

ACUERDOS *CY PRÈS* EN ACCIONES DE CLASE SOBRE PRIVACIDAD¹

Thomas E. Kadri

Universidad de Georgia
tek@uga.edu

Ignacio N. Cofone

Universidad McGill
ignacio.cofone@mcgill.ca

Recibido: 15/02/2021

Aceptado: 13/04/2021

Resumen

Este ensayo analiza el potencial del uso de los acuerdos *cy près* en las acciones de clase sobre privacidad. Estos acuerdos son un mecanismo procesal para superar los problemas de distribución en las acciones de clase. Cuando resulta demasiado oneroso probar los reclamos individuales o demasiado costoso distribuir los daños y perjuicios a los damnificados, los tribunales en ocasiones otorgan la compensación a una organización benéfica o sin fines de lucro involucrada en un trabajo que sirve a los intereses de los damnificados. Estos controvertidos acuerdos han ido ganando terreno en varios sistemas jurídicos. La Corte Suprema de EE.UU. examinó recientemente su idoneidad en el caso *Frank v. Gaos*, mientras que los tribunales de Canadá y de varios países latinoamericanos también han experimentado con los *cy près*. El ensayo utiliza estos casos para evaluar cómo este mecanismo procesal puede ser particularmente útil en las acciones de clase sobre privacidad. Aunque los acuerdos *cy près* requieren una supervisión judicial adecuada para evitar abusos, el capítulo concluye que pueden ayudar a evitar la invasión a la privacidad, a hacer cumplir las leyes en material de privacidad y a proporcionar a los demandantes alguna medida de compensación indirecta cuando se vulneran esas leyes.

Palabras clave: acuerdos *cy près*, acciones de clase sobre privacidad, mecanismo procesal, compensación indirecta.

1 Esta es una traducción al español de Thomas E. Kadri e Ignacio N. Cofone, *Cy Près Settlements in Privacy Class Actions*, publicado previamente en Cofone, I. N. (Ed.). (2020). *Class Actions in Privacy Law*. Routledge.

Cy Près Settlements in Privacy Class Actions

Abstract

This essay considers the potential for using *cy près* settlements in privacy class actions. These settlements are a procedural mechanism to overcome distribution challenges in class actions. When it is too burdensome to prove individual claims or too costly to distribute damages to class members, courts on occasions award damages to a charity or non-profit organization involved in work serving the class members' interests. These controversial settlements have been gaining attention in various legal systems. The U.S. Supreme Court recently considered their propriety in *Frank v. Gaos*, while courts in Canada and several Latin American countries have been experimenting with *cy près* as well. The essay uses these cases to explore how this procedural mechanism can be particularly useful in privacy class actions. While *cy près* settlements require proper judicial supervision to prevent abuse, the chapter concludes that they can help to deter privacy invasions, enforce privacy laws, and provide plaintiffs with some measure of indirect relief when those laws are violated.

Key words: *cy près* settlements, privacy class actions, procedural mechanism, indirect relief.

1. Introducción

En este ensayo analizamos los acuerdos *cy près*, una herramienta procesal que podría abordar algunos de los desafíos que plantean las acciones de clase sobre privacidad. Como habrán notado los lectores francófonos, la idea de un acuerdo *cy près* proviene de la antigua expresión francesa *cy près comme possible*, que significa “tan próximo como sea posible” (Redish, et al., 2010, p. 624). *Cy près* es una doctrina de equidad que tiene su origen en el derecho de fideicomisos y sucesiones. Ya los romanos desarrollaron el principio de que si la voluntad de un testador no podía cumplirse, los tribunales debían intentar aproximarse a su intención en la medida de lo posible en lugar de invalidarla por completo (Hillebrand y Torrence, 1988, pp. 762-763; Pomerantz, 1969, p. 1262). Por ejemplo, si un testador dejaba dinero para un refugio para indigentes en Buenos Aires y no existía tal lugar, un juez podía ordenar que el dinero se destinara a la creación de dicho refugio o a la financiación de uno en una ciudad cercana.

En el contexto de las acciones de clase, la doctrina *cy près* les permite a los tribunales beneficiar indirectamente a los damnificados distribuyendo los fondos del acuerdo al “siguiente mejor” beneficiario, generalmente una organización benéfica o sin fines de lucro que se dedique a una labor “razonablemente aproximada a los intereses perseguidos por los damnificados”.² Los tribunales

2 *In re Baby Product Antitrust Litigation*, 708 F (3d), 163-169 (3^d Cir. 2013) [*Antimonopolio de productos*]

han utilizado a veces este mecanismo para desembolsar fondos de acuerdos no reclamados, como en aquellos casos en los que “los damnificados no pueden ser localizados, se niegan a presentar reclamos, han fallecido o las partes han sobreestimado la cantidad prevista para la distribución”.³

Pero hay otro uso que ha empezado a ganar adeptos y a generar controversia. Cuando los tribunales llegan a la conclusión de que es demasiado oneroso probar los reclamos individuales o demasiado costoso distribuir los daños y perjuicios, un acuerdo *cy près* puede ofrecerles a los damnificados algún beneficio aunque no reciban el dinero ellos mismos.⁴ Podemos imaginar cómo esta situación puede surgir con frecuencia en el contexto de violaciones generalizadas de la privacidad, donde probar el daño de cualquier individuo en particular constituye una tarea difícil y costosa. En lugar de dejar que el demandado salga impune, un tribunal podría aprobar un acuerdo *cy près* para beneficiar indirectamente a los damnificados mediante la financiación de iniciativas para abordar o evitar invasiones a la privacidad similares en el futuro.

Existe una sinergia entre las acciones de clase y la idea de *cy près*. Las acciones de clase pretenden “colectivizar las demandas individuales en un único procedimiento, en el que la inmensa mayoría de los demandantes asumen un papel puramente pasivo en el procedimiento” (Redish, et al., 2010, p. 624). De este modo, las acciones de clase pretenden resolver reclamos que son demasiado numerosos para litigarlas individualmente. Los tipos de reclamos planteados en las acciones de clase suelen tener poco valor a nivel individual. De hecho, esta característica es precisamente lo que hace que las acciones de clase sean una herramienta procesal atractiva: el costo para cualquier demandante particular de litigar su demanda superaría el escaso pago que podría recibir incluso si tuviera éxito. Al consolidar cientos (y a veces miles) de reclamos individuales, las acciones de clase les permiten a los tribunales juzgar alegaciones de daños graves y generalizados. Sin embargo, cuando las demandas que prosperan tie-

para bebés]. La primera sugerencia de utilizar el mecanismo *cy près* en las acciones de clase parece ser un trabajo de estudiantes de 1972. Véase Shepherd (1972, p. 448). Mientras tanto, el primer uso judicial parece haber llegado dos años después en la sentencia del Distrito Sur de Nueva York en el caso *Miller v. Steinbach et al.*, 1974 WL 350 en *2 (SD NY Dist Ct 1974).

3 *In re Google Inc Cookie Placement Consumer Privacy Litigation*, 934 F (3d), 316 en 326-327 (3^d Cir. 2019) [*Google Cookie*] (citando *Baby Product Antitrust*, 169, ver nota al pie 2); véase también Shiel (2015, pp. 943-945).

4 La compensación indirecta pagada a una organización, en lugar de la compensación a los damnificados que no pueden ser compensados directamente, a veces se denomina “monto residual”. Véase *Option Consommateurs c Banque Nationale du Canada*, 2015 QCCS 4380 [*Option Consommateurs v. BNC*].

nen un valor muy bajo, los costos de notificar a los damnificados y de distribuir los fondos del acuerdo entre miles de demandantes pueden consumir una parte considerable del valor de la demanda y, a veces, incluso superarlo. En estas circunstancias, el mecanismo *cy prè*s puede servir al efecto disuasivo de la ley, salvando acciones de clase que, de otro modo, podrían ser inviables desde el punto de vista económico o práctico.

Las acciones de clase tienen dos problemas adicionales de administración que afectan al mecanismo *cy prè*s. En primer lugar, en muchas jurisdicciones, las acciones de clase funcionan como regímenes de “exclusión voluntaria”: los damnificados no eligen afirmativamente formar parte de esta y deben excluirse si no están satisfechos con el acuerdo y desean presentar reclamos individuales (Piché y Saumier, 2018, p. 240). Aunque los tribunales intentan notificarles a los damnificados sus derechos legales, es probable que muchas personas pasen a formar parte de las acciones de clase sin ser plenamente conscientes de ello. En segundo lugar, para que su trabajo valga la pena, los abogados de la acción de clase suelen obtener unos honorarios considerables por sus servicios como parte de cualquier acuerdo (Walker, 2018, p. 218), honorarios que suelen reducir la indemnización por persona de cada damnificado. En conjunto, estas características comunes en las acciones de clase pueden facilitar el abuso, a menos que sean controladas de cerca por los jueces supervisores. Como explicaremos a continuación, esto es especialmente cierto cuando se trata de acuerdos *cy prè*s.

Este ensayo se encuadra bajo la difícil cuestión de cómo reparar el daño a los demandantes que sufren invasiones a la privacidad. Lo hace abordando el mecanismo de los acuerdos *cy prè*s, que, aunque no está exento de riesgos y defectos, puede ayudar a evitar las invasiones a la privacidad, hacer cumplir las leyes en materia de privacidad y proporcionar a los demandantes alguna compensación cuando se vulneran esas leyes. A pesar de la controversia que rodea a los acuerdos *cy prè*s, con una supervisión judicial adecuada pueden ser una herramienta especialmente útil en las acciones de clase sobre privacidad.

2. *Cy prè*s en *Frank v. Gaos*

El reciente caso *Frank v. Gaos* de la Suprema Corte de los Estados Unidos revela cómo los acuerdos *cy prè*s pueden ayudar en las acciones de clase sobre privacidad, al tiempo que pone de manifiesto cómo se puede hacer un uso indebido de ellos.

Como todo lector sabrá, cuando un usuario escribe algo en el buscador de Google, este muestra enlaces a todo tipo de sitios web. Menos conocido es que,

cuando el usuario hace clic en uno de esos enlaces, Google informa al operador del sitio web de los términos de búsqueda que llevaron al usuario a esa página. Por ejemplo, si alguien busca “facultades de Derecho en Canadá” y luego hace clic en un enlace al sitio web de McGill, esta empresa sabrá que se utilizaron esos términos de búsqueda para llegar a su sitio web.

En contra de esta práctica, un grupo de demandantes en el caso *Frank v. Gaos* presentó una acción de clase contra Google en California alegando que la empresa había violado sus derechos de privacidad al revelar sus términos de búsqueda a los operadores de otros sitios web.⁵ Los demandantes alegaban que esta práctica infringía la Ley de Comunicaciones Almacenadas, una ley federal estadounidense que prohíbe a cualquier entidad que preste un “servicio de comunicación electrónica” “divulgar a sabiendas [...] el contenido de una comunicación” almacenada por ese servicio.⁶ La ley también crea un derecho de acción privado que permite a cualquier “persona agraviada por cualquier violación” obtener la compensación “adecuada” de cualquier entidad “que haya cometido esa violación”.⁷

Los demandantes llegaron a un acuerdo con Google por el que este pagaría 8,5 millones de dólares. Aunque no se le exigió a Google que dejara de compartir los términos de búsqueda con terceros, la empresa se comprometió en el acuerdo a proporcionar información en su sitio web sobre cómo comparte los términos de búsqueda fuera de Google.⁸ A cambio de este acuerdo, los aproximadamente 129 millones de personas que habían utilizado el motor de búsqueda de Google en los últimos años verían extinguidos sus reclamos.⁹

Incluso para una empresa del tamaño de Google, un acuerdo de 8,5 millones de dólares podría parecer significativo para este tipo de invasión a la privacidad, pero la cantidad de damnificados significaba que ningún demandante en particular se haría rico después de cobrar su cheque de compensación. De hecho, al final del proceso, el acuerdo habría ascendido a unos cuatro céntimos por persona. Ante esta insignificante indemnización por persona, el tribunal

5 *Frank v. Gaos*, 139 S Ct, 1041-1044 (2019) [*Frank*]. Uno de los autores del presente ensayo, Thomas Kadri, trabajó brevemente como asistente jurídico en el caso *Frank v. Gaos*, pero las perspectivas que se comparten aquí se basan únicamente en documentos públicos.

6 *Ibidem*.

7 *Ibidem*.

8 *In re Google Referrer Header Privacy Litigation*, 869 F (3d), 737-740 (9th Cir. 2017) [*Google Referrer*], anulado y devuelto en *Frank v. Gaos* (ver nota al pie 5).

9 *Ibidem*

de distrito aceptó el argumento de las partes de que el costo de verificar cada reclamo y entregar los minúsculos pagos a millones de damnificados “superaría el beneficio monetario total obtenido por los damnificados”.¹⁰

Fue en este punto en el que el mecanismo *cy près* se volvió bastante atractivo. En lugar de hacer que millones de damnificados obtengan solo unos centavos, ¿por qué no juntar todo ese dinero y destinarlo a algo que sirviera mejor a los intereses de privacidad que motivaron el caso? Este fue el camino que se tomó en el caso *Frank*, en el que el tribunal y los abogados de las partes acordaron que sería mejor entregar el dinero a organizaciones sin fines de lucro dedicadas a la privacidad para promover los intereses sobre la privacidad en el futuro. De los 8,5 millones de dólares del acuerdo, unos 3 millones se destinarían a los honorarios de los abogados, los gastos administrativos y el pago de incentivos a los demandantes. Los 5 millones restantes se destinarían a seis organizaciones sin fines de lucro que acordaron utilizar el dinero para promover la concienciación, la educación y la investigación sobre la “protección de la privacidad en Internet”.¹¹ Entre los beneficiarios de los *cy près* se encontraban destacadas organizaciones del ámbito de la privacidad y la tecnología, como el Berkman Klein Center de Harvard, el Center for Internet and Society de Stanford y el World Privacy Forum.

En un grupo de 129 millones de personas, trece optaron por no participar en el acuerdo y cinco se opusieron. Los objetores argumentaron que era inadmisibles adjudicar únicamente una indemnización *cy près* sin darles a los damnificados ningún beneficio monetario, lo que se conoce como “acuerdo solo por *cy près*”. También alegaron que los conflictos de intereses “influyeron” en la selección de estos beneficiarios de los acuerdos *cy près*.¹² Pero después de considerar estas quejas, el tribunal de distrito aprobó el acuerdo como “justo, razonable y adecuado” en virtud de la Norma 23 de las Normas Federales de Procedimiento Civil, que rige las acciones de clase en los Estados Unidos.¹³

Cuando el Tribunal de Apelaciones revisó el caso *Frank* sostuvo que el tribunal de distrito no había abusado de su facultad al aprobar el acuerdo solo por *cy près*.¹⁴ Aunque el tribunal de apelación tomó nota de la queja del tribunal de distrito de que algunas de las organizaciones sin fines de lucro eran las “sospechosas de siempre” de recibir este tipo de adjudicaciones, y de que algunas de

10 Ibidem, en 742.

11 Ibidem, en 740.

12 *Frank*, en 1045 (ver nota al pie 5).

13 *Google Referrer*, en 742-743 (ver nota al pie 8).

14 Ibidem, en 743, 747.

las organizaciones tenían su sede en las facultades de Derecho en las que los abogados de los demandantes habían obtenido sus títulos de abogado, el tribunal de apelación concluyó que nada en el expediente “planteaba dudas sustanciales” sobre si las selecciones se habían hecho “sobre el fondo de la cuestión”.¹⁵

Los objetores decidieron llevar su caso a la Suprema Corte de los Estados Unidos, probablemente animados por el hecho de que al menos un miembro influyente de la Suprema Corte parecía escéptico sobre la conveniencia de los acuerdos *cy près*. Cuando un caso similar fue apelado en la Corte en 2013, los jueces se negaron a entenderlo, pero el presidente de la Suprema Corte, John Roberts, escribió una declaración separada en la que invitaba a los litigantes a presentar casos apropiados “para aclarar los límites del uso de los recursos [*cy près*]”.¹⁶ Entre las “preocupaciones fundamentales” del presidente de la Suprema Corte se encontraban si los tribunales deberían utilizar alguna vez el mecanismo *cy près*, cómo deberían evaluar los tribunales la “equidad” de los acuerdos *cy près*, cómo deberían seleccionarse los beneficiarios sin fines de lucro y “hasta qué punto los objetivos de cualquier organización alistada deben corresponder a los intereses de los damnificados”.¹⁷

En el caso *Frank v. Gaos*, parecía que estábamos destinados a obtener respuestas a algunas de estas preguntas. La Suprema Corte accedió a entender en el caso para decidir si un acuerdo “*cy près*” puede ser alguna vez “justo, razonable y adecuado” según la Norma 23 (Lewis, 2019). Se preveía que la decisión de la Suprema Corte podría tener amplias implicaciones en la forma de distribuir el dinero en las acciones de clase.¹⁸ Pero después de que el Gobierno presentara un escrito cuestionando la legitimación de los demandantes para presentar sus reclamos, la Corte esquivó la cuestión del *cy près* y devolvió el caso a los tribunales inferiores para que determinaran si los demandantes tenían legitimación a la luz de la decisión de la Corte del año 2016 en *Spokeo, Inc. v. Robins*, un caso importante sobre legitimación para presentar demandas sobre privacidad.¹⁹

Aunque la Corte no se pronunció sobre la idoneidad de los acuerdos *cy près*, ahora podemos estar seguros de que al menos otro juez cree que son problemáticos. En disidencia de la decisión *Frank*, el juez Clarence Thomas afirmó que el acuerdo *cy près* era inadmisibles porque los damnificados no recibieron

15 Ibidem, en 743-744, 746-747.

16 *Marek v. Lane*, 571 US 1003 en 9 (2013) (C. J. Roberts, *statement respecting denial of certiorari*).

17 Ibidem.

18 Ibidem, en 4.

19 Véase *Spokeo, Inc v. Robins*, 136 S Ct 1540 (2016).

“ningún fondo del acuerdo, ninguna medida cautelar significativa ni ningún otro beneficio a cambio de la resolución de sus reclamos”.²⁰ Si los objetores a los acuerdos *cy prè*s vuelven a la Corte, probablemente encontrarán a un aliado en el juez Thomas.

La jurisprudencia en torno a los acuerdos *cy prè*s deja muchas preguntas sin respuesta. ¿Puede un acuerdo que solo incluye compensación por *cy prè*s ser “justo, razonable y adecuado”? ¿Cómo se relacionan los acuerdos *cy prè*s con el requisito de “superioridad” de la Norma 23, según la cual el tribunal debe concluir que el mecanismo de la acción de clase es “superior” a la resolución de las demandas individuales? ¿Hasta qué punto hay que preocuparse por los conflictos de intereses en este ámbito? ¿Qué tipo de control deben ejercer los tribunales para determinar qué beneficiarios de los acuerdos *cy prè*s son adecuados? ¿La doctrina del *cy prè*s plantea problemas constitucionales por atentar contra la separación de poderes?²¹

Aunque responder a todas estas preguntas va más allá del alcance de este ensayo, ofrecemos algunas reflexiones sobre cómo los acuerdos *cy prè*s pueden ser especialmente útiles en el contexto de las acciones de clase sobre privacidad y cómo los tribunales pueden mitigar algunas preocupaciones sobre su uso excesivo en este ámbito.

3. La particular utilidad de los acuerdos *cy prè*s en las acciones de clase sobre privacidad

Los acuerdos *cy prè*s son especialmente útiles cuando compensar a las víctimas es impracticable o imposible.²² En estas circunstancias, el mecanismo *cy prè*s les permite a los tribunales repartir los fondos del acuerdo de manera que benefi-

20 *Frank*, en 1048 (ver nota al pie 5) (J. Thomas, en disidencia).

21 Véanse Redish et al. (2010, pp. 622-623), argumentando que el *cy prè*s “contraviene el ‘bilateralismo’ adversario constitucionalmente requerido por el proceso de adjudicación incorporado en el requisito de caso o controversia del Artículo III”; Ben-Shahar y Porat (2018, p. 1937), observando que “el *cy prè*s plantea cuestiones fundamentales sobre la autoridad de los tribunales para seleccionar a los no litigantes como beneficiarios de las adjudicaciones concedidas por el tribunal”; *Klier v. Elf Atochem North America, Inc*, 658 F (3d) 468 en 480-482 (5th Cir. 2011) [*Klier*] (C. J. Jones, en concurrencia), expresando la preocupación de que las distribuciones de *cy prè*s puedan violar los requisitos de legitimación del Artículo III.

22 Véanse Ben-Shahar y Porat (2018, p. 1935), señalando que “la compensación de la acción de clase suele enfrentar el problema práctico de identificar a los damnificados y distribuir la compensación por daños y perjuicios entre ellos, especialmente cuando dicha compensación es pequeña”; Ormerod (2019, p. 1918), observando que “a veces los tribunales ordenan acuerdos *cy prè*s en acciones de clase cuando es impracticable distribuir una compensación o un acuerdo al grupo de damnificados”; *Lane v. Facebook, Inc*, 696 F (3d) 811 en 825 (9th Cir. 2012), “concluyendo que sería

cien indirectamente a los damnificados y sirvan a los “objetivos sociales” que subyacen a las leyes de privacidad.²³

Aunque todas las acciones de clase buscan resolver el problema de tener un gran número de demandantes con reclamos relativamente pequeños, las acciones de clase sobre privacidad suelen sufrir una vertiente especialmente grave de este problema. La diferencia es principalmente de grado, no de especie: en comparación con otros reclamos que se presentan con frecuencia en las acciones de clase, los daños a la privacidad suelen ser sufridos por grupos más grandes y, en general, son más difíciles de determinar (Cofone, 2019; Cofone y Robertson, 2019) lo que conduce a montos individuales más bajos de daños indemnizables.

Consideremos la filtración de datos de Equifax en 2017, en la que la información financiera de 147 millones de contribuyentes cayó en manos de destinatarios desconocidos (Federal Trade Commission, 2020). Esta filtración causó daños a la privacidad de millones de personas, así como una cantidad indiscernible de daños financieros (que se acumularán en gran medida en el futuro) a un subconjunto desconocido de esas personas. En un acuerdo con la Comisión Federal de Comercio y la Oficina de Protección Financiera del Consumidor, la empresa aceptó pagar 425 millones de dólares, lo que equivale a menos de 3 dólares por damnificado. La molestia y el gasto de encontrar y pagarles a todas estas personas probablemente superarían cualquier beneficio (monetario o de otro tipo) que se derivaría de entregarle a cada persona una parte del acuerdo. El caso *Equifax* fue una demanda de ejecución, no una acción de clase, y no dio lugar a un acuerdo *cy præs*. Pero la naturaleza de la filtración de datos de Equifax proporciona un ejemplo convincente para ilustrar los beneficios potenciales del *cy præs* en las acciones de clase sobre privacidad.

‘gravoso’ e ineficaz pagar los fondos que quedan después de los gastos directamente a los damnificados porque la compensación de cada individuo bajo una distribución directa sería de *minimis*” (citando *Molski v. Gleich*, 318 F (3d) 937 en 955 (9th Cir. 2003)); *Klier v. Elf Atochem North America*, en 475 no. 15 (“En las acciones de clase de gran envergadura, la distribución de los fondos del acuerdo conlleva unos gastos administrativos considerables. A medida que se desembolsan los fondos del acuerdo y la cantidad aún disponible para su distribución [...] disminuye, [...] el costo marginal de realizar una distribución adicional a prorrata entre los damnificados supera la cantidad disponible para su distribución”).

23 Véanse Ben-Shahar y Porat (2018, pp. 1935-1936); Pomerantz (1969, pp. 1260-1261); *Berry v. Lexis-Nexis Risk & Information Analytics Group, Inc*, 2014 WL 4403524 en *7 (ED Va Dist Ct 2014), confirmado en *Berry v. Schulman*, 807 F (3d) 600 (4th Cir. 2015); *In re Netflix Privacy Litigation*, 2013 WL 1120801 en *2 (ND Cal Dist Ct 2013); *In re Google Buzz Privacy Litigation*, 2011 WL 7460099 en *4 (ND Cal Dist Ct 2011).

En circunstancias como las creadas por la filtración de datos de Equifax, los acuerdos *cy prês* pueden ofrecer una forma de distribuir los fondos del acuerdo que, de otro modo, no serían distribuibles (Slobom, 2018, p. 306). Incluso si los fondos pudieran distribuirse, el mecanismo *cy prês* podría servir mejor a los intereses de los damnificados en casos en los que cada pago individual sería minúsculo.²⁴ En el caso *Equifax*, por ejemplo, cada individuo puede hacer poco con 3 dólares, y aún menos con lo que quede una vez deducidos los gastos de administración y envío. En otras palabras, los costos de notificación y distribución dejan a los perjudicados con poco o nada. Pero los 425 millones de dólares de *Equifax* podrían beneficiar sustancialmente a los consumidores si se invirtieran en organizaciones que trabajan diligentemente para proteger los intereses de privacidad y seguridad de los consumidores. Si bien el problema de la no distribución puede ocurrir con poca frecuencia en el derecho del consumidor, es la norma en el derecho de privacidad. Y aunque puede ser más difícil encontrar organizaciones adecuadas para beneficiar indirectamente a los damnificados en otras áreas doctrinales, hay muchos candidatos dignos cuando se trata de intereses de privacidad.

Es importante destacar que, al resolver el problema logístico de la distribución de los fondos del acuerdo –los cuales, de otro modo, serían económicamente o prácticamente inviables de distribuir–, el mecanismo *cy prês* sirve a valiosos objetivos políticos subyacentes a las acciones de clase sobre privacidad. Sin una forma de distribuir estos fondos, las leyes de privacidad podrían aplicarse con menos regularidad. Al hacer viables más acciones de clase sobre privacidad, los acuerdos *cy prês* preservan el efecto disuasivo de las leyes en materia de privacidad incluso cuando los daños por persona concedidos son pequeños o el daño es difícil de determinar. En un momento en el que muchas personas creen, con razón, que necesitamos una mayor aplicación de las leyes de privacidad, esto representa un beneficio significativo que los acuerdos *cy prês* pueden asegurar.

Como observó el estudiante de derecho que, hace 40 años, propuso inicialmente el uso del mecanismo *cy prês* en las acciones de clase, los tribunales podrían utilizar las indemnizaciones *cy prês* para sortear los “problemas de distribución” que surgen en algunas acciones de clase y asignar los fondos de los acuerdos de otras maneras “diseñadas para maximizar el beneficio público” (Shepherd, 1972, p. 457). Como mínimo, vale la pena explorar esquemas alter-

24 Lewis (2019, p. 2).

nativos de compensación en el derecho de daños, especialmente aquellos que podrían abordar los problemas sistémicos de manera más eficaz (Jutras, 2015). El mecanismo *cy près* merece una seria consideración en este sentido, especialmente ante las numerosas preocupaciones sobre la privacidad que ha generado la era digital.

4. Los desafíos de la aplicación de los *cy près*

A pesar de la utilidad de los acuerdos *cy près* para el derecho de privacidad, estos plantean algunas inquietudes y han suscitado el escepticismo de los tribunales,²⁵ los académicos²⁶ y los medios de comunicación (Krueger y Serotta, 2008; Liptak, 2007). Como escribió en una ocasión el juez Richard Posner al revisar la idoneidad de un determinado acuerdo *cy près*:

¿Sería demasiado cínico especular que lo que puede estar ocurriendo aquí es que los abogados de los demandados querían un acuerdo que les diera unos generosos honorarios y [el demandado] quería un acuerdo que extinguiera 1,4 millones de reclamos contra él sin costo alguno para sí mismo? El acuerdo que el juez de distrito aprobó perjudicó a estos 1,4 millones de demandantes. Solo si no tenían ningún reclamo (más precisamente ningún reclamo lo suficientemente grande como para justificar un reparto) no perdían nada con el acuerdo, y el juez no determinó que no tuvieran dicho reclamo.²⁷

Algunos académicos han recomendado modificar las normas legales que rigen los acuerdos *cy près* o prohibirlos por completo (Lewis, 2019, p. 3). Una de las principales críticas es que el mecanismo *cy près* crea incentivos inadecuados para resolver los casos al exacerbar un conflicto de intereses preexistente en muchas acciones de clase (Cohen, 2019, pp. 459-462). Los abogados de las acciones de clase suelen tener un problema de conflicto de intereses porque tienen mayores incentivos que los damnificados para resolver las demandas en lugar de litigarlas. Los honorarios de los abogados que litigan en las acciones de clase proceden de los fondos del acuerdo o de las sentencias definitivas, y los abogados deben cubrir los costos de investigación y litigación de las demandas

25 Véase, por ejemplo, *Klier*, en 480-481 (ver nota al pie 21); *SEC v. Bear, Stearns & Co, Inc*, 626 F Supp (2d) 402 (SD NY Dist Ct 2009); *In re Pharmaceutical Industry Average Wholesale Price Litigation*, 588 F (3d) 24 en 34 (1st Cir. 2009).

26 Véase, por ejemplo, Yospe (2009, pp. 1027-1041); Jois (2008, p. 259); Goodlander (2015, p. 735).

27 *Mirfasihi v. Fleet Mortg Corp*, 356 F (3d) 781 at 785 (7th Cir. 2004).

durante todo el tiempo que dure la acción de clase. Por lo tanto, si los abogados de las acciones de clase llegan a un acuerdo, cobran antes y pueden empezar a litigar otros casos; si no llegan a un acuerdo, tienen que hacer frente a todos los costos del litigio (Johnston, 2013, p. 277). Los acuerdos *cy prè*s pueden agravar este problema de conflicto de intereses: el camino hacia el acuerdo es más fácil si los abogados pueden también evitar navegar por las difíciles cuestiones de distribución (Cohen, 2019, pp. 459-462).

Una segunda crítica es que los receptores de los fondos del acuerdo *cy prè*s son a veces mal elegidos, como cuando las adjudicaciones van a organizaciones con solo tenues conexiones con los intereses de los damnificados.²⁸ Consideremos el acuerdo en un caso antimonopolio de 2005 sobre los precios de la publicidad de los CD en el cual el tribunal aprobó una adjudicación *cy prè*s a una organización que promueve proyectos artísticos comunitarios.²⁹ Como concluyó un análisis de este caso, “no había forma de que la designación compensara siquiera de forma razonable a las víctimas perjudicadas, directa o indirectamente, de ninguna manera reconocible” (Redish et al., 2010, p. 637). En otro caso controvertido, un tribunal aprobó una adjudicación *cy prè*s al Fondo de Ayuda para Catástrofes de la Cruz Roja Americana en una acción de clase sobre fórmulas para lactantes.³⁰ A veces, parece que las decisiones de adjudicación son particularmente arbitrarias, como cuando un tribunal aprobó una adjudicación *cy prè*s a una sociedad de asistencia jurídica en una demanda por fraude de valores porque el trabajo de la sociedad estaba más estrechamente relacionado con el fraude de valores que “un espectáculo de danza o un zoológico”.³¹

A la luz de ejemplos como estos, no es de extrañar que los críticos hayan afirmado que algunas adjudicaciones *cy prè*s no “constituyen ni siquiera un débil intento de compensar indirectamente a las víctimas” (Redish et al., 2010, p. 637). El desajuste entre los intereses de los damnificados y el trabajo de los beneficiarios podría tener muchas causas, pero una situación especialmente preocupante se produce cuando las recomendaciones de los abogados de los damnificados están afectadas por un conflicto de intereses. Peor aún sería si un beneficiario del acuerdo *cy prè*s tuviera conexiones preexistentes con los demandados que suscitara preocupaciones sobre la colusión y la medida en que el beneficiario luchará contra invasiones de la privacidad similares en el futuro.

28 Véanse Draba (2004, p. 124); Rotenberg y Jacobs (2016); Yospe (2009, p. 1017).

29 *In re Compact Disc Minimum Advertised Price Antitrust Litigation*, 2005 WL 1923446 (D Me Dist Ct 2005).

30 *In re Infant Formula Multidistrict Litigation*, 2005 WL 2211312 at *1 (ND Fla Dist Ct 2005).

31 *Jones v. National Distillers*, 56 F Supp (2d) 355 en 359 para [5] (SD NY Dist Ct 1999).

Estas preocupaciones, sin embargo, no son críticas al mecanismo procesal en sí mismo, sino más bien una advertencia sobre la necesidad de un sólido control judicial en su aplicación.

Incluso si no existe un conflicto de intereses real, algunos se preocupan por la apariencia de conflictos. Existe la preocupación de que el público pueda mirar con recelo a los jueces que aprueban grandes adjudicaciones de *cy prè*s a organizaciones privadas. Incluso si las organizaciones son sin fines de lucro, el público podría sentirse molesto por este enredo entre actores públicos y privados.³² Para evitar ensuciar al Poder Judicial, algunos académicos han propuesto que los tribunales ordenen a los demandados el pago de dinero al tesoro público cuando no sea posible compensar a los damnificados.³³ Otros han argumentado que la mejor manera de salvar el mecanismo *cy prè*s es quitar a los jueces del proceso de selección y, en su lugar, hacer que las partes propongan a determinadas organizaciones beneficiarias como parte del acuerdo (Goodlander, 2015, pp. 736-737). Una vez más, estas preocupaciones parecen motivadas en gran medida por la forma en que los tribunales aplican el mecanismo *cy prè*s. Los acuerdos particulares pueden ciertamente invitar a la desconfianza del público, pero la supervisión judicial no tiene por qué significar complicidad judicial. Los jueces deberían tener especial cuidado en evitar cualquier apariencia de incorrección cuando aprueben las adjudicaciones en los acuerdos *cy prè*s.

5. La aplicación del *cy prè*s en derecho común y derecho civil

La aplicación, la concepción y las características de la doctrina *cy prè*s varían entre los sistemas de derecho civil y de derecho anglosajón, e incluso difieren entre las jurisdicciones de un mismo sistema. En primer lugar, las acciones de clase en la mayoría de los sistemas de derecho anglosajón, incluidos los Estados Unidos, tienen un proceso de exclusión voluntaria, en el que las personas perjudicadas se incluyen automáticamente en el grupo de damnificados y pueden excluirse posteriormente si lo desean (Rodríguez Díez y Zavala Achurra, 2019, p. 154). En cambio, en los sistemas de derecho civil, los tribunales deben determinar en general a las personas perjudicadas y la certeza del daño por adelantado, en consecuencia, las personas perjudicadas deben unirse a un grupo de damnificados antes de tener derecho a una indemnización (pp. 166-167). El re-

32 Véanse Trivisonno (2016); *Sorenson v. Easyhome Ltd*, 2013 ONSC 4017.

33 Véase, por ejemplo, Ormerod (2019, p. 1948).

sultado es que las personas perjudicadas deben unirse a un grupo de antemano para recibir una indemnización en los sistemas de derecho civil, mientras que pueden justificar su pertenencia al grupo después de que los tribunales decidan indemnizar al grupo en los sistemas de derecho anglosajón, como Estados Unidos (pp. 162, 166-167).

Tal vez debido a esta distinción, los jueces de algunos sistemas de derecho civil le han dado un uso ligeramente diferente al mecanismo *cy près*: beneficiar a los individuos que no han optado por el grupo. Esta aplicación del *cy près* existe en algunos países de América Latina, especialmente en Brasil, México y Chile (Rodríguez Díez y Zavala Achurra, 2019, pp. 168-173). Recordemos que el mecanismo de *cy près* en los sistemas de derecho anglosajón es residual, lo que significa que solo debe utilizarse cuando los damnificados no pueden ser compensados directamente (pp. 158, 171). En otras palabras, “la compensación indirecta pagada a una organización, en lugar de la compensación a los damnificados que no pueden ser compensados directamente”, es la excepción y no la regla.³⁴ Esta presunción a favor de la compensación directa parece ser más débil en algunos países latinoamericanos. En Brasil, los tribunales tienen un amplio poder discrecional para decidir sobre la compensación adecuada (Rodríguez Díez y Zavala Achurra, 2019, p. 168), mientras que la característica residual del *cy près* está ausente en México y Chile, donde los marcos legales establecen de antemano el destino de los montos no reclamados (pp. 169-170). Esto ha llevado a algunos comentaristas a considerar que estas versiones latinoamericanas de los acuerdos *cy près*, al centrarse en la disuasión a expensas de la compensación, incluso cuando esta es posible, pueden contradecir la idea de “lo más próximo posible” establecida por los sistemas de derecho común (pp. 170, 172).

En Canadá, estas distinciones entre algunos sistemas de derecho anglosajón y de derecho civil podrían hacer pensar que el alcance de los acuerdos *cy près* sería diferente entre Quebec y las provincias de derecho anglosajón. Sin embargo, el Código de Procedimiento Civil de Quebec contempla las adjudicaciones *cy près*,³⁵ y la jurisprudencia de esta ciudad se ha mantenido cercana a la de las provincias canadienses que se rigen con el sistema anglosajón donde se han aprobado los acuerdos *cy près*.³⁶ La doctrina del *cy près* en Quebec tam-

34 Véase *Option Consommateurs v. BNC* (ver nota al pie 4).

35 Véanse los artículos 590, 593, 596, 597 del Código Procesal de Quebec. Antes de la aprobación del nuevo Código en 2015, los acuerdos *cy près* estaban contemplados en los artículos 1033, 1034, 1036 del Código (1965).

36 Véase, por ejemplo, *D'Urzo v. Tnow Entertainment Group*, 2014 QCCS 365 (siguiendo el estricto

bién es residual.³⁷ De hecho, las distribuciones de los acuerdos *cy près* no son desconocidos en Quebec, aunque a veces se perciben erróneamente como poco comunes porque muchos no se notifican (Kalajdzic, 2013, nota al pie 62). A grandes rasgos, la adopción del *cy près* por parte de Quebec podría considerarse un ejemplo de cómo el derecho anglosajón influye en el derecho civil de esa ciudad (y viceversa), en lo que se ha denominado una “fertilización cruzada” de las dos tradiciones jurídicas de Canadá (Jukier, 2015; 2018; Jutras, 2009).

En Canadá, las acciones de clase tienen un doble propósito: de modificación del comportamiento y disuasión, por un lado, y de compensación, por otro (Berryman y Carroll, 2013). Pero las opiniones difieren en cuanto al peso que se le debe dar a cada uno de estos propósitos. Algunos han argumentado que los jueces canadienses han mostrado en general una preferencia por la función compensatoria de los litigios civiles sobre la función disuasiva (Kalajdzic, 2013), mientras que muchos han puesto en duda la afirmación de que las acciones de clase en general son eficaces para compensar a los ciudadanos (Piché, 2018). En consecuencia, aunque varias provincias canadienses han autorizado la doctrina del *cy près* en los estatutos provinciales sobre acciones de clase, esta medida no ha estado exenta de polémica (Kalajdzic, 2013, pp. 191-193). No obstante, los tribunales han comenzado a utilizar el mecanismo *cy près* en múltiples provincias canadienses. En un caso de 2018, por ejemplo, un tribunal de la Columbia Británica distribuyó la compensación por daños y perjuicios a escuelas locales después de que permaneciera sin reclamar durante diez meses,³⁸ y otro tribunal de Ontario autorizó una adjudicación de *cy près* a una organización benéfica en un caso de 2019 después de que los demandantes intentaran interrumpir la acción.³⁹ Las consideraciones expuestas en este ensayo sugieren que, a medida que las acciones de clase sobre privacidad siguen creciendo en popularidad en Canadá, los jueces de las provincias que autorizan los acuerdos *cy près* deberían prestarles especial atención en los casos que implican reclamos en materia de privacidad.

En resumen, los acuerdos *cy près* pueden ser una herramienta valiosa para las acciones de clase sobre privacidad en Canadá porque los tribunales tanto de

criterio de Ontario en cuanto a la conexión racional entre los intereses de los damnificados y el o los beneficiarios a los que debe distribuirse el fondo del acuerdo); véase también *MD c Hôpital Rivière-des-Prairies*, 2016 QCCS 2651; *Adams v. Banque Amex du Canada*, 2015 QCCS 1917; *Option consommateurs v. Infineon Technologies*, 2019 QCCA 2132 en los párrs. 64-68.

37 Véase *Handicap-Vie-Dignité c Résidence St-Charles-Borromée, CHSLD Centre-ville de Montréal*, 2017 QCCS 935; *Option Consommateurs v. BNC* (ver nota al pie 4).

38 *Pro-Sys Consultants Ltd v. Microsoft Corporation*, 2018 BCSC 2091.

39 *Ali Holdco Inc v. Archer Daniels Midland Company*, 2019 ONSC 131.

Quebec como de las provincias de derecho anglosajón han adoptado este tipo de acuerdos de distribución. Aunque algunos tribunales canadienses han compartido el escepticismo mostrado por algunos tribunales de Estados Unidos, la legislación canadiense ha sentado las bases para aceptar los beneficios de los acuerdos *cy près* en las acciones de clase sobre privacidad.

6. Conclusión

Los acuerdos *cy près* reavivan un viejo debate sobre los objetivos de las demandas civiles: la restitución y la disuasión. Algunos recursos civiles sirven a ambos propósitos en armonía, mientras que otros favorecen a uno sobre el otro. Los acuerdos *cy près* no cumplen con la restitución porque “no tienen el objetivo de subsanar el daño sufrido por demandantes específicos”, en su lugar, buscan “reforzar un conjunto de valores e intereses relacionados con ese daño” (Ben-Shahar y Porat, 2018, p. 1937). Sin duda, si se asignan adecuadamente, los damnificados deberían recibir beneficios *indirectos* cuando las organizaciones reciben las adjudicaciones *cy près*, ayudando así a que el mecanismo se ajuste a los objetivos de reparación. Pero incluso si se hace de forma adecuada, estos beneficios indirectos no constituyen una indemnización para compensar a los damnificados y no existe una supervisión judicial *post hoc* para garantizar que cualquier beneficio indirecto previsto se materialice.

Por lo tanto, una importante justificación de los acuerdos *cy près* radica en su capacidad de ofrecer cierta disuasión del comportamiento ilícito. Aunque los acuerdos *cy près* solo sirven tangencialmente al objetivo de la restitución, pueden disuadir del comportamiento ilícito con más eficacia que devolverle al demandado los fondos no distribuibles del acuerdo.⁴⁰ Además, el mecanismo *cy près* “ajusta más estrechamente la distribución a los intereses de los damnificados” que la simple devolución al Estado de los fondos no distribuibles.⁴¹ El potencial de abuso hace que sea especialmente importante que los fondos de los acuerdos *cy près* se distribuyan a entidades estrechamente relacionadas con la causa de la acción, pero esto puede garantizarse mediante un fuerte control por parte de los tribunales. Con una supervisión judicial adecuada, los acuerdos *cy près* pueden ser una herramienta valiosa en las acciones de clase sobre privacidad. Los tribunales no deberían renunciar a estos acuerdos todavía.

40 Véase Lewis (2019, p. 2); véase también *Google Cookie* (nota al pie 3).

41 *Ibidem*.

Bibliografía

- Ben-Shahar, O. y Porat, A. (2018). The Restoration Remedy in Private Law. *Columbia Law Review*, 118, 1901-1952.
- Berryman, J. y Carroll, R. (2013). Cy-Pres as a Class Action Remedy—Justly Maligned or Just Misunderstood? En Barker, K. y Jensen, D. (Eds.), *Private Law: Key Encounters with Public Law* (pp. 320-365). Cambridge University Press.
- Cofone, I. N. (2019). Nothing to Hide, but Something to Lose. *University of Toronto Law Journal*, 70, 64-90.
- Cofone, I. N. (Ed.). (2020). *Class Actions in Privacy Law*. Routledge.
- Cofone, I. N. y Robertson, A. Z. (2018). Privacy Harms. *Hastings Law Journal*, 69(4), 1039-1099.
- Cohen, A. A. (2019). Settling Cy Pres Settlements: Analyzing the Use of Cy Pres Class Action Settlements. *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 32, 451-468.
- Draba, R. E. (2004). Motorsports Merchandise: A Cy Pres Distribution Not Quite ‘as Near as Possible’. *Loyola Consumer Law Review*, 16(2), 121-157.
- Federal Trade Commission. (enero de 2020). *Equifax Data Breach Settlement*. <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/refunds/equifax-data-breach-settlement>.
- Goodlander, J. (2015). Cy Pres Settlements: Problems Associated with the Judiciary’s Role and Suggested Solutions. *Boston College Law Review*, 56(2), 733-765.
- Hillebrand, G. y Torrence, D. (1988). Claims Procedures in Large Consumer Class Actions and Equitable Distribution of Benefits. *Santa Clara Law Review*, 28(4), 747-773
- Johnston, J. (2013). Cy Pres Comme Possible to anything is Possible: How Cy Pres Creates Improper Incentives in Class Action Settlements. *The Journal of Law, Economics & Policy*, 9, 277-303.
- Jois, G. U. (2008). The Cy Pres Problem and the Role of Damages in Tort Law. *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, 16, 258.
- Jukier, R. (2015). The Impact of Legal Traditions on Quebec Procedural Law: Lessons from Quebec’s New Code of Civil Procedure. *The Canadian Bar Review*, 93(1), 211-250.
- Jukier, R. (2018). Canada’s Legal Traditions: Sources of Unification, Diversification, or Inspiration? *Journal of Civil Law Studies*, 11(1), 75-104.
- Jutras, D. (2009). Cartographie de la Mixité: La Common Law et la Complétude du Droit Civil au Québec. *La Revue du Barreau Canadien*, 88, 247-273.
- Jutras, D. (2015). Alternative Compensation Schemes from a Comparative Perspective. En Bussani, M. y Sebok, A. J. (Eds.), *Comparative Tort Law: Global Perspectives* (pp. 151-170). Edward Elgar Publishing.
- Kalajdzic, J. (2013). The ‘Illusion of Compensation’: Cy Pres Distributions in Canadian Class Actions. *The Canadian Bar Review*, 92(2), 173-209.
- Krueger, G. G. y Serotta, J. A. (2 de junio de 2008). Money for Nothing. *Legal Times*.
- Lewis, K. M. (2019). UPDATE: Is Cy Pres A-OK? Supreme Court to Consider When Class Action Settlements Can Pay a Charity Instead of Class Members. En *Congressional Research Service*. <https://fas.org/sgp/crs/misc/LSB10131.pdf>.
- Liptak, A. (26 de noviembre de 2007). Doling Out Other People’s Money. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2007/11/26/washington/26bar.html>.
- Ormerod, P. C. (2019). A Private Enforcement Remedy for Information Misuse. *Boston College Law Review*, 60(7), 1893-1948.

- Piché, C. (2018). Class Action Value. *Theoretical Inquiries in Law*, 19(1), 261-302.
- Piché, C. y Saumier, G. (2018). Consumer Collective Redress in Canada. *Japanese Yearbook of International Law*, (61), 231-259.
- Pomerantz, A. L. (1969). New Developments in Class Actions - Has Their Death Knell Been Sounded. *Bus Lawyer*, 25(3), 1259-1262.
- Redish, M. H., Julian, P. y Zyontz, S. (2010). Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis. *Florida Law Review*, (62), 617-666.
- Rodríguez Díez, J. E. y Zavala Achurra, M. E. (2019). Restitución e Indemnización a Sujetos Indeterminados, Cy-Près y Acciones de Clase. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 21(1), 151-176.
- Rotenberg, M. y Jacobs, D. (2016). Enforcing Privacy Rights: Class Action Litigation and the Challenge of Cy Pres. En Wright, D. y De Hert, P. (Eds.), *Enforcing Privacy: Regulatory, Legal and Technological Approaches* (pp. 307-333). Springer.
- Shepherd, S. R. (1972). Damage Distribution in Class Actions: The Cy Pres Remedy. *Chicago Law Review*, (39), 448-465.
- Shiel, C. C. (2015). A New Generation of Class Action Cy Pres Remedies: Lessons from Washington State. *Washington Law Review*, 90(2), 943-991.
- Slobom, M. J. (2018). Recalibrating Cy Pres Settlements to Restore the Equilibrium. *Dickinson Law Review*, 123(1), 281-306.
- Trivisonno, C. (2016). Developing a Consistent Approach to Balance Distributions in Quebec. *The Canadian Class Action Review*, 11(2), 321-338.
- Walker, J. (2018). *Class Actions in Canada: Cases, Notes and Materials* (2ª ed.). Emond Publishing.
- Yospe, S. (2009). Cy Pres Distributions in Class Action Settlements. *Columbia Business Law Review*, 2009(3), 1014-1064.