo a la aceptación del pago de una suma global para satisfacer todas las pretensiones existentes, estas pretensiones son interdependientes porque las partes no han evaluado el valor preciso de cada una de ellas para arribar al número total del acuerdo. Más realísticamente, los abogados de actores y demandados simplemente miraron a las pretensiones como un todo y negociaron un número que podría compensar a los reclamantes con una indemnización promedio o con una indemnización basada en una matriz de categorías (por ejemplo, dependiendo de la naturaleza de los daños sufridos). Debido a que el acuerdo no refleja el valor de la pretensión de

cada individuo, existe la posibilidad que infravalore algunas pretensiones con relación a otras, o falle de alguna otra forma en proveer un tratamiento equitativo a los reclamantes afectados.

El mismo problema surge si el acuerdo asigna una suma idéntica a cada reclamante con independencia de los hechos y circunstancias de cada pretensión, o cuando otorga idénticas sumas basadas en unas pocas amplias categorías (por ejemplo, daños a la propiedad, daños físicos).

d. Acuerdos no colectivos de múltiples pretensiones. Para un abogado es teóricamente posible acordar múltiples pretensiones de reclamantes individuales sin crear problemas bajo la regla de acuerdo colectivo. Por ejemplo, un abogado puede tener 10 reclamantes como clientes. Cuando el abogado comienza las negociaciones para el acuerdo, el demandado puede estar dispuesto a negociar un acuerdo individual y específico para cada reclamante sin fijar un tope sobre los daños colectivos ni insistir en que un porcentaje determinado de reclamantes preste su conformidad al acuerdo. En la medida que la pretensión de cada reclamante es acordada en clave individual, un acuerdo del género no caería dentro de la definición de acuerdo colectivo. Ello así aun cuando, en la práctica, cada reclamante insistirá en conocer el monto a ser percibido por los otros clientes del abogado involucrado en la representación conjunta antes de prestar su consentimiento al monto del acuerdo que se le propone. En el mundo real, sin embargo, un demandado generalmente conoce el monto que está dispuesto a pagar para acordar un grupo de pretensiones, por lo cual la noción de que el demandado tratará a cada uno de los reclamantes individuales representados por el mismo abogado de forma separada e independiente no representa la típica manera en que son negociadas tales pretensiones. Si se sujeta un acuerdo a topes implícitos, matrices, u otros métodos de asignación colectiva, entonces el mismo constituye un acuerdo colectivo.

Ejemplos:

1. Un abogado representa 100 actores que se quejan de varios daños causados por una droga alegadamente defectuosa producida por Demandado. Durante las negociaciones del acuerdo, los abogados de los actores y de Demandado evalúan individualmente cada pretensión con el fin que el acuerdo total equivalga a \$1 millón. Demandado presta su consentimiento al acuerdo sólo si al menos el 95 por ciento de todos los reclamantes hacen lo propio. El acuerdo es de tipo colectivo bajo la sub-sección (b)(1) aun cuando los

Capítulo 3

montos fueron negociados individualmente, porque Demandado ha condicionado su aceptación de tal acuerdo al hecho que un porcentaje establecido de reclamantes preste su conformidad y porque Demandado fijó un tope al acuerdo total. El acuerdo también es de tipo colectivo bajo la sub-sección (b)(2) debido al tope total de \$1 millón.

2. Mismo grupo de 100 reclamantes que en el Ejemplo 1. Demandado ofrece acordar la pretensión de cada reclamante por \$10.000, con independencia de los hechos subyacentes en cualquier pretensión particular. Demandado no requiere que un porcentaje determinado de reclamantes preste su conformidad al acuerdo. El acuerdo es de tipo colectivo bajo la sub-sección (b)(2) porque el monto de compensación asignado a cada reclamante está vinculado al de los otros.
3. Mismo grupo de 100 reclamantes que en el Ejemplo 1. Los abogados de los reclamantes y de Demandado negocian individualmente las pretensiones de cada reclamante basados en los hechos específicos de cada caso, y Demandado no condiciona su aceptación del acuerdo al hecho que un porcentaje determinado de clientes preste su conformidad al mismo. El acuerdo no es un acuerdo colectivo bajo las sub-secciones (a) o (b).

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. El Comité de Ética y Responsabilidad Profesional de la ABA proveyó una definición general de lo que significa un acuerdo colectivo:

Un acuerdo colectivo ocurre cuando dos o más clientes que son representados por el mismo abogado resuelven juntos sus pretensiones o defensas. . . Para que sea un acuerdo colectivo no es necesario que participen de la resolución todos los clientes del abogado que tienen pretensiones contra las mismas partes. . . o defensas contra las mismas pretensiones . . . La regla aplica cuando dos o más clientes cualquiera consienten que sus asuntos sean resueltos conjuntamente.

Formal Op. 06-438.

Para una discusión sobre la escasez de definiciones autorizadas del término “acuerdo colectivo”, ver Howard M. Erichson, *A Typology of Aggregate*

Settlements, 80 Notre Dame L. Rev. 1769, 1781–1782 (2005). Los términos “condicionalidad” y “asignación” fueron usados por primera vez por el Profesor Erichson. Ver id. p. 1784-1795.

Comentario b. Los acuerdos colectivos pueden generar conflictos en las relaciones abogado-cliente y cliente-cliente. Siempre que un demandado condiciona su aceptación del acuerdo al hecho que un porcentaje de reclamantes preste su conformidad para ser vinculado por el mismo, el abogado tiene incentivos para presionar a sus clientes a fin de acordar en términos que pueden no ser los mejores para el interés individual del reclamante pero que facilitan la celebración del acuerdo colectivo. Ver id. p. 1769, 1795. Por otro lado, un reclamante individual (o múltiples reclamantes) pueden negociar una mayor asignación del acuerdo propuesto negándose a prestar su consentimiento, manteniendo así como rehén al acuerdo completo.

Comentario c. Los métodos de asignación varían considerablemente de un acuerdo a otro. Ver id. pp. 1786–1787 (identificando seis métodos de asignación: negociaciones individuales caso por caso, acuerdos con sumas globales, “negociar el monto individual para cada [reclamante] dentro de un monto total limitado”, proveer un monto fijo *per capita* para cada [reclamante], determinar la porción de cada [reclamante] por medio de una fórmula o matriz, o establecer un mecanismo para determinar el valor de las pretensiones”).

Comentario d. Algunos comentadores han interpretado que la regla de acuerdo colectivo requiere el consentimiento unánime de todos los reclamantes a fin de que el acuerdo resulte vinculante para *cualquiera* de ellos. Ver id. p. 1805 (citando ejemplos). Sin embargo, la regla de acuerdo colectivo simplemente dispone que “ninguna parte [puede] ser vinculada por un acuerdo a menos que preste su consentimiento al mismo después de estar completamente informada al respecto”. Id. p. 1805.

Efecto sobre el derecho vigente. Esta Sección no requiere cambio alguno en el derecho vigente.

§ 3.17 Circunstancias requeridas para que los acuerdos colectivos sean vinculantes

- (a) Un abogado o grupo de abogados que representan dos o más reclamantes fuera del contexto de una acción de clase pueden acordar las pretensiones de tales reclamantes en clave colectiva siempre que cada reclamante preste por escrito su**

Capítulo 3

consentimiento informado. El consentimiento informado requiere que cada reclamante pueda revisar los acuerdos de todas las otras personas sujetas al acuerdo colectivo o la fórmula por la cual el producido del acuerdo será dividido entre todos los reclamantes. Además, el consentimiento informado requiere que el interés financiero total de los abogados de los reclamantes sea descubierto ante cada uno de éstos.

(b) En lugar de los requisitos establecidos en la sub-sección (a), los reclamantes individuales pueden, antes de recibir una oferta de acuerdo, celebrar un contrato por escrito a través de abogados compartidos autorizando que, a la hora de responder a una propuesta de acuerdo colectivo, cada reclamante que participa resulte vinculado por una mayoría sustancial de votos de todos ellos (o, si el acuerdo distingue significativamente entre diferentes categorías de reclamantes, por el voto de una separada mayoría sustancial de reclamantes comprendidos en cada una de esas categorías). Un contrato bajo esta sub-sección debe reunir todos los requisitos siguientes:

(1) El poder para aceptar una oferta de acuerdo debe estar siempre de forma colectiva en manos de los reclamantes, y bajo ninguna circunstancia puede ser asignado a los abogados de éstos. Los reclamantes pueden ejercer su poder colectivo de decisión para aprobar un acuerdo a través de un representante independiente de su elección siempre que no sea su abogado.

(2) El contrato entre los reclamantes puede celebrarse al momento de formación de la relación abogado-cliente o después, pero sólo si todos los reclamantes participantes prestan su consentimiento informado para ello. El consentimiento informado requiere que los abogados descubran a los reclamantes de forma completa todos los términos del contrato para facilitar la toma de decisión informada respecto de:

(A) Si prestar consentimiento al contrato;

- (B) Si impugnar posteriormente la justicia del contrato bajo las sub-secciones (d) o (e);**
 - (C) Si impugnar posteriormente el cumplimiento del contrato con base en los requerimientos establecidos en las sub-secciones (b) y (c); y**
 - (D) La conveniencia de buscar el consejo de otro abogado, junto con una razonable oportunidad para hacerlo.**
- (3) El contrato debe especificar los procedimientos por los cuales todos los reclamantes que participan aprobarán una oferta de acuerdo. El contrato puede también especificar la manera de asignar el producido de un acuerdo entre los reclamantes, o puede proveer el desarrollo futuro de un mecanismo apropiado de asignación.**
- (4) Antes que los reclamantes suscriban el contrato, su abogado o grupo de abogados debe explicar a todos ellos que el mecanismo establecido en la sub-sección (a) está disponible como medio alternativo para acordar un proceso colectivo bajo esta Sección. Un abogado o grupo de abogados no puede terminar una relación existente sólo porque el reclamante declina suscribir un contrato bajo la sub-sección (b). El abogado debe informar de esto al cliente. Un abogado que está representando simultáneamente reclamantes que proceden de conformidad con la sub-sección (a) y reclamantes que proceden de conformidad con la sub-sección (b) debe notificar a los reclamantes de la sub-sección (a) que ellos continúan ejerciendo un control independiente sobre sus casos y que pueden rehusarse al acuerdo ofrecido después de que sus términos sean descubiertos.**
- (c) Un contrato en los términos de la sub-sección (b) es permisible sólo en casos que involucran montos sustanciales en controversia, un gran número de reclamantes, y cuando requiere la aprobación de una mayoría sustancial de reclamantes, con los consiguientes criterios mínimos a ser determinados por el cuerpo legislativo o regulador pertinente.**
- (d) El cumplimiento de un contrato bajo la sub-sección (b) debería depender de si, basado en todos los hechos y circuns-**

Capítulo 3

tancias, el mismo resulta justo y razonable desde un punto de vista procesal. Los hechos y circunstancias a ser considerados incluyen la oportunidad del contrato, la sofisticación de los reclamantes, la información descubierta a éstos, si los términos del contrato fueron revisados por alguien neutral o un *special master* según la definición de § 3.09(a)(2), si los reclamantes tienen alguna relación común previa, y si las pretensiones de los reclamantes son similares.

- (e) Además de los recaudos de la sub-sección (d), el cumplimiento de un acuerdo aprobado a través de un contrato bajo la sub-sección (b) debería depender de si, bajo todos los hechos y circunstancias, el acuerdo es sustantivamente justo y razonable. Los hechos y circunstancias a ser considerados incluyen los costos, riesgos, probabilidad de suceso, y demoras en alcanzar un veredicto; si los reclamantes son tratados equitativamente (en relación al resto) basado en los hechos y circunstancias de sus casos particulares; y si los reclamantes en particular son puestos en desventaja por el acuerdo considerado como un todo.**
- (f) La responsabilidad de cumplir con los prerequisites necesarios para el cumplimiento de un contrato bajo la sub-sección (b) pesa sobre el abogado de los reclamantes.**

Comentario:

a. La regla de acuerdo colectivo. La sub-sección (a) despliega la regla de acuerdo colectivo vigente, modificada en cuanto a que el consentimiento informado se considera satisfecho cuando los reclamantes son autorizados a revisar la fórmula por la que será asignado el producido del acuerdo. Bajo la regla de acuerdo colectivo, un reclamante no puede impugnar un acuerdo si, después de descubrirse toda la información pertinente, presta por escrito su consentimiento para ser vinculado. Una versión de esa regla existe en cada uno de los 50 estados y en el Distrito de Columbia. Bajo la sub-sección (a), cumplir con la regla de acuerdo colectivo es una forma de vincular partes a un acuerdo colectivo celebrado fuera del contexto de una acción de clase. La sub-sección (a) no cambia el derecho vigente. Ella establece que cumplir con la regla de acuerdo colectivo continúa siendo una forma viable de alcanzar un acuerdo.

La regla de acuerdo colectivo está basada en la opinión que, sin revisar y analizar la existencia y naturaleza de todas las pretensiones y la participación de cada persona en un acuerdo propuesto (incluyendo, entre otras cosas, todos los términos de éste), un reclamante no puede tomar una decisión informada sobre si prestar su consentimiento al mismo. Por otra parte, la regla postula que, debido a esta necesidad de revisar toda la información relevante antes de tomar la decisión, un reclamante no puede renunciar por adelantado al derecho de impugnar un acuerdo condicional o colectivo. Además, la regla de acuerdo colectivo está pensada para preservar en manos de los reclamantes —por oposición a las de los abogados— el poder para decidir si acordar su caso y cuando hacerlo.

b. Una alternativa a la regla de acuerdo colectivo. La sub-sección (b) provee una vía alternativa a la regla de acuerdo colectivo para formalizar este tipo de acuerdos fuera de una acción de clase. La sub-sección (b) se aparta de la regla de acuerdo colectivo vigente al proveer que una renuncia a la aprobación individual puede ser válida y vinculante siempre que sea hecha de modo consciente y voluntario, por escrito, esté firmada por los reclamantes después de que toda la información necesaria haya sido descubierta, y establezca el poder de decisión en cabeza de los reclamantes (sea colectivamente o a través de alguna estructura de votación preestablecida).

Las renunciaciones a importantes derechos son válidas en diversas áreas, incluyendo las que versan sobre los más preciados derechos constitucionales. La sub-sección (b) rechaza la mirada según la cual el poder de decisión individual sobre el acuerdo de una pretensión es tan crítico que no puede ser objeto de una renuncia contractual a favor de un poder de decisión regido por una mayoría sustancial de votos. Frente a esa mirada, la sub-sección (b) propone un mecanismo de renuncia contractual para acordar casos colectivos, mientras que la sub-sección (a) reafirma que la regla de acuerdo colectivo continúa siendo un mecanismo residual en la materia.

Aun cuando un acuerdo colectivo puede ser vinculante sobre un reclamante, éste mantiene siempre su libertad para terminar con la relación abogado-cliente. La sub-sección (b) no cambia el derecho vigente que regula el derecho de un reclamante para promover pretensiones contra su abogado por mala praxis o por violación del deber de fidelidad. Además, la sub-sección (f) enfatiza que el riesgo de una inducción impropia para formar parte de un acuerdo colectivo es responsabilidad del abogado del reclamante.

El derecho vigente prohíbe al reclamante renunciar a su poder de decisión individual sobre un acuerdo, empoderando así a reclamantes individuales renuentes para controlar el acuerdo propuesto y para demandar

Capítulo 3

premios a cambio de su aprobación. Por otra parte, en muchos supuestos, múltiples reclamantes obtienen beneficios sustanciales del hecho de contar con una representación conjunta ejercida por un abogado o firma de abogados, particularmente cuando se trata de abogados con experiencia y calificación en la particular área del derecho en el marco de la cual surgen las pretensiones. En la medida que acuerdos colectivos razonables -alcanzados luego de negociaciones desarrolladas de buena fe, en igualdad de condiciones y con revisión independiente- no pueden avanzar porque son objetados por un reclamante (o un pequeño número de ellos), el resto de los reclamantes pierde el beneficio de la representación colectiva. De hecho, hay numerosos casos reportados donde se invalidaron acuerdos colectivos por falta de cumplimiento de la regla de acuerdo colectivo. Aun la sola amenaza de que existan tales reclamantes renuentes puede llevar al demandado a no ofrecer el premio asociado con una paz completa, lo cual redundaría en detrimento de todos los reclamantes representados. La sub-sección (b) establece un mecanismo alternativo para acordar un proceso colectivo en determinadas circunstancias, siempre que se establezcan ciertas salvaguardas específicas tal como como se describe en las sub-secciones (b) a (e).

Formalmente, los contratos que sujetan acuerdos colectivos a una regla de mayoría sustancial pueden ser contratos sólo entre clientes o bien incluir también a sus abogados. La forma del contrato puede afectar el derecho que lo regula, su revocabilidad y otras cuestiones. La sub-sección (b) asume que el *Restatement Third of the Law Governing Lawyers* —el cual establece límites a los contratos abogado–cliente— resulta aplicable a los contratos que sujetan un acuerdo colectivo a una regla de mayoría sustancial. Ello así aun cuando estos contratos son nominalmente cliente–cliente en lugar de cliente–abogado. La suposición resulta especialmente justificada cuando el abogado que actúa por un grupo de clientes está involucrado en la creación del contrato. La sub-sección (b) asume también que la existencia de un contrato no exime al abogado de su deber de desarrollar una representación fiel, ni actúa como una prohibición sobre posteriores impugnaciones fundadas en el incumplimiento de sus deberes profesionales.

Cuatro requisitos deben ser satisfechos para que un contrato resulte válido bajo la sub-sección (b):

(1) *El poder para acordar debe permanecer en manos de los reclamantes.* La sub-sección (b)(1) reconoce que, bajo las reglas de ética imperantes, un abogado no puede obtener una asignación irrevocable de la autoridad individual del cliente para decidir si acordar un caso y por qué monto hacerlo. Consecuentemente, la autoridad para acordar sin cumplir con la regla de acuerdo

colectivo *no* es otorgada a los abogados sino que se mantiene en cabeza de los reclamantes colectivos, quienes pueden aceptar ser vinculados por el acuerdo cuando así lo disponga una mayoría sustancial de los reclamantes allí comprendidos (o una mayoría sustancial de reclamantes comprendidos en cada categoría significativa prevista en el acuerdo).

(2) *Consentimiento informado para la renuncia del poder de decisión del reclamante individual.* Como se establece en la sub-sección (b)(2), una renuncia bajo la sub-sección (b) sólo es válida cuando el reclamante otorga su consentimiento informado. Debido a que la decisión de arribar a un acuerdo es fundamental, los clientes deben ser completamente informados al celebrarse contratos que limitan su control sobre el acuerdo. La cantidad de información requerida para que pueda hablarse de consentimiento informado depende de los hechos del caso. En algunos casos el abogado puede desear discutir con el reclamante el beneficio sustancial que este último puede potencialmente recibir de la capacidad del abogado para representarlo más efectivamente como resultado de la renuncia. Igualmente, el abogado debe discutir con el reclamante las potenciales desventajas materiales que podrían resultar de pactarse tal renuncia. Un consentimiento informado también requiere aconsejar al cliente (o futuro cliente) sobre la conveniencia de buscar asesoramiento de otro abogado antes de suscribir la renuncia. Además, debe darse al cliente una oportunidad razonable para hacerlo. El otorgamiento de una oportunidad para buscar asesoramiento legal independiente tiende a indicar que el abogado no aplicó una presión impropia sobre el cliente y que otorgó tiempo a este último para considerar las implicancias del contrato.

(3) *Procedimientos para la aprobación del acuerdo.* Un contrato bajo la sub-sección (b) debe especificar los procedimientos a seguir para la aprobación de cualquier oferta de acuerdo por parte de los reclamantes comprendidos en ella. Al momento de celebrar el contrato los reclamantes también pueden, pero no están obligados a hacerlo, pactar un plan de asignación del producido del acuerdo estableciendo a tal fin una regla de mayoría sustancial. Los reclamantes pueden, pero, nuevamente, no están obligados a hacerlo, ejercer su poder de decisión colectivo para seleccionar un mandatario independiente que represente sus intereses, siempre que tal mandatario no esté ligado al abogado de los reclamantes. Aun cuando los reclamantes deben ser completamente informados cuando sujetan su control sobre la decisión del acuerdo a una regla de mayoría, al hacerlo no necesitan conocer, y típicamente no conocerán, los términos del acuerdo propuesto. Para reducir incertidumbres con respecto a la asignación del producido del acuerdo, los reclamantes pueden, al momento de establecer una regla de mayoría

Capítulo 3

sustancial en el contrato, prestar también su consentimiento a un plan de asignación. Por ejemplo, pueden pactar que un fondo de acuerdo será prorrateado sobre la base de la pérdida económica de cada reclamante. También pueden especificar que cada reclamante recibirá al menos una suma o porcentaje determinado de lo que se logre recuperar. Cuando el mecanismo de asignación no se encuentra establecido al momento de presentarse la propuesta de acuerdo, los abogados de los reclamantes comprendidos en la propuesta deberían normalmente tomar medidas para que un tercero neutral y desinteresado supervise tal asignación.

(4) *Información sobre las alternativas.* La sub-sección (b)(4) requiere que el abogado informe a los reclamantes sobre la opción que éstos tienen para insistir en que se cumpla con la regla de acuerdo colectivo bajo la sub-sección (a) como una alternativa al enfoque de la sub-sección (b). Igualmente, el abogado debe informar a los reclamantes de su impedimento para terminar una representación vigente en el supuesto que el reclamante elija avanzar de conformidad con la sub-sección (a) en lugar de hacerlo por la vía habilitada en la sub-sección (b). Este requisito asegura que las decisiones de los reclamantes sobre cómo estructurar los acuerdos sean tomadas en libertad, y está diseñado para eliminar cualquier posibilidad de que un reclamante pueda sentirse indebidamente presionado para seguir el enfoque de la sub-sección (b) en orden a mantener la relación con el abogado de su elección. Aquellos que elijan proceder bajo la sub-sección (a) en lugar de la sub-sección (b) se mantienen libres para negociar sus propios acuerdos individuales. La sub-sección (b)(4) también asegura que la decisión sobre si celebrar un acuerdo, cuándo y cómo hacerlo se mantenga en manos de los reclamantes más que en cabeza de los abogados. Adicionalmente, la sub-sección (b)(4) requiere a los abogados que representan simultáneamente grupos separados de reclamantes bajo las sub-secciones (a) y (b) que informen a los reclamantes representados bajo la sub-sección (a) sobre el derecho que les asiste para rechazar el acuerdo después de conocer sus términos.

La sub-sección (b) no impide a los abogados rehusarse a representar reclamantes que elijan tomar el camino de la sub-sección (a). Sin embargo, si una legislatura determina, después de adoptar el enfoque de la sub-sección (b), que los reclamantes que eligieron ser representados bajo la sub-sección (a) son sistemáticamente incapaces de obtener representación, puede optar por prohibir a los abogados rehusarse a representar reclamantes sólo por el hecho de haber optado éstos por la vía establecida en la sub-sección (a).

c. Límites sobre la disponibilidad de los contratos previstos en la sub-sección (b)
El enfoque de la sub-sección (b) está disponible como una alternativa a la tradicional regla de acuerdo colectivo, pero sólo en ciertas circunstancias y cuando los siguientes requisitos están cumplidos:

(1) *Límites numéricos y monetarios.* El propósito de modificar los estrictos requisitos de la regla de acuerdo colectivo es facilitar la celebración de acuerdos de gran escala que pueden haber sido impedidos por la aplicación mecánica de dicha regla. Aun cuando casos de esas características no sean manejados a través de una acción de clase, comparten similitudes con este tipo de procesos en términos de números de personas y sumas de dinero en juego. En tales casos existen fuertes razones para autorizar a los reclamantes a renunciar a las formales protecciones provistas por la regla de acuerdo colectivo, sin perder de vista la finalidad subyacente de proteger a todos ellos y maximizar su capacidad de cobro individual. Sin embargo, no es intención de la sub-sección (b) ocuparse de todos los casos con partes múltiples que caen dentro de la definición de acuerdo colectivo establecida en § 3.16. Por ejemplo, en caso de un accidente automotor con múltiples partes donde el número de reclamantes es pequeño, la regla de acuerdo colectivo resulta fácil de administrar y plantea pocas dificultades prácticas para el abogado que representa a los diversos reclamantes. No puede decirse lo mismo, sin embargo, de un abogado representando cientos de reclamantes expuestos al amianto y negociando acuerdos multimillonarios. Por tanto, bajo la sub-sección (c), las previsiones sobre renuncia contenidas en la sub-sección (b) aplican sólo a situaciones que, colectivamente, son sustanciales e involucran un gran número de pretensiones.

Sin embargo, la sub-sección (c) no establece un número mínimo de reclamantes ni un monto mínimo en controversia. Esas decisiones se dejan en manos del proceso legislativo. Un modelo potencial para considerar el número de reclamantes es el requisito de impracticabilidad del litisconsorcio previsto en la Regla 23(a)(1). Casos resueltos aplicando esta regla generalmente consideran como numerosas a clases de 40 miembros o más. Igualmente, un modelo diseñado en base al monto colectivo de las pretensiones es el mínimo de \$5 millones para determinar la competencia federal bajo la Class Action Fairness Act, 28 U.S.C. § 1332(d)(2).

(2) *Necesidad de aprobación por una mayoría sustancial.* El objetivo de la sub-sección (b) es proveer un medio por el cual un grupo de clientes puede responder a una oferta de acuerdo que requiere la participación de un número o porcentaje determinado de ellos. La sub-sección (c) no define “mayoría

Capítulo 3

sustancial”, pero deja esa cuestión en manos del proceso legislativo. Un posible modelo para las legislaturas o cuerpos redactores de reglas está en la Sección 524(g) del Bankruptcy Code, la cual requiere una mayoría sustancial del 75 por ciento de la “clase o clases” de acreedores de la industria del amianto (típicamente, reclamantes por exposición a esa sustancia) para aprobar un plan de reorganización en quiebras que involucran empresas del rubro.

Dependiendo de la sofisticación de los reclamantes, el contrato de la sub-sección (b) puede especificar tantos acuerdos de trabajo para representaciones grupales como se estimen necesarios a fin de proteger mejor los intereses de todos los reclamantes en conjunto. Por ejemplo, los reclamantes pueden designar a determinados miembros para actuar en beneficio del grupo mediante la recepción de comunicaciones y la supervisión del trámite diario del expediente. También pueden asignar responsabilidades por los costos del litigio. La sub-sección (b) también otorga a los reclamantes la libertad para diseñar sus propias reglas de votación, lo cual está sujeto, nuevamente, al consentimiento informado de los reclamantes que participan del contrato. Por ejemplo, ellos pueden seleccionar una mayoría sustancial que requiera la aprobación del 90 por ciento a fin de que el acuerdo resulte vinculante para todos. También pueden seleccionar un estándar inicial menor, consistente con el mínimo estatutario.

d. Criterios para aplicar al evaluar un contrato celebrado bajo la sub-sección (b). Como establece la sub-sección (d), la posibilidad de hacer cumplir un contrato celebrado bajo la sub-sección (b) depende de todos los hechos y circunstancias relevantes. Diversos hechos y circunstancias pueden ser relevantes para evaluar la justicia procesal y la razonabilidad de un contrato:

(1) Momento de celebración del contrato. El Restatement Third of the Law Governing Lawyers permite a los clientes celebrar contratos con otros clientes en cualquier momento. Consecuentemente, los clientes que forman parte de grupos de litigación pueden decidir cómo manejar las ofertas de acuerdo que los abarquen a todos. Y pueden hacerlo cuando inicia la representación conjunta o después de haber comenzado ésta. Sin embargo, el momento de celebración del contrato es importante. Bajo el Restatement Third of the Law Governing Lawyers, el consentimiento prestado por el cliente en contratos abogado–cliente debe ser razonablemente informado. Los reclamantes comprendidos en esta Sección probablemente tendrán más información sobre los beneficios y riesgos asociados con pactos que establecen votaciones grupales después de que el litigio haya avanzado un poco que al momento en que se forma la relación abogado–cliente. Esta consideración provee un

contexto que rodea al contrato, contexto que inclina la balanza a favor de la celebración de contratos posteriores al inicio de la relación abogado-cliente y en contra del uso de contratos celebrados al inicio de la representación. Al mismo tiempo, una regla de votación debería estar establecida antes de la evaluación de cualquier oferta de acuerdo en particular. La preocupación es que las estructuras de aprobación del acuerdo creadas una vez que éste ha sido ofrecido inducirán esfuerzos para avasallar a los individuos desaventajados por los términos del mismo.

(2) *Sofisticación de los clientes.* Los reclamantes que se sujetan a una regla de mayoría sustancial deberían comprender las potenciales consecuencias de tal decisión, incluyendo los efectos y cualquier desventaja material que la misma pudiera acarrearles. Los clientes sofisticados, tales como personas de negocio o inversores, probablemente apreciarán mejor que otros clientes los beneficios y riesgos de sujetarse a alguna forma de regla de mayoría sustancial. En consecuencia, es más fácil justificar el uso de esta clase de reglas de votación cuando los individuos involucrados son clientes sofisticados.

(3) *Información brindada a los clientes.* Las consideraciones discutidas en el Comentario *b* respecto de la cantidad y naturaleza de información requerida para poder obtener un consentimiento informado también son relevantes al evaluar si un acuerdo es procesalmente justo y razonable bajo la sub-sección (d).

(4) *Revisión por un tercero neutral.* La aprobación de la propuesta de acuerdo por un tercero neutral o *special master* es otro factor que incrementa la probabilidad de que un contrato celebrado conforme la sub-sección (b) pueda ser efectivizado. Reconociendo que en el marco de contratos celebrados entre abogados y clientes puede ocurrir una extralimitación no deseada de los abogados, la revisión de los términos del acuerdo subyacente por un tercero neutral o *special master* provee una salvaguarda a fin de asegurar la justicia y razonabilidad del contrato para los reclamantes. El tercero neutral o *special master* seleccionado para revisar los términos del acuerdo no debe tener ningún interés en que tal acuerdo sea aprobado, como puede ser una esperanza de empleo futuro como mediador para las partes o sus abogados.

(5) *Relación previa y relativa similitud de las pretensiones.* Es más probable que un contrato sobre cómo resolver una oferta de acuerdo sea justo y razonable cuando los reclamantes tiene alguna relación previa en común y pretensiones relativamente similares. Por ejemplo, un acuerdo colectivo celebrado bajo § 3.17(b) es más probable que resulte procesalmente justo y razonable para reclamantes que comparten alguna relación previa que los tiene acostumbrados a trabajar juntos. Así, es probable que los contratos para proce-

Capítulo 3

der colectivamente sean más fácilmente realizables por reclamantes que son miembros de una asociación de comercio o sindicato y comparten agravios comunes, que por reclamantes expuestos al almidonio (quienes carecen de relación previa entre ellos y titularizan pretensiones relativamente diferentes).

e. Justicia sustantiva de un acuerdo. Aun si los hechos y circunstancias indican que un contrato bajo la sub-sección (b) es procesalmente justo y razonable conforme la sub-sección (d), la sub-sección (e) establece que un acuerdo no puede ser ejecutado a menos que sus términos sean sustantivamente justos y razonables. La sub-sección (e) utiliza varios de los criterios de justicia articulados en § 3.05 para el contexto de los acuerdos celebrados en acciones de clase.

f. Selección del derecho sustantivo aplicable. Esta Sección no especifica qué derecho sustantivo resulta aplicable cuando, por ejemplo, el abogado y el reclamante están en diferentes estados. Consistente con otras Secciones de estos Principios, esta Sección acepta las reglas vigentes sobre selección del derecho sustantivo aplicable tal como se encuentran. Ver también § 2.05. Cuestiones concernientes al litigio y la representación surgen con frecuencia en procesos colectivos que trascienden las fronteras estatales. La jurisprudencia sobre derecho sustantivo aplicable que gobierna este campo es aquella relativa a las reglas de ética.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. La Model Rule of Professional Conduct 1.8(g) de la American Bar Association (ABA) especifica que “[u]n abogado que representa dos o más clientes no debe participar en la elaboración de un acuerdo colectivo de las pretensiones de o contra tales clientes . . . a menos que cada uno de éstos preste por escrito su consentimiento informado. La información a proveer por el abogado debe incluir la existencia y naturaleza de todas las pretensiones. . . involucradas y el alcance de la participación de cada persona en el acuerdo.” Todos los estados han adoptado la Regla Modelo 1.8(g), la regla 5-106 del Model Code of Professional Responsibility (redactada de modo similar a la Regla Modelo), u otra norma del género. Ver Howard M. Erichson, *A Typology of Aggregate Settlements*, 80 Notre Dame L. Rev. 1769, 1781 (2005).

La Opinión Formal de la ABA 06-438 interpreta que la regla de acuerdo colectivo requiere el descubrimiento de la siguiente información a efectos de obtener el consentimiento escrito de cada cliente:

- El monto total del acuerdo colectivo o el resultado del contrato colectivo.
- La existencia y naturaleza de todas las pretensiones, defensas o peticiones involucradas en el acuerdo o contrato colectivo.
- Los detalles de la participación de cada uno de los demás clientes en el acuerdo o contrato colectivo, sus contribuciones al acuerdo en caso de haberlas, lo que habrán de recibir con motivo del acuerdo, la resolución de sus cargos criminales, o cualquier otra contribución o recepción de algo de valor como resultado del modo de resolver el asunto colectivo. Por ejemplo, si un cliente es favorecido por sobre otro(s) al recibir una remuneración no monetaria, ese hecho debe ser descubierto al otro(s) clientes(s).
- El total de los honorarios y costos a ser pagados al abogado como resultado del acuerdo colectivo, si los honorarios y/o costos del abogado serán pagados, en todo o en parte, del producido del acuerdo o por la parte contraria.
- El método por el cual los costos serán prorrateados entre ellos (incluyendo los costos ya pagados por el abogado, así como también los costos a ser pagados con el producido del acuerdo). [Notas a pie de página omitidas]

Algunos académicos han ofrecido un fuerte respaldo a la regla de acuerdo colectivo y oponen argumentos frente a la flexibilización de sus requisitos. Ver, por ejemplo, Nancy J. Moore, *The Case Against Changing the Aggregate Settlement Rule in Mass Tort Lawsuits*, 41 S. Tex. L. Rev. 149 (1999). Otros, sin embargo, han asumido una mirada crítica sobre la regla de acuerdo colectivo, planteando preocupaciones, entre otras, sobre (1) la incapacidad de los reclamantes para renunciar a los requisitos de la regla, y (2) los impedimentos que la regla pone a la hora de celebrar acuerdos. En particular, estos académicos sostienen que la regla de acuerdo colectivo impone severas restricciones que impiden la celebración de justos y legítimos acuerdos que involucran grandes números de pretensiones. Ver Charles Silver & Lynn A. Baker, *Mass Lawsuits and the Aggregate Settlement Rule*, 32 Wake Forest L. Rev. 733, 755–766 (1997).

Las legislaturas y los cuerpos redactores de reglas deberían considerar la confidencialidad del reclamante a la hora de crear o modificar normas en materia de acuerdos colectivos. El asunto de la confidencialidad es particularmente desafiante bajo la tradicional regla de acuerdo colectivo porque cada reclamante debe revisar todos los acuerdos, incluyendo los detalles confidenciales contenidos en ellos. La propuesta de cambio en el derecho existente presentada en § 3.17(a), por la cual se autoriza a prestar consentimiento informado si se permite a los reclamantes revisar la fórmula por la cual será distribuido el producido del acuerdo, impone un menor riesgo

Capítulo 3

de descubrir información confidencial que aquél que impone la tradicional regla de acuerdo colectivo.

Para casos abordando la regla de acuerdo colectivo cuando hay menores que buscan obtener sumas de dinero, ver *In re Lauderdale's Guardianship*, 549 P.2d 42 (Wash. Ct. App. 1976) (si surge un conflicto de interés, cada menor debe ser representado separadamente en el acuerdo colectivo para asegurar una justa distribución del producido).

Comentario b. Para un comentario instando a que se permita a los reclamantes renunciar a las protecciones de la regla de acuerdo colectivo, ver *Silver & Baker, Mass Lawsuits and the Aggregate Settlement Rule*, 32 Wake Forest L. Rev. at 769.

Para casos sosteniendo que los litigantes podrían renunciar a las protecciones procesales en materia de debido proceso, ver, por ejemplo *D.H. Overmeyer Co. of Ohio v. Frick Co.*, 405 U.S. 174, 185 (1972) (audiencia); *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238, 243 n.5 (1969) (juicio). Ver en general *Silver & Baker, Aggregate Settlement Rule*, 32 Wake Forest L. Rev. at 768-779 (discutiendo varios contextos en los que se permite la renuncia). Para ilustrar que el derecho autoriza la renuncia a derechos fundamentales, cabe señalar que un criminal acusado que se declara culpable renuncia a su derecho a un juicio por jurados, a confrontar testigos adversos, y a que el estado pruebe su caso más allá de toda duda razonable. Otro ejemplo: se permite a los miembros activos del ejército renunciar por escrito a los derechos que les concede la *Service Members Civil Relief Act*, 50 U.S.C. app. § 501 et seq., incluyendo su derecho a terminar préstamos hipotecarios y prendarios. Como un ejemplo en el contexto abogado-cliente, en Mayo de 2005 la ABA retiró una opinión previa y emitió una nueva, la *Opinión Formal 05-436*, tornando más fácil -para los clientes más sofisticados- prestar consentimiento a una renuncia futura frente a eventuales conflictos de interés. Ver *Alice E. Brown, Advance Waivers of Conflicts of Interest: Are the ABA Formal Ethics Opinions Advanced Enough Themselves?*, 19 Geo. J. Legal Ethics 567, 570 (2006) (“Autorizar el consentimiento informado frente a conflictos de interés no sólo sirve el interés del abogado sino también el de sus clientes; el cliente que quiere contratar al abogado a pesar del conflicto de interés en que éste se encuentra involucrado tiene un interés en ser libre para elegir la representación que desee”).

Para ejemplos de casos que se han rehusado a aceptar renunciaciones a la Regla 1.8(g), ver, por ejemplo, *Hayes v. Eagle-Picher Indus., Inc.*, 513 F.2d 892, 894 (10th Cir. 1975) (sosteniendo que no puede renunciarse al requisito establecido en la regla según el cual cada uno de los actores debe consentir el

acuerdo después de haber sido informado de sus términos); *Tax Auth., Inc. v. Jackson Hewitt, Inc.*, 898 A.2d 512 (N.J. 2006) (sosteniendo que un contrato abogado-cliente que contiene una previsión de mayorías determinadas para acordar el litigio no podría ser hecho cumplir bajo la Regla 1.8(g); sin embargo, la corte confirmó el acuerdo en cuestión y aplicó su decisión sólo prospectivamente); *Jackson v. Bellsouth Telecomm., Inc.*, No. 00-7558-CIV-KAM, Order Denying Motion to Enforce Settlement (S.D. Fla. 22 de Julio de 2002) (denegando la ejecución de un acuerdo con respecto a reclamantes que habían renunciado a su derecho de aprobarlo y permitiendo a tales reclamantes continuar con sus procesos); ver también N.Y. City Bar Ass'n Comm. on Prof'l & Judicial Ethics Op. 2009-6 (prohibiendo a los abogados preguntar a los clientes que representan conjuntamente tanto si renuncian a su derecho de aprobar un acuerdo colectivo propuesto como si están dispuestos a someterse a un acuerdo colectivo si éste resulta aprobado por un porcentaje especificado del resto de los clientes). Pero ver Tex. Disciplinary R. Prof'l Conduct Proposed Rule 1.07 (permitiendo, fuera del contexto de los procesos colectivos, que un abogado represente a múltiples clientes en la medida que les informe que "deben estar dispuestos a tomar decisiones independientes, sin el consejo del abogado, respecto de cualquier propuesta de solución que se presente para atender cualquiera de las cuestiones comprendidas en el asunto").

Para autoridad sosteniendo que la decisión última sobre si acordar o no pertenece al cliente, ver, por ejemplo, Restatement Third of the Law Governing Lawyers § 22(3) ("Con independencia de cualquier contrato en contrario que se haya celebrado con un abogado, un cliente puede revocar la autoridad del abogado para tomar las decisiones descriptas en la Subsección (1) [que incluye a los acuerdos]."); Model Rules of Prof'l Conduct R. 1.2(a) ("[u]n abogado debe acatar la decisión del cliente sobre si acordar o no un asunto").

Para discusión del consentimiento informado, ver Model Rules of Prof'l Conduct R. 1.0(e) & cmt. 6 (señalando que las comunicaciones necesarias para constituir un consentimiento informado "variarán de acuerdo con la Regla involucrada y las circunstancias que hacen surgir la necesidad de obtener el consentimiento informado", por lo que el abogado debe "[o]rdinariamente . . . informa[r]. . . los hechos y circunstancias que dan lugar a la situación", las "ventajas y desventajas materiales del curso de acción propuesto y discutir . . . otras . . . opciones", y señala también que "[e]n algunas circunstancias puede ser apropiado que el abogado aconseje al cliente. . . buscar asesoramiento de otro abogado"). Ver también Model

Capítulo 3

Rules of Prof'l Conduct R. 1.4(b) & cmt. 5 (más discusión sobre consentimiento informado); Restatement Third of the Law Governing Lawyers § 20(3) (señalando el deber del abogado de “explicar el asunto en la medida razonablemente necesaria para permitir al cliente tomar decisiones informadas respecto de la representación”); id. § 126, Comentario *f* (discutiendo que, en el contexto de las transacciones de negocios entre un abogado y un cliente, “[u]na oportunidad para obtener asesoramiento competente independiente tiende a asegurar que el cliente tenga tiempo para considerar la transacción y que el abogado no esté aplicando presión indebida sobre aquél”). Para jurisprudencia sobre el estándar de consentimiento informado en el campo médico, ver, por ejemplo, *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, 780 (D.C. Cir. 1972) (“[e]l verdadero consentimiento . . . es el ejercicio informado de una elección, y ello implica una oportunidad para evaluar con conocimiento las opciones disponibles y los riesgos que implica cada una”); *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d 1, 9–10 (Cal. 1972) (los principios subyacentes en el requisito de consentimiento informado establecen “una necesidad, y una exigencia resultante, de divulgación del médico hacia su paciente de toda la información relevante para un adecuado procedimiento de decisión”).

Comentario c. En términos generales, las cortes consideran que 40 miembros de la clase satisfacen el requisito de impracticabilidad del litisconsorcio establecido en la Regla 23(a)(1). Ver *Esler v. Northrop Corp.*, 86 F.R.D. 20, 34 (W.D. Mo. 1979) (“[G]eneralmente las clases de cuarenta o más personas han sido certificadas, mientras que aquellas con menos de veinticinco no”); cf. 28 U.S.C. § 1369 (2002) (concediendo competencia por diversidad en determinados casos de accidentes que involucran la muerte de al menos 75 personas).

Bajo la Class Action Fairness Act, 28 U.S.C. § 1332(d)(2) (2005), no está permitida la remoción de la causa hacia la justicia federal a menos que el monto en controversia exceda los \$5 millones. El razonamiento detrás del monto mínimo es que las cortes federales no deberían estar sujetas a esta competencia recientemente creada a menos que el caso resulte de un tamaño sustancial. Ver en general *Lowery v. Ala. Power Co.*, 483 F.3d 1184, 1193 (11th Cir. 2007) (señalando que CAFA “aumenta la competencia federal por diversidad sobre acciones de clase con implicancias interestatales”). El requisito de aprobación del 75 por ciento establecido para las quiebras de empresas relacionadas con el amianto, contenido en 11 U.S.C. § 524(g)(2)(B)(ii)(IV)(bb), es discutido en *In re Combustion Engineering*, 391 F.3d 190, 234 n.45, 237 (3d Cir. 2004). Para más discusión del requisito del 75 por ciento, ver Sander L. Esserman & David J. Parsons, *The Case for Broad*

Access to 11 U.S.C. § 524(g) in Light of the Third Circuit's Ongoing Business Requirement Dicta in Combustion Engineering, 62 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 187, 189–190 (2006). Sobre la necesidad de tratamiento igualitario de los reclamantes situados en posición similar en el marco del Bankruptcy Code, ver *Combustion Engineering*, 391 F.3d at 239–240 (discutiendo “el principio de tratamiento igualitario de los acreedores en el Bankruptcy Code” y citando varias provisiones de dicho Código que reflejan ese principio). Para más discusión sobre el principio de tratamiento igualitario, ver Ronald Barliant, Dimitri G. Karcazes & Anne M. Sherry, *From Free-Fall to Free-For-All: The Rise of Pre-Packaged Asbestos Bankruptcies*, 12 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 441, 453–454 (2004) (señalando que “[u]n plan no puede agrupar en la misma clase y para propósitos de votación a acreedores situados en posiciones diferentes” y que “[u]n plan. . . no puede ser confirmado frente al rechazo de una clase de acreedores afectados si el mismo discrimina injustamente a esa clase”).

Comentario d. Bajo el Restatement Third of the Law Governing Lawyers § 18(1)(a),

si el contrato o modificación [del contrato celebrado entre abogado y cliente para regir la relación entre ambos] es concretado después de transcurrido un tiempo razonable desde que el abogado comenzó a representar al cliente en el asunto. . . el cliente puede evitar [el cumplimiento del contrato] a menos que el abogado muestre que el contrato y las circunstancias de su formación fueron justas y razonables para el cliente.

El Comentario *e* al § 18 del Restatement Third of the Law Governing Lawyers provee que el test de “justo y razonable” abarca dos demostraciones:

Primero, el abogado debe demostrar que el cliente fue adecuadamente advertido de los efectos y de cualquier desventaja material del contrato propuesto, incluyendo, cuando corresponda, las circunstancias concernientes a la necesidad de su modificación. . . Segundo, el abogado debe demostrar que el cliente no estuvo presionado para acceder en orden a evitar problemas derivados del cambio de patrocinio letrado, la eventual transferencia del caso hacia el nuevo abogado, el vencimiento de algún plazo o la posibilidad de perder una oportunidad significativa en el asunto, o porque un nuevo abogado debería tener que repetir mucho trabajo por el cual el cliente está en deuda o ya ha pagado al primer abogado. . . En general, el abogado debe demostrar que un cliente razonable puede haber elegido aceptar el contrato tardío, típicamente porque beneficia al cliente en alguna forma sustancial[.]

Capítulo 3

Para una discusión sobre el rol de los reclamantes sofisticados, ver el Comentario *e* al § 18 del Restatement Third of the Law Governing Lawyers, el cual explica que al evaluar la justicia de un contrato abogado-cliente posterior al inicio de la representación “cuanto más experimentado es el cliente a la hora de lidiar con abogados, menor es la necesidad del abogado de informar al mismo”. Para una discusión más, ver también el Comentario *c(i)* al § 122 del Restatement Third of the Law Governing Lawyers (explicando que al obtener el consentimiento frente a un conflicto de interés, el abogado debe asegurar que cada “cliente esté advertido de la información razonablemente adecuada para tomar una decisión informada”, pero que “los clientes difieren en lo que respecta a su sofisticación y experiencia, y las situaciones difieren en términos de la complejidad y sutilezas que . . . presentan”). La sofisticación del cliente ha sido un factor favorable para hacer cumplir las renunciaciones anticipadas a futuros conflictos de interés. Ver Restatement Third of the Law Governing Lawyers § 122, Comentario *d* (“Un contrato abierto, por el cual un cliente consiente todos los conflictos, normalmente debería ser ineficaz a menos que el cliente posea sofisticación en el asunto en cuestión y haya tenido la oportunidad de recibir asesoramiento legal independiente sobre el tema del consentimiento”); ABA Model Rules of Prof’l Conduct R. 1.7 cmt. 22 (explicando que “si el cliente es un usuario experimentado de los servicios legales involucrados y está razonablemente informado respecto del riesgo que un conflicto puede hacer surgir, un consentimiento [general y abierto] tiene más posibilidades de ser efectivo”); ABA Comm. on Ethics and Prof’l Responsibility, Formal Op. 05-436 (igual). Para ejemplo de una corte haciendo cumplir un acuerdo colectivo, en parte debido a la sofisticación de las personas involucradas, ver *Tax Auth., Inc. v. Jackson Hewitt, Inc.*, 898 A.2d 512 (N.J. 2006) (haciendo cumplir un acuerdo aprobado por una mayoría determinada de los actores —154 franquicias de preparación de impuestos— por entenderlo justo y equitativo, a pesar de sostener que el mecanismo de aprobación mayoritaria no cumplía con la regla de acuerdo colectivo vigente).

Comentario e. Para una discusión de criterios similares aplicables al evaluar la justicia de un acuerdo celebrado en una acción de clase, ver § 3.05, *supra*.

Comentario f. Para una discusión de las cuestiones sobre selección del derecho sustantivo aplicable que surgen en el contexto de la aplicación de las reglas de ética, ver, por ejemplo H. Geoffrey Moulton, Jr., *Federalism and Choice of Law in the Regulation of Legal Ethics*, 82 Minn. L. Rev. 73 (1997) (discutiendo ampliamente los diferentes enfoques de los estados); Ver también Model Rules of Prof’l Conduct R. 8.5(b) (“Las reglas de conducta profesio-

nal a ser aplicadas serían las siguientes: (1) para conductas conectadas con un asunto en trámite ante un tribunal [aplicarán] las reglas de la jurisdicción en que dicho tribunal desempeña su tarea, a menos que las reglas o el tribunal provean lo contrario; y (2) para cualquier otra conducta, las reglas de la jurisdicción en la que ocurrió la conducta del abogado, o, si el efecto predominante de la conducta se produce en una jurisdicción diferente, las reglas que correspondan a esta última. Un abogado no deberá ser castigado disciplinariamente si su accionar se conforma con las reglas de una jurisdicción en la cual el abogado cree razonablemente que ocurrirá el efecto predominante de su conducta.”).

Efecto sobre el derecho vigente. La sub-sección (a) refleja la regla de acuerdo colectivo existente en los códigos de ética de todos los estados, con la modificación señalada arriba en el Comentario *a* a § 3.17(a), según la cual el consentimiento informado está satisfecho si se permite a los reclamantes revisar la fórmula por la que será distribuido el producido del acuerdo. Las sub-secciones (b)-(e) se apartan de la regla de acuerdo colectivo existente y requerirían cambios a las reglas de responsabilidad profesional en todas las jurisdicciones. No obstante, § 524(g) del Bankruptcy Code, la Class Action Fairness Act, y la jurisprudencia sobre el requisito de impracticabilidad del litisconsorcio (*numerosity*) bajo la Regla 23 proveen análogos criterios para proyectar legislación sobre reglas de ética a fin de implementar la sub-sección (c).

§ 3.18 Revisión judicial limitada de acuerdos colectivos celebrados fuera de acciones de clase

- (a) Cualquier reclamante sujeto a un acuerdo celebrado conforme lo dispuesto en § 3.17(b) tiene derecho a impugnar tal acuerdo, dentro del plazo establecido por la legislatura o cuerpo redactor de reglas, con fundamento en que no cumple con alguno o todos los requisitos de § 3.17(b) y § 3.17(c), o bien porque el mismo no es procesal y sustantivamente justo y razonable conforme lo dispuesto en § 3.17(d) y § 3.17(e). Tal impugnación puede ser promovida en la corte donde tramita o tramitaba el caso del reclamante o, si no hay caso alguno en trámite, en cualquier corte que resulte competente.**
- (b) Cualquier reclamante que discuta el monto de la porción que le corresponde de un acuerdo aprobado bajo § 3.17(b)-(e) tie-**

Capítulo 3

ne derecho a impugnar la justicia de tal acuerdo dentro del plazo establecido por la legislatura o cuerpo redactor de reglas. Tal impugnación puede ser promovida en la corte donde tramita o tramitaba el caso del reclamante o, si no hay caso alguno en trámite, en cualquier corte que resulte competente.

- (c) **El derecho a impugnar el acuerdo bajo las sub-secciones (a) y (b) de esta Sección no es renunciable.**
- (d) **El abogado de un reclamante que negocia un acuerdo que luego una corte considera no ejecutable bajo § 3.17(b)–(e) puede ser obligado a pagar los honorarios y costos razonables en que haya incurrido el impugnante.**

Comentario:

a. Impugnando el acuerdo. Si bien un reclamante puede renunciar a las protecciones de la regla de acuerdo colectivo, esta Sección provee, no obstante, una válvula de seguridad para quien efectivamente renunció (o se pretende que renunció) a dicha regla. Esta válvula de seguridad consiste en permitir a ese reclamante liberarse del acuerdo colectivo si éste no cumplió con § 3.17(b)–(c) o si se alega que el mismo es injusto bajo § 3.17(d) o (e). La impugnación del acuerdo puede ser promovida en la corte donde tramita o tramitaba el caso individual del reclamante o, si todavía no fue iniciada acción judicial alguna antes de la impugnación, en cualquier corte competente (esto es, cualquier corte capaz de ejercer su competencia sobre los demandados en impugnaciones de este tipo). Normalmente, los demandados en una impugnación de este tipo incluirían a los abogados de los reclamantes y al demandado que suscribió el acuerdo. La impugnación debe ser promovida dentro de un plazo específico establecido por la legislatura o cuerpo redactor de reglas, y debería ser promovida y resuelta rápidamente para permitir la distribución del producido del acuerdo dentro de un plazo lo más breve posible. La legislatura o cuerpo redactor de normas debería especificar los procedimientos relevantes de *discovery* que están disponibles para un reclamante que propone una impugnación de este tipo. Si la impugnación es exitosa, la corte tiene discreción para considerar todos los hechos y circunstancias relevantes a fin de determinar si la liberación del acuerdo debe ser limitada al reclamante que promovió aquélla o debería extenderse también a otras partes del acuerdo.

b. Por qué no es renunciable la capacidad para impugnar el acuerdo. Las impugnaciones permitidas bajo esta Sección se encuentran diseñadas para asegurar que (1) el abogado representante de los reclamantes afectados cumpla con

todos los requisitos de § 3.17(b) y (c), y (2) los términos del acuerdo sean justos para el reclamante que los impugna tal como se provee en § 3.17(d) y (e). Establecer la irrenunciabilidad del derecho a impugnar el acuerdo provee un fuerte incentivo para que los abogados de los reclamantes se aseguren que cada uno de éstos entienda precisamente qué está siendo renunciado, cuáles son los beneficios y las potenciales desventajas de la renuncia, y qué alternativas a la renuncia deberá considerar el reclamante (incluyendo, entre otras, una representación en clave individual por otro abogado que no esté sujeto a los conflictos que surgen de la representación de múltiples clientes). La irrenunciabilidad del derecho a impugnar el acuerdo también provee un importante incentivo para las partes a fin de asegurar que tanto el total del acuerdo como la asignación de su producido a cada reclamante sean justos.

c. Pago de los honorarios de los abogados del impugnante. Esta Sección autoriza a la corte a regular honorarios para los abogados que han sido exitosos en su cuestionamiento del acuerdo. Los honorarios deberán ser pagados por los abogados que representaron al reclamante en el acuerdo.

Ejemplos:

1. Los abogados de los reclamantes tienen 10.000 clientes que aseguran haber sufrido daños físicos causados por un producto de Demandado alegadamente defectuoso. Ninguno de los reclamantes realiza por escrito una renuncia de su derecho a prestar consentimiento informado en cualquier acuerdo propuesto. Demandado ofrece -y los abogados de los reclamantes aceptan- un acuerdo por la suma total de \$1 millón. Ningún reclamante que promueva una impugnación en tiempo hábil se encuentra vinculado por el acuerdo. La corte también puede decidir extender la liberación del acuerdo a favor de otros reclamantes que no promovieron impugnaciones en el plazo que tenían habilitado para ello.
2. Misma situación que en el Ejemplo 1, excepto que todos los reclamantes suscriben la renuncia de su derecho a prestar consentimiento informado conforme § 3.17(b). El texto de la renuncia no advierte a los reclamantes que serán vinculados por cualquier acuerdo propuesto que resulte aprobado por una mayoría sustancial de reclamantes. El acuerdo no es oponible a cualquier reclamante que promueva una impugnación en tiempo oportuno, debido a que la renuncia no se basó en información adecuada. La corte también puede decidir extender la liberación del acuerdo a favor de otros

Capítulo 3

reclamantes que no promovieron impugnaciones en el plazo que tenían habilitado para ello.

3. Misma situación que en el Ejemplo 1, excepto que las renunciaciones obtenidas cumplen con § 3.17(b). Se asigna a cada cliente la misma suma de dinero, aun cuando algunos de ellos sufrieron daños físicos serios y permanentes, mientras que otros sólo sufrieron daños menores o temporales. Todo reclamante con serios daños personales que promueva una impugnación en tiempo hábil bajo esta Sección no se encuentra vinculado por el acuerdo. La corte también puede decidir extender la liberación del acuerdo a favor de otros reclamantes que no promovieron impugnaciones en el plazo que tenían habilitado para ello.

NOTAS DE LOS REPORTEROS

Comentario a. Las impugnaciones bajo esta Sección deben ser promovidas dentro de un plazo determinado (establecido por la legislatura o cuerpo redactor de reglas) luego de que el reclamante reciba una notificación efectiva del acuerdo. El plazo para las impugnaciones y la revisión judicial debería ser relativamente breve, vencido el cual el demandado puede confiar en el carácter final del acuerdo. Esta Sección requiere una notificación efectiva porque, a diferencia de lo que ocurre en una acción de clase, los abogados de los reclamantes representan individualmente a cada uno de éstos y deberían tener fácilmente disponible la información para notificarlos.

Efecto sobre el derecho vigente. Esta Sección tiene como premisa los cambios a la regla de acuerdo colectivo señalados en § 3.17(b)–(e). Para más discusión del efecto sobre el derecho vigente ver las Notas de los Reporteros que acompañan § 3.17.

A continuación se presenta un ejemplo de cómo podría redactarse una regla que ponga en práctica lo establecido en §§ 3.16–3.18.

§ 1 Definición de un acuerdo colectivo fuera del contexto de acciones de clase

- (a) **Un acuerdo colectivo fuera del contexto de acciones de clase es un acuerdo sobre las pretensiones de dos o más reclaman-**

tes individuales en el cual la resolución de tales pretensiones es interdependiente.

- (1) la aceptación del acuerdo por el demandado depende de la aceptación de un determinado número o porcentaje de los reclamantes o de un monto especificado en dinero; o**
- (2) el valor de cada pretensión no está basado solamente en los hechos y las negociaciones específicas de cada caso individual, con independencia de si la propuesta de acuerdo fue originalmente realizada por actores o demandados.**

§ 2 Circunstancias requeridas para que los acuerdos colectivos sean vinculantes

- (a) Un abogado o grupo de abogados que representan dos o más reclamantes fuera del contexto de una acción de clase pueden acordar las pretensiones de tales reclamantes en clave colectiva siempre que**
 - (1) cada reclamante que será vinculado por el acuerdo haya revisado los acuerdos de todas las otras personas sujetas al acuerdo colectivo o la fórmula por la que se dividirá el producido del acuerdo entre todos los reclamantes; y**
 - (2) cada reclamante que será vinculado por el acuerdo preste por escrito su consentimiento informado para ello.**
- (b) Cuando el asunto en controversia exceda la suma o el valor de \$5.000.000 y el acuerdo propuesto involucre al menos 40 reclamantes representados por un abogado o grupo de abogados, los reclamantes individuales pueden pactar anticipadamente que serán vinculados a dicho acuerdo en el supuesto que así lo decida el 75% de ellos.**
- (c) A los fines de la sub-sección (b)–**
 - (1) si el acuerdo distingue significativamente entre distintas categorías de reclamantes, el requisito del 75% aplica se-**

Capítulo 3

- paradamente a cada categoría de reclamantes representados en el asunto por un abogado o grupo de abogados;**
- (2) **toma de decisión colectiva significa la autoridad que detentan exclusivamente los clientes colectivos para aceptar o rechazar el acuerdo propuesto, autoridad que no puede ser delegada en los abogados del reclamante;**
- (d) **Para ejercer la toma de decisión colectiva especificada en la sub-sección (b), cada reclamante puede, por escrito y de manera individual, consentir a ello como parte del contrato inicial con su abogado o grupo de abogados, o en cualquier otro momento durante el curso del litigio y antes del acuerdo, siempre que—**
- (1) **el contrato confirme los términos y condiciones del contrato inicial suscripto con el abogado o grupo de abogados, y**
 - (2) **el contrato sea firmado por cada reclamante después de que el abogado o grupo de abogados haya descubierto completamente toda la información detallada sobre el curso de conducta propuesto, explicado sus riesgos materiales y descripto razonablemente las alternativas al mismo, las cuales incluyen, entre otras, las siguientes:**
 - (A) **El reclamante es informado de la conveniencia de buscar asesoramiento legal de otro abogado antes de suscribir un contrato para ejercer la opción por un poder de decisión colectivo, y se le otorgue una oportunidad para buscar tal asesoramiento.**
 - (B) **El reclamante es informado de que el enfoque bajo la sub-sección (a) está disponible como una alternativa y que el abogado no terminará una representación vigente porque el reclamante elige el enfoque de la sub-sección (a) en lugar del previsto en la sub-sección (b);**
 - (C) **Se informa al reclamante que el uso del procedimiento de toma de decisión colectiva es permisible sólo cuando la controversia involucra al menos 40 reclamantes y excede la suma o valor de \$5,000,000;**

- (D) Se informa al reclamante sobre su derecho a impugnar posteriormente bajo § 2(f) la justicia del contrato sobre el modo de celebrar el acuerdo, y de requerir el cumplimiento del mismo con los requisitos establecidos en § 2(e);**
- (E) Durante el ejercicio de la representación (hayan comenzado o no los procesos), el demandado y los abogados de los actores podrían encontrar beneficioso para todas las partes acordar el total de las pretensiones del mismo tipo que el abogado o grupo de abogados de los reclamantes están manejando al mismo tiempo; y**
- (F) En el supuesto de darse una propuesta de acuerdo de ese tipo, el reclamante consiente ser vinculado por la decisión colectiva de al menos el 75 por ciento de los reclamantes que son representados por un abogado o grupo de abogados y que están comprendidos en la propuesta, bajo las siguientes condiciones:**
 - (i) Se informa al reclamante del monto total de la oferta de acuerdo, el monto total que será destinado al pago de costos, y el monto total que recibirá en concepto de honorarios el abogado o grupo de abogados que representa a los reclamantes afectados;**
 - (ii) Se informa al reclamante de la manera en que el producido del acuerdo será dividido entre todos los reclamantes representados conjuntamente en el asunto por un abogado o grupo de abogados, con independencia de si la división será alcanzada a través de una distribución negociada por categorías de pretensiones o será librada a un posterior procedimiento interno de resolución de pretensiones.**
 - (iii) Se informa al reclamante sobre la existencia de cualquier otra pretensión, relacionada o no relacionada, sostenida por otros reclamantes representados por el mismo abogado o grupo de abogados contra el mismo demandado**

Capítulo 3

- y que no será cubierta por los términos del acuerdo propuesto;
- (iv) Si un acuerdo propuesto distingue significativamente entre distintas categorías de reclamantes, cada categoría de reclamantes situados similarmente debe aprobar dicho acuerdo por el voto de al menos un 75 por ciento de los reclamantes comprendidos en ellas;
 - (v) Se informa al reclamante de la categoría en la cual ha sido ubicado, si esa determinación fue realizada antes de que el acuerdo propuesto haya sido presentado a todos los reclamantes para su consideración y posible aprobación;
- (3) La responsabilidad de cumplir con los prerequisites establecidos en la sub-sección (d) se encuentra en cabeza del abogado de los reclamantes.
- (e) Un contrato en el cual ejerce una opción de toma de decisión colectiva que satisface los requisitos de las sub-secciones (b)-(d) no puede hacerse cumplir a menos que se determine que, basado en todos los hechos y circunstancias, es justo y razonable desde un punto de vista procesal. Hechos y circunstancias relevantes para la justicia y razonabilidad procesal de un contrato incluyen, entre otras, las siguientes:
- (1) si el contrato fue celebrado en un momento tal que el reclamante contaba para entonces con información sobre los beneficios y riesgos asociados con el arreglo para la toma de decisión colectiva;
 - (2) el nivel de sofisticación del reclamante;
 - (3) si el abogado brindó suficiente información al reclamante para permitir que la decisión de éste fuera completamente informada;
 - (4) si un tercero neutral o *special master* revisó los términos del contrato;
 - (5) si los reclamantes tienen alguna relación previa en común; y
 - (6) si las pretensiones de los reclamantes son similares.

- (f) Un acuerdo en el cual se ejerce una opción de toma de decisión colectiva que satisface los requisitos de las sub-secciones (b)-(d) no puede hacerse cumplir a menos que se determine que, basado en todos los hechos y circunstancias, el acuerdo resultante es justo y razonable desde un punto de vista sustantivo. Hechos y circunstancias relevantes para la justicia y razonabilidad sustantiva de un acuerdo incluyen, entre otras, las siguientes:**
- (1) los costos, riesgos, probabilidad de éxito y demoras del juicio y la apelación;**
 - (2) si los reclamantes son tratados equitativamente (en relación con los demás) basado en sus hechos y circunstancias; y**
 - (3) si los reclamantes son desaventajados por el acuerdo considerado como un todo.**

§ 3 Revisión judicial limitada de acuerdos colectivos celebrados fuera de una acción de clase

- (a) Cualquier reclamante que recibe notificación de un acuerdo celebrado conforme § 2 tiene derecho, en un plazo apropiado posterior a tal notificación, a impugnar el acuerdo con fundamento en que éste no cumplió con los requisitos de § 2(b)-(d), o no es justo y razonable bajo § 2(e) y (f).**
- (b) Una impugnación bajo la sub-sección (a) puede ser promovida en la corte donde tramita o tramitaba el caso individual del reclamante o, si no hay caso alguno en trámite, en cualquier corte que resulte competente.**
- (c) El derecho a impugnar el acuerdo bajo la sub-sección (a) es irrenunciable.**
- (d) Si una corte determina que un acuerdo impugnado bajo la sub-sección (a) no puede ejecutarse por no haber cumplido con los requisitos de § 2(b)-(d) o por no ser justo y razonable bajo § 2(e) y (f), puede requerirse al abogado o grupo de abogados que negoció el acuerdo el pago de los honorarios de abogados y costos razonables en que hubiera incurrido el impugnante.**