

ANUARIO ESPAÑOL
DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

TOMO XII



Iprolex
2012

Edición:**Iprolex, S.L.**

Mártires Oblatos, 19, bis
28224 Pozuelo, Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 709 00 65
Fax: (34) 91 709 00 66
e-mail iprolex@iprolex.com
<http://www.iprolex.com>

Redacción:

Profesora Dra. Patricia Orejudo Prieto de los Mozos
Departamento de Derecho internacional público y de Derecho
internacional privado
Facultad de Derecho, Universidad Complutense
Ciudad Universitaria
28040 Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 394 55 92
Fax: (34) 91 394 55 37
patricia.orejudo@der.ucm.es

Impresión:**Torreblanca Impresores**

Paseo Imperial, 57
28005 Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 365 20 07

Distribución:**Marcial Pons**

Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
San Sotero, 6,
28037, Madrid (España)
www.marcialpons.es

Web:

<http://www.aedipr.com>

ISBN: 84-931681-1-4 Obra completa

ISSN: 1578-3138

Depósito Legal: M-30684-2000

Impreso en España

Director

José Carlos Fernández Rozas
Catedrático de Derecho internacional privado de la
Universidad Complutense de Madrid, *Asociado del Institut
de Droit International*

Comité científico

Bertrand Ancel
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Tito Ballarino
Professore ordinario di diritto internazionale
dell'Università di Padova

Jürgen Basedow
Director del Max-Planck-Institut für ausländisches und
internationales Privatrecht (Hamburgo)

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano
Catedrático de Derecho civil de la
Universidad Autónoma de Madrid

Alegría Borrás
Catedrática de Derecho internacional privado
de la Universidad de Barcelona

Nuria Bouza Vidal
Catedrática de Derecho internacional privado
de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Santiago Álvarez González
Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad de Santiago de Compostela

Marc Fallon
Professeur ordinaire à l'Université
Catholique de Louvain

Rui M. de Gens Moura Ramos
Presidente del Tribunal Constitucional de Portugal

Leonel Pereznieto Castro
Profesor de la Universidad Nacional de México

Sixto A. Sánchez Lorenzo
Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad de Granada

Evelio Verdera y Tuells
Profesor Emérito de Derecho mercantil de la
Universidad Complutense de Madrid

Consejo de redacción

Juan José Álvarez Rubio (Catedrático de la Universidad del País Vasco); **Rafael Arenas García** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Nerina Boschiero** (Prof.ssa Ordinaria, Università degli Studi di Milano); **Rodolfo Dávalos Fernández** (Profesor Principal de la Universidad de La Habana); **Pedro A. de Miguel Asensio** (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid); **Dário Moura Vicente** (Catedrático de la Universidad de Lisboa); **Carlos A. Esplugues Mota** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Fernando Esteban de la Rosa** (Catedrático habilitado de la Universidad de Granada); **Federico F. Garau Sobrino** (Catedrático de la Universidad de las Islas Baleares); **Francisco J. Garcimartín Alférez** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid); **Cristina González Beilfuss** (Catedrática de la Universidad de Barcelona); **Alejandro Garro** (Professor of Law, Columbia Law School); **Pilar Jiménez Blanco** (Catedrática habilitada de la Universidad de Oviedo); **Toshiyuki Kono** (Professor of Faculty of Law, Universidad de Kyushu, Fukuoka/Japón); **Stefan Leible** (Catedrático de la Universität Bayreuth); **Pedro Martínez Fraga** (DLA Piper, Miami, USA); **Guillermo Palao Moreno** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Marta Requejo Isidro** (Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg); **Pilar Rodríguez Mateos** (Catedrática de la Universidad de Oviedo); **Paul Torremans** (Professor of Law, University of Nottingham).

Secretaria

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos
Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense

Redactores

Elena Artuch Iriberry (Profesora titular de la Universidad Complutense de Madrid); **M^a Victoria Cuartero Rubio** (Letrada del Tribunal Constitucional), **Ángel Espiniella Menéndez** (Profesor titular de la Universidad de Oviedo); **Victor Fuentes Camacho** (Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Julio García López** (Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Miguel Gardeñes Santiago** (Profesor titular de la Autónoma de Barcelona); **Iván Heredia Cervantes** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Madrid); **Mónica Herranz Ballesteros** (Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la UNED); **Aurelio López-Tarruella Martínez** (Profesor titular de la Universidad de Alicante); **José Hernán Muriel Ciceri** (Profesor investigador, Universidad Santo Tomás, Bogotá); **Cristian Oró Martínez** (Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg); **Carmen Otero García-Castrillón** (Profesora titular de la Universidad Complutense de Madrid); y **Benedetta Ubertazzi** (Università di Macerata).

Comité evaluador de la calidad científica *

Paloma Abarca Junco (Catedrática de la UNED); **Pilar Blanco-Morales y Limones** (Catedrática de la Universidad de Extremadura); **Alfonso Luis Calvo Caravaca** (Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid); **Fernando Castedo Álvarez** (Abogado del Estado); **Bernardo M^a Cremades Sanz-Pastor** (Abogado); **Manuel Desantes Real** (Catedrático de la Universidad de Alicante); **Jose M^a De Dios Marcer** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Barcelona); **José M^a Espinar Vicente** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Albert Font Segura** (Profesor titular de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona); **Joaquim-Joan Forner Delaygua** (Catedrático de la Universidad de Barcelona); **M^a Paz García Rubio** (Catedrática de la Universidad de Santiago de Compostela); **Luis Garau Juaneda** (Catedrático de la Universidad de las Islas Baleares); **Eloy Gayán Rodríguez** (Profesor titular de la Universidad de A Coruña); **Mónica Guzmán Zapater** (Catedrática de la Uned); **Miguel A. Michinel Álvarez** (Catedrático habilitado de la Universidad de Vigo); **Luis Ortiz Blanco** (Profesor titular de la Universidad Complutense); **José Manuel Otero Lastres** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Elisa Pérez Vera** (Catedrática Emérita de la UNED); **José Picón Martín** (Notario de Madrid); **Andrés Rodríguez Benot** (Catedrático de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla); **Juan Sánchez Calero Guilarte** (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid); **Ignacio Solís Villa** (Notario de Madrid); **Blanca Vilá Costa** (Catedrática de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Miguel Virgós Soriano** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid); **Elena Zabalo Escudero** (Catedrática de la Universidad de Zaragoza); **Francisco Javier Zamora Cabot** (Catedrático de la Universidad Jaume I de Castellón).

* A los efectos de cumplimentar el apartado 21 de los criterios de calidad editorial Latindex.

Colaboran en el presente tomo

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Juan José ÁLVAREZ RUBIO
Beatriz AÑOVEROS TERRADAS
Rafael ARENAS GARCÍA
Unai BELINTXON MARTIN
Gilberto BOUTIN ICAZA
Nuria BOUZA VIDAL
Rocío CARO GÁNDARA
Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ
Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO
Pilar DIAGO DIAGO
Pilar DOMÍNGUEZ LOZANO
Antonia DURÁN AYAGO
María Jesús ELVIRA BENAYAS
José María ESPINAR VICENTE
Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ
Fernando ESTEBAN DE LA ROSA
Gloria ESTEBAN DE LA ROSA
Lydia ESTEVE GONZÁLEZ
Ana FERNÁNDEZ PÉREZ
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Josep M. FONTANELLAS MORELL
Albert FONT I SEGURA
Joaquim J. FORNER DELAYGUA
Dale Beck FURNISH
Federico F. GARAU SOBRINO
Julio A. GARCÍA LÓPEZ
Carmen María GARCÍA MIRETE
Miguel GARDEÑES SANTIAGO
Eloy GAYAN RODRÍGUEZ
M^a Esperança GINEBRA MOLINS
Cristina GONZALEZ BEILFUSS
Montserrat GUZMÁN PECES
Iván HEREDIA CERVANTES
Lerdys HEREDIA SÁNCHEZ
Monica HERRANZ BALLESTEROS
Pilar JIMÉNEZ BLANCO

Ángeles LARA AGUADO
Enrique LINARES RODRÍGUEZ
Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI
Nuria MARCHAL ESCALONA
Juan Ignacio MARCUELLO SALTO
Manuel MEDINA ORTEGA
Ramón MORRAL SOLDEVILA
José Hernán MURIEL-CICERI
Xabier ORBEGOZO MIGUEL
Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS
MOZOS
Cristian ORÓ MARTÍNEZ
Carmen OTERO GARCÍA-
CASTRILLÓN
Giacomo PAILLI
Guillermo PALAO MORENO
Paula PARADELA AREÁN
Ramón Santiago PAZ LAMELA
Manuel PENADÉS FONTS
José Ignacio PAREDES PÉREZ
Elisa PÉREZ VERA
Luana-Elena PICIARCA
Isabel REIG FABADO
Andrés RODRÍGUEZ BENOT
Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ
Carmen RUIZ SUTIL
Darío A. SANDOVAL SHAIK
Jorge Alberto SILVA
Gerald SPINDLER
Elisa TORRALBA MENDIOLA
Ramón VIÑAS FARRÉ
Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ
Ricardo RUEDA VALDIVIA
Rosa MIQUEL SALA
Sara SÁNCHEZ FERNÁNDEZ
Rebeca VARELA FIGUEROA
Huang ZHANG

SUMARIO

	Pág.
José María ESPINAR VICENTE <i>IN MEMORIAM</i> JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO	33-35
 <i>ESTUDIOS</i>	
José María ESPINAR VICENTE LA FUNCION DE LA NACIONALIDAD Y LA EXTRANJERÍA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÁNEO	39-64
Jorge Alberto SILVA DELIMITACIÓN DISCIPLINAR DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. UNA PERSPECTIVA MEXICANA	65-90
José Ignacio PAREDES PÉREZ ALCANCE Y CONTENIDO DE LA NOCIÓN DE EQUIVALENCIA EN EL DERE- CHO INTERNACIONAL PRIVADO	91-126
Luana-Elena PICIARCA EL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN TRANSFRONTERIZA: ¿NUEVA EX- PRESIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO?	127-148
Juan Ignacio MARCUELLO SALTO LOS PRINCIPALES PROCEDIMIENTOS PRECONCURSALES DEL DERECHO COMPARADO EUROPEO EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIO- NAL PRIVADO ACTUAL	149-188
Giacomo PAILLI DISUASIÓN GLOBAL DE CONDUCTAS ILÍCITAS: BÚSQUEDA DE UN FORO ÚNICO PARA LAS CONTROVERSIAS TRANSFRONTERIZAS EN MATE- RIA DE CONSUMO	189-226
Dale Beck FURNISH EL NACIONALISMO REGISTRAL DEL CÓDIGO UNIFORME DE COMERCIO ESTADOUNIDENSE: IMPLICACIONES PRÁCTICAS PARA OTROS SISTE- MAS NACIONALES Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	227-242

Manuel PENADÉS FONTS	
LAS FISURAS DE ROMA I Y LOS INTERESES NACIONALES	243-264
Antonia DURÁN AYAGO	
EL ACCESO AL REGISTRO CIVIL DE CERTIFICACIONES REGISTRALES EX- TRANJERAS A LA LUZ DE LA LEY 20/2011: RELEVANCIA PARA LOS CASOS DE FILIACIÓN HABIDA A TRAVÉS DE GESTACIÓN POR SUSTI- TUCIÓN	265-308
Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ	
SUSTITUCIÓN Y ADICIÓN DE DEUDORES EN EL REGLAMENTO “ROMA I” ...	309-333
Montserrat GUZMÁN PECES	
LA TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE ADQUISICIÓN DE LA NACIO- NALIDAD POR RESIDENCIA: LAS REFORMAS PROYECTADAS EN LA LEY 20/2011 DE REGISTRO CIVIL Y EN LOS SUCESIVOS ANTEPROYEC- TOS	335-364
Gerald SPINDLER	
LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y ELECCIÓN DE LA LEY SOCIETARIA DESARROLLOS RECIENTES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	365-376
José María ESPINAR VICENTE	
EL PROYECTO DE REFORMA INTEGRAL DE LOS REGISTROS. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL REGISTRO CIVIL	377-407
Iván HEREDIA CERVANTES	
LA INSCRIPCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS EN LA LEY DEL REGISTRO CIVIL DE 2011	409-432
Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS	
REGULACIÓN DEL MATRIMONIO EN SITUACIONES INTERNACIONALES TRAS LA REFORMA DE LA LEY DE REGISTRO CIVIL DE 2011	433-453
Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ	
ADOPCIÓN EN EUROPA Y EFECTOS DE LA <i>KAFÁLA</i> EN EL MARCO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	455-489
Gilberto BOUTIN ICAZA	
DE LOS SISTEMAS REGISTRALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRI- VADO PANAMEÑO Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS COMPORTANDO EFECTOS EXTRATERRITORIALES DE PLENO DERECHO	491-516

VARIA

Manuel MEDINA ORTEGA EL ESTATUTO POLÍTICO DEL CIUDADANO EUROPEO	519-536
Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN INTERVENCIÓN ADUANERA E INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE PRO- PIEDAD INTELECTUAL: CUESTIONES DE DERECHO APLICABLE	537-554
Carmen María GARCÍA MIRETE EL LUGAR EN EL QUE SE PRODUCE LA REUTILIZACIÓN DE UNA BASES DE DATOS ELECTRÓNICA EN INTERNET: EL CASO <i>FOOTBALL DATACO VS.</i> <i>SPORTRADAR</i>	555-565
José Hernán MURIEL-CICERI SUCESIONES INTERNACIONALES EN EUROPA Y COLOMBIA	567-580
Enrique LINARES RODRÍGUEZ HOMOLOGACIÓN EN TERCEROS ESTADOS DE LA SENTENCIA DICTADA EN <i>ECUADOR VS. CHEVRON</i>	581-606

FOROS INTERNACIONALES

Julio A. GARCÍA LÓPEZ PROTOCOLOS DE ADHESIÓN Y SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN LA OMC: LOS AÑOS DEL DRAGÓN (2008-2012)	609-634
Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2012- MAYO 2013 ..	635-655
Nuria BOUZA VIDAL UNIDROIT ANTE LOS RETOS DEL SIGLO XXI	657-669

TEXTOS LEGALES**UNIÓN EUROPEA****REGLAMENTOS**

Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación

DISUASIÓN GLOBAL DE CONDUCTAS ILÍCITAS: BÚSQUEDA DE UN FORO ÚNICO PARA LAS CONTROVERSIAS TRANSFRONTERIZAS EN MATERIA DE CONSUMO *

Giacomo PAILLI **

SUMARIO: I. Introducción. II. La conveniencia de un foro único. III. Acciones colectivas y arbitrajes colectivos en EE UU. IV. En la otra orilla del Océano. V. Una nueva esperanza, o quizás dos. VI. Alternativas (im)posibles. VII. Conclusión.

RESUMEN: Este trabajo se dirige a analizar los desarrollos actuales de las acciones colectivas y el arbitraje colectivo, determinando si es posible en la actualidad acumular ante un único foro acciones colectivas referidas a controversias transfronterizas en materia de consumo. El artículo comienza justificando la búsqueda de un único foro a través de los efectos positivos de una disuasión global, antes de analizar la situación en EE UU y Europa. La tendencia en EE UU parece seguir una doble dirección: limitar los demandados extranjeros y las acciones colectivas extranjeras; y permitir acuerdos de arbitraje bilaterales de carácter obligatorio en contratos modelo de consumo. En este sentido, y para mal de todos, los tribunales de EE UU están reduciendo su competencia en tanto que “tribunales globales”. Por el contrario, Europa va desarrollando lenta y gradualmente la noción de *Private Attorney General* (“abogado privado general”), comenzando a centrarse en la dimensión privada de la garantía de los intereses públicos. Sin embargo, los mecanismos de compensación que siguen el modelo de las acciones colectivas de EE UU son aún relativamente recientes, y se encuentran todavía en una fase inicial, mientras no parece probable que los arbitrajes colectivos vayan a desarrollarse en un futuro cercano. El amplio alcance de varias acciones colectivas en materia de valores en Canadá, y la aplicación de la ley holandesa sobre Resolución Colectiva de Demandas Masivas (WCAM) permiten albergar esperanzas, pero con cautela; mientras, deberá continuar la búsqueda de un único foro para los litigios transfronterizos en materia de consumo.

PALABRAS CLAVE: ACCIONES COLECTIVAS – ARBITRAJE COLECTIVO – DISUASIÓN – CONTROVERSIAS TRANSFRONTERIZAS EN MATERIA DE CONSUMO – WCAM.

ABSTRACT: This paper aims at analyzing current developments in transnational class actions and class arbitration by assessing whether it is currently possible to aggregate cross-border consumer's disputes in a single forum. The work begins by justifying the quest for a single forum with the positive effects of an effective global deterrence, before turning to U.S. and Europe. The trend in the U.S. seems to go along two paths: limiting foreign plaintiffs and foreign class actions;

and allowing mandatory bilateral arbitration agreements in standard consumer's contracts. In this sense, U.S. courts are diminishing their appeal as sorts of 'global courts' for the world's wrong. Europe, on the contrary, is slowing and gradually discovering the notion of 'private attorney general', starting to focus on the private dimension of the enforcement of public interests. However, redress mechanisms modeled on the U.S. class action are still relatively new and in an initial phase, while class arbitration does not seem a likely development in the foreseeable future. Cautious hopes have been recently raised by the broad scope of a handful Canadian securities class actions and some applications of the Dutch Collective Settlement of Mass Claims (WCAM), but in the meantime the quest for a single forum in cross-border consumer's disputes will have to continue.

KEYWORDS: CLASS ACTIONS – CLASS ARBITRATION – DETERRENCE – CROSS BORDER CONSUMER'S DISPUTES – WCAM.

I. Introducción

En una sociedad cada vez más integrada y transnacional, las empresas¹ y los negocios en general se embarcan en todo tipo de actividades a través de todas las fronteras. En este trabajo no se pretende dar cuenta de estas actividades, ni ensalzar el crecimiento constante de la economía, ni poner de manifiesto las falacias que al respecto ha revelado la reciente crisis económica. Este breve viaje de ida y vuelta a ambos lados del Océano Atlántico que se propone, se centra en las conductas de las empresas que tienen efectos en serie, extensos o masivos. En la gran mayoría de las ocasiones, estos efectos no son sino las consecuencias jurídicas de negocios mercantiles ordinarios o extraordinarios: de acuerdos que se cierran y se deshacen, bienes que se venden y embarcan, servicios que se prestan, etc. Pero ocasionalmente algo puede ir mal, causando daños en serie a una pluralidad de sujetos².

* Traducción del inglés a cargo de P. Orejudo Prieto de los Mozos (Universidad Complutense de Madrid).

** Universidad de Florencia. El autor desea agradecer cordialmente la contribución a este estudio de los organizadores y participantes en la Conferencia "*Collective Redress in the Cross-Border Context: Arbitration, Litigation, Settlement and Beyond*", organizada por el prof. S.I. Strong, con el Instituto de La Haya para la Internacionalización del Derecho (*Hague Institute for the Internationalisation of Law*) y el Instituto Neerlandés de Estudios Avanzados (*Netherlands Institute of Advanced Studies*), celebrada en Wassenaar, Países Bajos, los días 20 a 22 de junio de 2012, dejando constancia de que los errores u omisiones son responsabilidad exclusiva del autor. También desea agradecer a los Profesores J.C. Fernández Rozas, P.A. de Miguel Asensio y P. Orejudo y a la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid por haberle invitado a presentar este trabajo al VII Seminario Internacional de Derecho internacional Privado, que tuvo lugar en Madrid los días 11 y 12 de abril de 2013.

¹ *Absit inuria verbis*. El hecho de que este trabajo se centre en las empresas no debe entenderse como una fijación obsesiva contra esta forma de organización de los negocios: sencillamente se debe a que en la práctica las empresas son, en la mayor parte de los casos, el contratante natural de los consumidores.

² *Vid.*, con carácter general, M. Cappelletti, "Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparativist's Contribution", *Buff. L. Rev.*, XXV, 1975-76, pp. 645-648. *Vid.* también P. Murray,

En un escenario como el descrito, los mecanismos de resolución colectiva de controversias no son solamente un medio para procurar mayor eficiencia y certeza a la administración de justicia³. Una acción colectiva puede ser la única vía para hacer efectivas demandas que resultan demasiado poco cuantiosas como para interponerse de forma individual⁴. Sobre todo, es un medio de disuadir⁵ conductas ilícitas y reforzar el interés público⁶, capaz de llegar donde las autoridades y las leyes no alcanzan: por expresarlo de un modo mitológico, permite a

“Class Actions in a Global Economy”, R. Stürmer–M. Kawano (eds.), *Current Topics of International Litigation*, Mohr Siebeck, 2009, pp. 95 ss, esp. pp. 95–96.

³ Vid. el claro análisis de M. Taruffo, “Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective”, *Duke J. Comp. & Int’l L.*, vol. XI, 2001, pp. 406 ss, esp. p. 407, quien divide las acciones colectivas en dos amplios grupos, según los objetivos que persiguen: unas se orientan a remediar daños (*damaged-oriented*) y las otras responden a intereses de política legislativa (*policy-oriented*). Las acciones de consumidores se enmarcarían en la segunda categoría. Sin embargo, el autor también advierte que las acciones colectivas relativas a daños han adquirido un doble efecto sistémico y normativo, persiguiendo y disuadiendo determinadas prácticas ilícitas. En palabras de otro autor: “Creo que la práctica forense es el arma más poderosa y apropiada para los consumidores americanos, y que los órganos jurisdiccionales son el foro más efectivo para los consumidores (...). Una normativa adecuada debe tener en cuenta la existencia de intereses enfrentados o fuerzas que responden a su propia motivación, y debe poner al alcance los instrumentos que sirvan a los objetivos públicos”: cf. R. Eckhardt, “Consumer Class Action”, *Notre Dame L.*, vol. XLV, 1969–70, pp. 668 ss. Una estupenda recopilación comparativa de las acciones colectivas puede encontrarse en R. Cappalli y C. Consolo, “Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry”, *Temp. Int’l & Comp. L.J.*, vol. VI, 1992, pp. 217 ss. De acuerdo con H. Micklitz–F. Cafaggi, “Collective Enforcement of Consumer Law: a Framework for Comparative Assessment”, *European Rev. Priv. L.*, vol. XVI, 2008, pp. 391 ss, esp. p. 394, desde un punto de vista práctico “la necesidad de acumular litigios surge (...) cuando las demandas vinculadas pueden generar economías de escala e inversiones óptimas *ex ante*”. Vid. también, *ibid.*, pp. 402–404.

⁴ Esta es la “política legislativa que se halla en el mismo núcleo del mecanismo de las acciones colectivas” *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 617 (1997). Vid. R. Nagareda, “Aggregate Litigation Across the Atlantic and the Future of American Exceptionalism”, *Vanderbilt L. Rev.*, vol. LXII, 2009, pp. 28 ss.

⁵ Sin compartir necesariamente estos extremos utilitaristas, vid. la descripción de la teoría de “disuasión–aseguramiento” (*deterrence–insurance*) de B. Fitzpatrick, “Do Class Action Lawyers Makes Too Little?”, *U. Pa. L. Rev.*, vol. CLVIII, 2010, pp. 2056 ss.: La teoría postula que “nuestro sistema procesal civil debe diseñarse de forma que disuada óptimamente a los demandados de causar daños a terceros, y para asegurar óptimamente a las partes que han sufrido daños, cuando no se ha logrado el efecto disuasorio”. El autor además advierte que en acciones colectivas de escasa participación, la única función que sirve es la de disuasión, mientras que en las que existe una participación amplia, también se cumple la función asegurativa. *Ibid.*, *passim*. Vid. también D. Rosenberg, “Decoupling Deterrence and Compensation Functions in Mass Tort Class Action for Future Loss”, *Va. L. Rev.*, vol. LXXXVIII, 2002, pp. 1871 ss, esp. p. 1880: “Una disuasión óptima de los ilícitos amenaza a las empresas con responsabilidad por los costes totales de su conducta ilícita. De esta manera, proporciona a las empresas incentivos financieros *ex ante* para invertir eficazmente en prevención”. Y lo mismo cabe apuntar en materia extracontractual, *ibid.*, p. 1917.

⁶ Vid. W. Rubinstein, “A Positive Externalities Theory of the Small Claims Class Action”, *UMKC L. Rev.*, vol. LXXIV, 2005–2006, pp. 709 ss, construyendo la teoría tradicional de las acciones colectivas y mostrando las externalidades positivas que se generan con acciones colectivas en demandas de escasa cuantía.

los individuos enfrentarse, como un David colectivo, al Goliat de nuestros tiempos⁷.

Así descrito, este tema, sin duda excesivamente amplio, podría referirse a daños muy diversos, tales como supuestos de responsabilidad extracontractual masiva causada por la explosión de una fábrica química, demandas de accionistas frente a fraudes en inversiones⁸, alzas en los precios derivadas de un pacto colusorio internacional⁹, o casos “ordinarios” de responsabilidad por productos. A fin de poder abarcar en pocas páginas tan vasto tema, nos centraremos únicamente en los daños en serie que originan demandas de consumidores frente a empresas. Con el mismo propósito de poder abarcar la materia, trataremos de abordar una única, aunque no sencilla, cuestión: a la luz de la función crucial normativa y disuasoria que desempeñan las acciones de consumo, lo racional sería que existiese un único foro global, ya sea ante un tribunal jurisdiccional, ya

⁷ Teniendo en cuenta algunos de los excesos y abusos de las acciones colectivas en los EE UU, probablemente una comparación más apropiada sería una imagen de Goliat c. Goliat. De hecho, las acciones colectivas no son la única vía posible que cabe imaginar. *Vid.*, *v.gr.*, la interesante y provocadora perspectiva de B. Omri, “One-Way Contracts: Consumer Protection without Law”, *European Review of Contract Law*, vol. VI, 2010, pp. 221–249, sugiriendo que los contratos B2C (*Business to Consumers*—entre empresas y consumidores) sean sólo vinculantes para los consumidores, y no para las empresas. Estas inspiradoras palabras de M. Taruffo, *loc. cit.*, p. 406, constituyen un buen auspicio del breve estudio que ahora se acomete: “Está claro, en cualquier caso, que nuestra cultura tradicional no nos proporciona soluciones acabadas para estos problemas. También está claro que (estos problemas) no pueden ser simplemente ignorados o negados, porque su dimensión transnacional es un hecho probado (*in re ipsa*). Lo que razonablemente cabe hacer es asumir que estos son los mayores retos a los que nos enfrentamos en el futuro, y que en cierto modo ya están presentes en las sociedades modernas a lo largo del mundo. Nuestra tarea principal es encontrar vías para afrontar estos retos, en aras de proteger y mejorar la consecución real del valor del acceso a la justicia para todos y la protección judicial efectiva de los derechos de toda persona”. Las acciones colectivas, especialmente si se completan con el mecanismo del *opt-out*, pueden resultar ventajosas para los demandados: una transacción o el éxito del demandado ante el tribunal vinculará a cualquier individuo en la misma situación, protegiendo de este modo a dicho demandado de futuras demandas. *Vid. infra*, en el ap. V, la política legislativa que subyace al sistema holandés de la WCAM. *Vid.* también R. Cappalli y C. Consolo, *loc. cit.*, pp. 253–255, apuntando dos interesantes ejemplos en los que las acciones colectivas resultaron beneficiosas para los demandados. Para un análisis de las economías de escala de los demandantes y los demandados, *vid.* B. Hay y D. Rosenberg, “Sweetheart” and “Blackmail” Settlements in Class Actions: Reality and Remedies”, *Notre Dame L. Rev.*, vol. LXXV, 1999–2000, pp. 1377 ss.

⁸ Las acciones colectivas en materia de valores constituyen cerca de la mitad de las acciones colectivas que se interponen ante los tribunales federales, especialmente del Segundo y Noveno Distrito: *cf.* J. Coffee, “Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and Its Implementation”, *Col. L. Rev.*, vol. CVI, 1997, pp. 1539–1541. *Vid.* también en *ibidem* un análisis profundo, extenso y crítico de las acciones colectivas en materia de valores en EE UU, evidenciando su limitada función compensatoria o disuasoria. Para una perspectiva sobre acciones colectivas en materia de valores en Europea, *vid.* S. Grace, “Strengthening Investor Confidence in Europe: U.S.-Style Securities Class Actions and the *Acquis Communautaire*”, *J. Trans'l L. & Pol.*, vol. XV, 2006, pp. 281 ss, subrayando la importancia de estos instrumentos “para proporcionar una información más fiable a los participantes en el mercado y promover la confianza de los inversores”.

⁹ *Vid.* R. Nagareda, *loc. cit.*, p. 11.

ante un tribunal arbitral, donde los consumidores presuntamente dañados pudieran acumular sus demandas colectivas transnacionales. Quizás no sorprenda saber que este no es el caso.

Este análisis comenzará analizando en primer lugar la cuestión fundamental de si la concentración de acciones de consumidores en un único foro es, en efecto, deseable o si, por el contrario, sus efectos beneficiosos son una mera ilusión. A continuación se estudiará la regulación de los mecanismos de resolución colectiva de controversias en EE UU y Europa, haciendo especial hincapié en los desarrollos más recientes de las acciones colectivas y el arbitraje colectivo en ambos sistemas. A ello le seguirá una exposición de dos experiencias interesantes, que permiten albergar nuevas esperanzas: la admisión en Ontario de acciones colectivas globales en materia de valores y el mecanismo holandés de resolución colectiva de controversias. Finalmente, antes de poner de relieve que aún queda un largo camino que recorrer, se arrojará alguna luz sobre las alternativas posibles al (in)existente régimen actual de acumulación de litigios transfronterizos en materia de consumo.

II. La conveniencia de un foro único

La conveniencia de un único foro para litigios transfronterizos en materia de consumo¹⁰ se vincula estrechamente a los efectos beneficiosos que pueda com-

¹⁰ Antes de “justificar” la propuesta relativa a la conveniencia de un único foro, es necesario avanzar un par de ideas comparativas para identificar al demandante transnacional prospectivo. No existe unanimidad en cuanto a “quién” es consumidor; ni siquiera en si la definición debe ser positiva o negativa. Esto es advertido, entre otros, por C. Drahozal y R. Friel, “Consumer Arbitration in the European Union and the United States”, *N.C. J. Int’l L. & Comm. Reg.*, vol. XXVIII, 2002–2003, pp. 357 ss, esp. nota 4. En Europa la fórmula consolidada que ha estado en vigor en los últimos veinticinco años identifica al consumidor como “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”. Esta definición se encuentra en el art. 2.1º Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, DO L–304 de 22.11.2011. *Vid.* también la Directiva 1994/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre ciertos aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo, DO L 171 de 7.7.1999; y la Directiva del Consejo 85/577/CEE de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, DO L 372 de, 31.12.1985. En los EE UU, sin embargo, cabría definir al consumidor como un “individuo que adquiere o contrata para adquirir bienes que, en el momento de la contratación, se pretende destinar principalmente por parte de la persona a un uso personal, familiar o doméstico”: es lo que dispone el *Uniform Commercial Code* en el § 2–103(e). *Vid.* también las definiciones del art. 2.a) de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y art. 2.1º.a) del Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro de 30 de junio de 2005. En Europa, por tanto, la definición es negativa, residual y amplia: básicamente, todo individuo es consumidor si no actúa en el ámbito de su capacidad profesional, es decir, si no adquiere los bienes para “su actividad comercial, empresa, oficio o profesión” (art. 2.1º Directiva 2011/83/UE). Sin embargo, en los EE UU, un consumidor sólo se tiene por tal si tiene un propósito

portar una disuasión de alcance global en el comportamiento empresarial. En términos elementales de “teoría económica del Derecho”, para que cumpla una función disuasoria de forma efectiva, la sanción que amenaza o se impone, debe ser al menos equivalente a la ventaja que la conducta ilícita reporta al negocio¹¹. Este elemento ha sido analizado ampliamente, por ejemplo, en el contexto de los pactos colusorios internacionales¹²: si el beneficio que se obtiene con la conducta prohibida no se elimina por completo, ¿qué razón tendrían las empresas para evitar distorsionar la competencia a través de pactos horizontales? Lo mismo cabe apuntar en relación con los asuntos de consumo: ¿por qué procuraría una empresa aumentar la seguridad de sus productos, o abstenerse de obtener sobrecargos ocultos por sus servicios a los consumidores, si los beneficios superan las pérdidas?

Para que resulte económicamente inasumible o inconveniente para una empresa llevar a cabo una determinada práctica, es preciso neutralizar todos los beneficios que puedan derivar de esa práctica. Si esos beneficios se obtienen en todo el mundo, la disuasión se pondrá en entredicho si las demandas (tanto privadas como públicas) sólo pueden interponerse en determinados Estados y sólo por parte de, o en representación de, determinados individuos que han sufrido daños. Esta es la razón principal por la que los consumidores deberían contar con la posibilidad de acumular sus demandas en un único foro global, ya sea ante la jurisdicción estatal o por medio del arbitraje¹³.

determinado en mente: la definición, por amplia que pueda parecer, define un áera, fuera de la cual un individuo no puede ser considerado consumidor. Ahora bien: está claro que las dos definiciones coinciden en gran parte y que, en la práctica, habrá pocos casos en los que un individuo considerado “consumidor” en Europa no lo sea también en los EE UU. Sin embargo, hay un área gris representada por todos los bienes que adquieren los individuos fuera de su negocio, empresa o profesión, y que no se destinan principalmente a un uso personal, familiar o doméstico. Un ejemplo pueden ser los bienes que se adquieren para uso de una sociedad sin ánimo de lucro. Otras veces la exclusión de la aplicabilidad del régimen especial en EE UU o en Europa se debe a la naturaleza de los bienes vendidos. En todos estos casos en los que los dos sistemas no coinciden en la definición de consumidor, resultará aún más complicado acumular demandas en un único foro, y surgirán problemas adicionales en relación con la circulación de la decisión del juez o del laudo arbitral.

¹¹ Vid., por ejemplo, el análisis de D. Rosenberg, “Mandatory–Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases”, *Harv. L. Rev.*, vol. CXV, 2001–2002, pp. 831 ss, esp. pp. 831–833.

¹² Vid., por ejemplo, J. Connor, “Latin America Cartel Control” (March 14, 2008), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1156401> (última fecha de consulta, 28 de noviembre de 2010), p. 51: “en ausencia de sanciones gubernamentales que excedan los máximos legales actuales, el ejercicio de derechos privados resulta esencial para obtener una disuasión óptima (*ex ante*) de los pactos colusorios internacionales”: J. Connor, “Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels”, *J. Ind. Compet. Trade*, vol. VI, 2006, pp. 195 ss.

¹³ D. Rosenberg, “Mandatory Litigation”, *loc. cit.*, pp. 833 ss, va aún más lejos, proponiendo que la disuasión óptima en supuestos de responsabilidad extracontractual masiva reclama una acción colectiva imperativa, sin posibilidad de exclusión u *opt out*. La elección entre litigar ante un órgano jurisdiccional o un árbitro no resulta del todo neutral, desde el momento en el que sólo un litigio ante un juez, con su

Hay varias vías a través de las cuales puede lograrse una disuasión efectiva. En los EE UU la disuasión y el castigo se logran a través de mecanismos procesales¹⁴, tales como las acciones colectivas, la práctica del *discovery* y, en ocasiones, los *treble damages* (daños triplicados o condena al triple de los daños). Estos mecanismos en conjunto evocan el concepto de “*Private Attorney General*”¹⁵, es decir, la idea de que el interés público puede ser defendido por medio de litigios privados “egoístas”. Pero no es oro todo lo que reluce. Pueden darse abusos en el *discovery*¹⁶, las acciones colectivas pueden ser abusivas o tergiversadas¹⁷, y los honorarios condicionales (*contingency fees*) y *treble damages*, pueden ser poco más que un incentivo para bufetes sin principios¹⁸.

En pocas palabras: una disuasión legítima puede convertirse en una sobre-disuasión no deseada: algo que en terminología del Derecho *antitrust* se diría que tiene un “efecto paralizante” (*chilling effect*) sobre la competencia¹⁹, y en términos más generales es sencillamente injusta²⁰. Además, como es sabido, la gran mayoría de las acciones colectivas en EE UU concluyen en un acuerdo que enriquece fundamentalmente a los abogados²¹, dejando en ocasiones a las vícti-

valor como precedente (incluso vinculante en determinados Estados), cumple la función de regular y disuadir de forma efectiva.

¹⁴ Cuya importancia es tan “sustancial”, que sus limitaciones constituyen antes un obstáculo a los derechos sustantivos que una mera modificación procesal.

¹⁵ Vid. S. Burbank, S. Farhang y H. Kritzer, “Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States”, *Int'l Lis*, 2011, 3–4, pp. 153 ss; y H. Buxbaum, “The Private Attorney General in a Global Age: Public Interest in Private International Antitrust Litigation”, *Y. L. J.*, XXVI, 2001, pp. 219 ss.

¹⁶ Vid., v.gr., F. Easterbrook, “Discovery as Abuse”, *B.U. L. Rev.*, vol. LXIX, 1989, pp. 635 ss; E. Dudley, “Discovery Abuse Revisited: Some Specific Proposals to Amend the Federal Rules of Civil Procedure”, *U.S.F. L. Rev.*, vol. XXVI, 1991–1992, pp. 189 ss; C. Yablon, “Stupid Lawyer Tricks: An Essay on Discovery Abuse”, *Col. L. Rev.*, vol. XCVI, 1996, pp. 1618 ss; S. Issacharoff y G. Miller, “Will Aggregate Litigation Come to Europe?”, *Vanderbilt L. Rev.*, vol. LXII, 2009, pp. 188 ss, expone casos de abogados de litigantes colectivos corruptos, y de demandas vinculadas a estos casos. Desde la mentalidad del *civil lawyer*, se plantean las llamadas “*fishing expeditions*” o los casos en los que el demandante, ante el temor de los costes del *discovery*, trata de forzar una transacción. Para una opinión contraria, L. Mullenix, “Discovery in Disarray: The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse and the Consequences for Unfounded Rulemaking”, *Stan. L. Rev.*, vol. XLVI, 1993–1994, pp. 1393 ss.

¹⁷ Vid., por ejemplo, A. Miller, “Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the “Class Action Problem””, *Harv. L. Rev.*, vol. XCII, 1979, pp. 666 ss, esp. pp. 666–667; S. Scheuerman, “The Consumer Fraud Class Action: Reining in Abuse by Requiring Plaintiffs to Allege Reliance as an Essential Element”, *Harv. J. on Legis.*, vol. XLIII, 2006, pp. 1 ss, esp. pp. 1–10 y 38–39. Vid. también J. Beisner, M. Shors y J. Miller, “Class Action “Cops”: Public Servants or Private Entrepreneurs?”, *Stan. L. Rev.*, vol. LVII, 2004–2005, pp. 1441 ss, *passim*, extremadamente crítico (quizás demasiado) con las desventajas de las acciones colectivas.

¹⁸ Vid. B. Hay y D. Rosenberg, *loc. cit.*, p. 1377.

¹⁹ Cf. W. Wills, “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?”, *World Competition*, vol. XXVI, 2003, pp. 9–14.

²⁰ Ciertamente, palabras peligrosas.

²¹ Vid. S. Issacharoff, “Class Action Conflicts”, *U.C. Davis L. Rev.*, vol. XXX, 1996–1997, pp. 805 ss.

mas con un mero cupón²². Estos elementos nunca deben perderse de vista cuando se analizan las acciones colectivas o el arbitraje colectivo, con el fin de determinar si realmente constituyen vías *óptimas* para resolver las controversias masivas de consumo.

Antes de pasar a otra cuestión, interesa poner de manifiesto dos notas. Oculta tras la figura del “*Private Attorney General*” se encuentra la consideración teórica de que las partes pueden, en ciertas condiciones, reivindicar un interés público superior ejercitando un derecho privado (o, más bien, reclamando un remedio privado). Sin obviar la necesidad de que los intereses públicos sean defendidos desde instancias públicas, los “*Private Attorney General*” ayudan a resolver la cuestión práctica de que las autoridades públicas carecen de recursos (y en ocasiones del interés) para actuar en todas y cada una de las situaciones²³. En otras palabras: la disuasión a través de la litigación privada es un sustituto de las acciones públicas en todos los casos en que a los poderes públicos les resultaría demasiado difícil o gravoso detectar, abordar y combatir las conductas ilícitas.

Así, los dos modelos de intervención, pública y privada, deben considerarse complementarios y no mutuamente excluyentes: partes de un mecanismo eficiente y moderno para desarrollar un mercado doméstico saludable²⁴. Esta idea, que no se desliga de consideraciones pragmáticas, en la actualidad está penetrando lentamente también en Europa²⁵.

Sin embargo, no es fácil exportar un modelo doméstico a un plano internacional. En éste, se hallan obstáculos y dificultades en cada movimiento. Aquí, resul-

²² *Vid.*, por ejemplo, C. Leslie, “A Market-Based Approach to Coupon Settlements in Antitrust and Consumer Class Action Litigation”, *UCLA L. Rev.*, vol. XLIX, 2002, pp. 991 ss; J. Sternlight, “As Mandatory Binding Arbitration Meets the Class Action, Will the Class Action Survive?”, *Wm. & Mary L. Rev.*, vol. XLII, 2000–2001, pp. 34 ss. También me ocurrió a mí: en una ocasión, abrí mi correo electrónico y no solo descubrí que era parte de una acción colectiva en la que se había propuesto una transacción, sino también que la compensación propuesta para mi “daño” era un cupón de \$1.50, frente a los \$16.5 millones de los honorarios de los abogados. *Vid.* una historia similar en G. Calabresi, “Class Actions in the U.S. Experience: the Legal Perspective”, J. Backhaus *et al.* (eds.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe: Lessons from America*, Edward Elgar Pub, 2012, pp. 10 ss. Aunque, aún así, estas acciones podrían servir al objetivo de la disuasión, plantean cuestiones de justicia y equidad. Por otra parte, si el daño de cada consumidor es pequeño, la compensación, a falta de daños punitivos, probablemente será pequeña (especialmente si se propone una transacción).

²³ *Vid.*, sin embargo, J. Beisner, M. Shors y J. Miller, *loc. cit.*, p. 1454, sugiriendo que la inactividad de las autoridades públicas puede, en ocasiones, basarse en una decisión razonada de no actuar o no sancionar.

²⁴ *Vid.*, también, H. Micklitz y F. Cafaggi, *loc. cit.*, pp. 395–396. Según P. Puri, “Securities Litigation and Enforcement: The Canadian Perspective”, *Brook. J. Int’l L.*, vol. XXXVII, 2012, pp. 998 ss, “tanto la intervención pública como la privada desempeñan roles importantes y complementarios en la protección de los intereses de la inversión pública (... y así) deben concebirse como partes de un régimen unitario”.

²⁵ *Vid. infra*, ap. IV.

ta crucial la relación entre soberanías: plantear que un foro dispense remedios para conductas que tienen lugar a escala mundial suscita la cuestión de la autoridad de la que se inviste un juez en particular, o un tribunal arbitral, para dictar la solución más adecuada para todo el mundo. Incluso si formalmente la respuesta jurídica que otorgue una entidad estatal tiene como efecto inmediato el de resolver una disputa (privada), el resultado de una acción colectiva global, o un arbitraje colectivo, es una respuesta normativa que tiene el efecto colateral del desplazar nominalmente²⁶ el poder de otro *superiorem non recognoscentes* para proporcionar su propia solución²⁷.

Por otra parte, resultaría *naïve* obviar todos los problemas prácticos y procedimentales que *de jure condito* tendría una concentración de demandas de alcance mundial. Por mencionar solo algunos, hay cuestiones sobre la(s) ley(es) aplicable(s) que podrían ser, y seguramente sean, diferentes en función de los demandantes²⁸. Además, la circulación de la decisión que emita el juez o el tribunal arbitral está rodeada de una gran incertidumbre. Sin un marco específico internacional²⁹, la ejecución podría denegarse en muchos Estados, produciendo con ello cierto mapa de reconocimiento en forma de “*patchwork*” o “piel de leopardo”, que no se corresponde con el objetivo de disuasión antes mencionado³⁰. Interesa también resaltar, a este respecto, que el laudo de un arbitraje colec-

²⁶ Nominalmente, porque otros Estados no están obligados a reconocer tal “normativa”.

²⁷ Dado que la Corte Permanente de Justicia Internacional identifica competencia y territorio soberano en el Asunto *S.S. Lotus (Francia c. Turquía)* en *Publications of the Permanent Court of International Justice*, Serie A, No. 10, pp. 18 ss, el cambio conceptual se ha producido en la aplicación “extraterritorial” del poder de *ius dicere* de cada sistema. *Vid.* también P. Wautelet, “What has international private law achieved in meeting the challenges posed by globalisation?”, P.J. Slot y M. Bulterman (eds.), *Globalisation and Jurisdiction*, Kluwer Law International, 2004, pp. 77 ss: “la idea de un único foro natural para todo litigio es una ilusión. Deberíamos partir de la premisa de que varios Estados podrán reclamar su competencia para el mismo litigio y acoger la idea de cooperación entre Estados que tengan un interés sustancial en resolver la controversia. La competencia no debe concebirse en términos de decisiones unilaterales por parte de un único Estado, sino más bien como un ejercicio de cooperación entre los Estados concernidos”. *Vid.*, también, A. Johnston y E. Powles, “The Kings of the World and Their Duke’s Dilemma: Globalisation, Jurisdiction and the Rule of Law”, en P.J. Slot & M. Bulterman (Eds.), *Globalisation and Jurisdiction*, Kluwer Law International, 2004, pp. 20 ss. No puedo resolver la adivinanza mejor que citando a R. Nagareda, *loc. cit.*, p. 13: “En nuestro mundo, ningún Estado tiene competencia en un ámbito tan amplio como los actuales negocios internacionales. De ello resulta que este mundo genera virtualmente desajustes. La controversia subyacente puede ser global, como también el efecto preclusivo sobre la competencia que se desea obtener. Pero la acumulación de acciones debe necesariamente acordarse en algún tribunal de un Estado cuya autoridad territorial no alcanza al mundo entero”.

²⁸ *Vid. infra*, ap. III.

²⁹ En relación con lo cual, *vid. infra*, ap. VI.

³⁰ R. Mulheron, “The Recognition, and *Res Judicata* Effect, of a United States Class Actions Judgment in England: A Rebuttal of *Vivendi*”, [2012] *M.L.R.*, vol. LXXV, pp. 180 ss, sostiene la idea de los tribunales de EE UU de que una decisión o una transacción en una acción colectiva serían fácilmente reconocibles en Inglaterra. Para una opinión diferente en el Distrito Sur de Nueva York, *vid.* R. Nagare-

tivo goza de un mecanismo más potente de reconocimiento, a la vista de la amplia ratificación de la Convención de Nueva York de 1958, por lo que circula mucho mejor que una decisión judicial³¹.

Hay otras cuestiones procedimentales que ya se han puesto de manifiesto en el contexto de las acciones colectivas en EE UU, que resultan más complejas cuando la acción tiene alcance global. Merece la pena mencionar alguna, incluso en este contexto tan limitado. Asumiendo que existiera un foro global, ¿quién selecciona el demandante modelo entre las diversas partes que han experimentado el daño en todo el mundo? ¿Quién asegura, si se establece un mecanismo de *opt-out*, que todas ellas, a nivel mundial, quieren demandar o tienen garantizada la posibilidad de excluirse del proceso? ¿Quién seleccionaría el foro³²? ¿Cómo se coordinarían acciones paralelas o conexas³³? ¿Quién elegiría al abogado en la demanda y quién sería el demandante principal³⁴? ¿Quién podría acordar una transacción³⁵? ¿Si la acción no prospera, tendría efecto preclusivo en los miembros de la acción no presentes³⁶? No queda otro remedio que dejar estas pregun-

da, *loc. cit.*, pp. 33–37, comparando los asuntos *Vivendi* y *Alstom*. Este resultado resulta inconveniente también desde el punto de vista del demandado. Si la acción colectiva no prospera, podría ser demandado de nuevo por el demandante en todos los foros en los que no quepa reconocimiento de la decisión (*ibid.*).

³¹ Conforme al régimen del Convenio de Nueva York de 1958, el reconocimiento de un laudo arbitral sólo puede denegarse con base en los estrictos motivos previstos en el art. V. *Vid.* S.I. Strong, “Resolving Mass Legal Disputes Through Class Arbitration: The United States and Canada Compared”, *N.C. J. Int’l L. & Com. Reg.*, vol. XXXVII, 2012, pp. 941–943; *id.*, “Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns”, *U. Pa. J. Int’l L.*, vol. XXX, 2008, pp. 53–75. *Vid.*, no obstante, el reconocimiento por parte del Tribunal de Apelación de Ámsterdam (resolución de 23 de junio de 2010) de una resolución de EE UU aprobatoria de una transacción en una acción colectiva en el asunto de valores *Royal Ahold*, al que se refiere L. Carballo Piñero, “Collective Redress in the Proposal for a Brussels I bis Regulation: A Coherent Approach?”, *EUVR*, 2012, p. 85. Sobre la circulación intraeuropea, *vid. ibídem, passim*.

³² *Vid.* S. Issacharoff y G. Miller, *loc. cit.*, pp. 189–192, analizando la cuestión de las acciones colectivas de alcance nacional y el *forum shopping* entre tribunales estatales. Sobre la aprobación de la *Class Action Fairness Act (2005)*, que se dirige a resolver estas cuestiones atribuyendo la competencia a los tribunales federales para acciones colectivas grandes, *vid.*, entre otros, S. Burbank, “The Class Action Fairness Act of 2005 in Historical Context: A Preliminary View”, *U. Pa. L. Rev.*, vol. CLVI, 2008, pp. 1439 ss; K. Clermont y T. Eisenberg, “CAFA Judicata: A Tale of Waste and Politics”, *ibid.*, pp. 1553 ss.

³³ Para un análisis de la (futura) cuestión de la coordinación de las acciones colectivas en el interior de Europa, *vid.* L. Carballo Piñero, *loc. cit.*, pp. 90–93.

³⁴ *Vid.* L. Silberman y S. Choi, “Transnational Litigation and Global Securities Class–Action Lawsuits”, *Wisc. L. Rev.*, 2009, p. 479, sobre la cuestión, en referencia a las acciones colectivas de valores globales.

³⁵ *Vid.* S. Issacharoff y G. Miller, *loc. cit.*, pp. 183–185.

³⁶ *Vid.* O. Fiss, “The Political Theory of the Class Action”, *Wash. & Lee L. Rev.*, vol. 53, 1996, pp. 21 ss, esp. pp. 24–25. Otra cuestión se refiere, por ejemplo, a las comunicaciones y los mecanismos de notificación (individuales o colectivos), a la distribución de gastos, a la financiación (también de terceras partes), etc.

tas sin respuesta por el momento, y volver al terreno de las acciones colectivas de nuestros tiempos, donde ha comenzado todo.

III. Acciones colectivas y arbitrajes colectivos en EE UU

Las acciones colectivas son uno de los elementos característicos más acusados del procedimiento civil de los EE UU, sólo comparable a instrumentos tales como el *pre-trial discovery*, los *punitive damages* y los *treble damages*. Estos elementos, tomados en su conjunto, forman parte de lo que se ha definido, con acierto, la “excepcionalidad americana” (*American exceptionalism*³⁷). En esta excepcionalidad, unida a otros elementos³⁸, se fundamenta el recurrente símil de quienes, atraídos como polillas hacia la luz, si consiguen litigar en los EE UU, podrían ganar una fortuna³⁹.

En la última década, sin embargo, el Tribunal Supremo de los EE UU ha dado muestras de cierta tendencia a la limitación del alcance de este símil, también en lo que respecta a las acciones colectivas en litigios de consumidores, tanto ante órganos jurisdiccionales como ante tribunales arbitrales, y tanto en situaciones internas como internacionales⁴⁰. Al limitar tales instrumentos, el Tribunal parece seguir dos vías: por una parte, la que afecta a los demandantes extranjeros en general, y por la otra, la que atañe específicamente a los consumidores. Aquélla

³⁷ O. Chase, “American “Exceptionalism” and Comparative Procedure”, *Am. J. Comp. L.*, 2002, pp. 277 ss. Para un detallado análisis comparado de procedimientos civiles, *vid.* O. Chase, H. Hershkoff, L. Silberman, Y. Taniguchi, V. Varano y A. Zuckerman, *Civil Litigation in Comparative Context*, St. Paul, MN, Thomson West, 2007.

³⁸ Tales como el extendido uso de los jurados, y los acuerdos sobre honorarios condicionales.

³⁹ *Smith Kline & French Labs Ltd. v. Bloch*, [1983] 2 All E.R. 74, [1983] 1 W.L.R. 730 (C.A. 1982) (Denning, M.R.).

⁴⁰ Ello se suma a la excepción, basada en el *forum non conveniens*, que pueden interponer los demandados frente a litigantes extranjeros; a las diferencias en las transacciones que pueden existir entre demandantes nacionales y extranjeros; al problema del reconocimiento de la transacción o de la *certificación* de la acción colectiva (que constituye una suerte de autorización por parte tribunal, previa solicitud de los demandantes, a la acción colectiva: *N. de la T.*). *Vid.* R. Mulheron, “The Case for an Opt-Out Class Action for European Member States: A Legal and Empirical Analysis”, *Colum. J. Eur. L.*, vol. XV, 2008–09, pp. 444–446. *Vid.* también G. Johnson, “Note. Rule 23 and the Exclusion of Foreign Citizens as Class Members in U.S. Class Actions”, *Va. J. Int’l L.*, vol. LII, 2012, pp. 963 ss, analizando alguna de las razones por las que los tribunales de los EE UU no suelen certificar a miembros extranjeros en acciones colectivas. Este movimiento resultaría contrario a los fundamentos de la mencionada disuasión (*supra*, ap. II), porque limitar la viabilidad de una acción colectiva no sólo supone privar a los litigantes privados víctimas de un daño de un poderosa arma de su arsenal. También comporta proteger a los (empresarios) infractores de su responsabilidad, a menudo sin más, eliminando el componente de intervención privada y disminuyendo el bienestar general que deriva de la disuasión. Esta es la razón por la que, en mi opinión, las acciones colectivas amplias también deberían ser una parte importante del Derecho procesal europeo.

(vía) se muestra en las decisiones *Empagran* y *Morrison*; y esta última, en el caso *Conception*.

El asunto *Empagran*⁴¹ constituye la escisión de una acción colectiva en materia *antitrust* interpuesta contra Hoffman–La Roche y otros “competidores”, que habían alcanzado un acuerdo colusorio internacional para fijar los precios de las vitaminas para uso industrial en el mercado global⁴². Se iniciaron varios litigios privados en EE UU, donde algunas empresas extranjeras, domiciliadas en Ucrania, Panamá, Australia y Ecuador, trataron de unirse a la acción colectiva, reclamando *treble damages* conforme a la sección 4ª de la *Clayton Act*⁴³. La particularidad estribaba en que estas empresas extranjeras, admitidas como partes en acciones paralelas pero separadas, presentaron demandas similares a las de los demandantes estadounidenses, pero en relación con conductas y daños que tuvieron lugar enteramente fuera del mercado doméstico (demandas *f-cube*). Algunos académicos concurren como *amici curiae* en defensa de la posibilidad de que estas empresas litigaran en los EE UU⁴⁴, mientras muchos gobiernos extranjeros argumentaron con fuerza la opinión contraria⁴⁵. El Tribunal Supremo, anulando la decisión de la Corte de Apelación del Circuito del D.C., negó la posibilidad de que los tribunales de EE UU pudieran atribuirse competencia en demandas *antitrust* presentadas por litigantes extranjeros en relación con conductas anticompe-

⁴¹ *F. Hoffmann–La Roche Ltd. v. Empagran*, 124 S. Ct. 2359 (2004). *Vid.* M. Bloom, “Should Foreign Purchasers Have Access to U.S. Antitrust Damages Remedies? A Post–Empagran Perspective From Europe”, *N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.*, vol. LXI, 2005–06, pp. 433 ss; E. Cavanagh, “The FTAIA and Empagran: What Next?”, *S.M.U. L. Rev.*, vol. LVIII, 2005, pp. 1419 ss; J. Connor y D. Bush, “Deterring International Cartels in the Face of Comity and Jurisdiction: A Legal, Economic, and Empirical Evaluation of the Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws” (April 2, 2007), disponible en <http://ssrn.com/abstract=978846> (última fecha de consulta: diciembre de 2010), en pp. 14–21.

⁴² *Empagran*, 124 S.Ct., pp. 2363–2364.

⁴³ 15 U.S.C. § 15.

⁴⁴ *Vid.* “Brief for Certain Professors of Economics as Amici Curiae Supporting Respondents, *Empagran v. F. Hoffmann–LaRoche*, 2004” WL 533930; “Brief for Professors Darren Bush, John M. Connor et al. as Amici Curiae Supporting Respondents, *Empagran v. F. Hoffmann–LaRoche*, 2004” WL 533933 (U.S.); “Brief of Amici Curiae Legal Scholars Supporting Respondents, *Empagran v. F. Hoffmann–LaRoche*”, 2004 WL 533931; “Brief of Amici Curiae Economists Joseph E. Stiglitz and Peter R. Orszag Supporting Respondents, *Empagran v. F. Hoffmann–LaRoche*”, 2004 WL 533934; “Brief of Amici Curiae Law Professors Ralf Michaels, Hannah Buxbaum and Horatia Muir Watt Supporting Respondents, *Empagran v. F. Hoffmann–LaRoche*”, 2004 WL 542780 (prestando un apoyo limitado a la decisión de la Corte de Apelación).

⁴⁵ *Vid.* “Brief of the Governments of the Federal Republic of Germany and Belgium as Amici Curiae Supporting Petitioners, *Empagran v. F. Hoffmann–LaRoche*”, 2004 WL 226388, “Brief for the Government of Canada as Amicus Curiae Supporting Reversal, *Empagran v. F. Hoffmann–LaRoche*”, 2004 WL 226389; “Brief of the Government of Japan as Amicus Curiae in Support of Petitioners, *Empagran v. F. Hoffmann–LaRoche*”, 2004 WL 226390; y “Brief of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Ireland and the Kingdom of the Netherlands as Amici Curiae Supporting Petitioners, *Empagran v. F. Hoffmann–LaRoche*, 2004 WL 226597”. *Vid.* también “Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioners, *Empagran v. F. Hoffmann–LaRoche*”, 2004 WL 234125.

titivas que “afectan de forma significativa y adversa tanto a consumidores fuera de los EE UU como a consumidores de los EE UU”⁴⁶, dado que el “efecto adverso extranjero es independiente de todo efecto adverso doméstico”⁴⁷. La motivación de la decisión adoptada por el Tribunal combina argumentos de cortesía (*comity*)⁴⁸ y una determinada lectura de la jurisprudencia y la historia legislativa de la *Sherman Act* y la *FTAIA*⁴⁹.

La única excepción que el Tribunal reconoció a esta norma, concurren cuando se prueba que el daño extranjero depende del daño doméstico⁵⁰. Así, cabe afirmar que con el asunto *Empagran* los EE UU han cerrado sus puertas a los demandantes extranjeros que reclaman por daños ocasionados en el extranjero, a menos que exista un nexo causal (fuerte) entre el daño que han experimentado fuera y el daño sufrido en el mercado doméstico.

El asunto *Morrison*⁵¹ también se refirió a una acción colectiva *f-cube*, aunque en esta ocasión los demandantes extranjeros reclamaron por un fraude en inversiones, que, según alegaron, ocasionó la compra de acciones al Banco Nacional de Australia en la bolsa australiana⁵². El Tribunal Supremo no optó por la vía

⁴⁶ *Empagran*, 124 S. Ct. 2359, p. 2366.

⁴⁷ *Id.*, p. 2366. *Vid.* E. Cavanagh, *loc. cit.*, pp. 1428–1429.

⁴⁸ El Tribunal Supremo apoyó la idea que expresaron diversos gobiernos extranjeros en sus informes como *amici*, a favor de una lectura contenida de la *Sherman Act*. Uno de los argumentos más fuertes fue que, en principio, cada Estado debe determinar cuál es la mejor forma de proteger a sus propios ciudadanos. Otro argumento fue que el principio de cortesía invita a realizar una interpretación restringida de normas ambiguas “para evitar interferencias no razonables con la soberanía de otros Estados”: *vid. Empagran*, 124 S. Ct. 2359, p. 2366. Finalmente, el Tribunal rechazó la propuesta del demandado de interpretar la cortesía estando el caso en concreto, por resultar demasiado complejo, y prefirió adoptar una visión más clara. En definitiva, “si una conducta anticompetitiva extranjera juega un papel significativo y si el daño extranjero es independiente de los efectos domésticos, el Congreso debería haber esperado que las normas de defensa de la competencia de EE UU, tan fundamentales en nuestro propio sistema económico, pudieran aplicarse también a otras naciones. Pero, si las políticas de defensa de la competencia de EE UU no pudieran hacerse su propio lugar en el mercado internacional por tales ideas, debemos asumir que el Congreso no habría tratado de imponerlas, en un acto de imperialismo legal, a través de la promulgación de leyes”: *id.*, p. 2369. De hecho, al demandado (*Empagran*) le resultó difícil argumentar que no había elementos de cortesía, a la luz de los numerosos informes de los gobiernos extranjeros como *amici curiae*.

⁴⁹ *Foreign Trade Antitrust Improvement Act (1982) (FTAIA)* de reforma de la *Sherman Act*. 15 U.S.C. § 6a. Básicamente, el argumento es que, como la *Sherman Act* no cubre este tipo de demandas, y la *FTAIA* se aprobó más para restringir que para ampliar el alcance de la *Sherman Act*, la propia *FTAIA* no puede interpretarse como aplicable a más conductas que la *Sherman Act*: *vid. Empagran*, 124 S. Ct. 2359, p. 2369. *Vid.* también E. Cavanagh, *loc. cit.*, pp. 1429 y 1434.

⁵⁰ *Vid. Empagran*, 124 S. Ct. 2359, p. 2372. Para una afirmación de la excepción de los “efectos vinculados”, *vid.* M. Bloom, *loc. cit.*, *passim*. La Corte de Apelación estimó que el daño de los demandantes no podía considerarse tan dependiente del daño doméstico, rechazando la demanda: *Empagran S.A. v. F. Hoffmann–LaRoche, Ltd.*, 417 F.3d 1267 (Circuito de D.C. 2005).

⁵¹ *Morrison v. National Australia Bank*, 130 S.Ct. 2869 (2010).

⁵² *Vid.* L. Silberman, “*Morrison v. National Australia Bank: Implications for Global Securities Class Actions*” (June 14, 2011), *Swiss Yearb. Priv. Int’l L.*, 2010, *NYU School of Law, Public Law Research*

fácil de rechazar la demanda con el argumento de los “efectos de la conducta” o de una ponderación de intereses⁵³, ni decidiendo sobre la base del *forum non conveniens*⁵⁴. Optó más bien por aplicar una “presunción contra la extraterritorialidad⁵⁵”, sosteniendo que la sección 10 (b9) de la *Securities Act* de 1934⁵⁶ no regía una conducta que tuvo lugar enteramente en el mercado australiano⁵⁷. La voluntad del Tribunal de esgrimir y tomar en consideración esta presunción se confirmó posteriormente por otra línea en casos recientes. En un controvertida demanda basada en el *Alien Tort Statute*⁵⁸ recientemente resuelta⁵⁹, el Tribunal aparentemente se enfrentó a la cuestión de si las empresas pueden considerarse responsables a la luz del Derecho internacional⁶⁰. De manera en cierto modo sorprendente⁶¹, algunos de los magistrados se centraron en la cuestión de la aplicación “extraterritorial” de la *ATS*, requiriendo a las partes proporcionar documentos adicionales y prepararse para otra vista oral en esta cuestión⁶². La deci-

Paper No. 11-41, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1864786> (última visita, 28 de mayo de 2012); *Vid.* también L. Silberman y S. Choi, *loc. cit.*, pp. 472-473.

⁵³ *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993). En este caso, la Corte también hizo patente que la “presunción contra la extraterritorialidad” es aplicable en relación con las normas *antitrust*. *Vid.* L. Silberman, *loc. cit.*, pp. 6-7. Interesa advertir que alguno de los efectos, de hecho, tuvo lugar en el territorio de los EE UU.

⁵⁴ La doctrina fue elaborada en relación con la competencia doméstica en *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947), y se desarrolló más tarde en casos internacionales con *Piper Aircraft v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981).

⁵⁵ *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 U.S. 244 (1991).

⁵⁶ 15 U.S.C. §78j(b).

⁵⁷ Más específicamente, “la sección 10(b) alcanza el uso de un instrumento o estratagema manipulador o engañoso, solo en relación con la compra o la venta de un valor negociado en una bolsa estadounidense, y la compra o la venta de cualquier otro valor en EE UU”: 130 S.Ct., p. 2888.

⁵⁸ 28 U.S.C. § 1350: “Los tribunales de distrito tienen competencia para cualquier acción civil interpuesta por un extranjero por un acto ilícito solo si ha violado una ley internacional o un tratado de los EE UU”. La norma fue aprobada por el primer Congreso de los EE UU en 1789, pero no fue empleada hasta la decisión *Filártiga* por la Corte de Apelación del Segundo Circuito: *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2º Circuito 1980).

⁵⁹ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* (docket 10-1491). Esta acción fue interpuesta por ciudadanos nigerianos frente a varias petroleras por violaciones del Derecho internacional cometidas en Nigeria en los años 90.

⁶⁰ Sintéticamente, como la *ATS* sólo se aplica a los ilícitos “cometidos en violación del Derecho internacional”, la ausencia de una norma internacional sobre responsabilidad corporativa impediría todo empleo de la *ATS* contra empresas. La Corte de Apelación del Segundo Circuito ha respondido ya a la cuestión (2 a 1), afirmando que tal regla no existe: *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 621 F.3d. 111 (2d Cir. 2010), *reh’g en banc denied*, 642 F.3d 268 (2d Cir. 2011).

⁶¹ No todo el mundo se sorprendió: la cuestión se llevó directamente a otro Estado, procedente de un recurso del Noveno Circuito, en *Rio Tinto PLC, et al., v. Sarei, et al.* (11-649). *Vid.* L. Denniston, “*Kiobel* to be expanded and reargued”, *SCOTUSblog* (Mar. 5, 2012, 2:01 PM), <http://www.scotusblog.com/2012/03/kiobel-to-be-reargued/> (último acceso, 28 de mayo de 2012).

⁶² Esta fue la cuestión de la Corte: “si, y bajo qué circunstancias el *Alien Tort Statute*, 28 U.S.C. § 1350, permite a los tribunales reconocer una acción de violación del Derecho internacional que ha ocurrido en el territorio de un Estado soberano que no es EE UU”. *Vid.* L. Denniston, *loc. cit.*

sión se publicó el 17 de abril de 2013, rechazando la demanda, como cabía esperar, sobre la base de que no hay nada en el texto o la historia legislativa de la *ATS* que permita rebatir la “presunción contra la extraterritorialidad”⁶³.

Este trabajo se centra en la búsqueda de un único foro y, como se ha mencionado, no es el lugar donde se verterán críticas o elogios a las diversas soluciones adoptadas⁶⁴. Lo que cabe afirmar es que, mientras la respuestas que dieron los magistrados se ha alabado por algunos a nivel de la claridad y la predictibilidad⁶⁵, y también de la cortesía, la “presunción contra la extraterritorialidad” contribuye a limitar de forma efectiva la posibilidad de interponer acciones colectivas globales en los EE UU, y, en lo que aquí interesa, acciones colectivas globales en materia de consumo⁶⁶.

La lectura conjunta de ambas decisiones, o mejor ambas tendencias, permite afirmar que el Tribunal parece haber restringido todo tipo de competencia –tanto la *jurisdiction to adjudicate* (*Empagran*) como *jurisdiction to prescribe* (*Morrison*)–⁶⁷, limitando las acciones de los extranjeros y la aplicación de la ley de los EE UU a situaciones extranjeras. De ahí que no resulte apresurado sostener que se ha puesto coto a las acciones colectivas extranjeras en los EE UU. Pero no cabe duda de que la tendencia general es la limitación del recurso por parte de extranjeros a los tribunales estadounidenses, y la posición de éstos como una suerte de tribunales con competencia general para los ilícitos mundiales.

⁶³ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. (2013), decisión disponible en http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf (último acceso: 27 de mayo de 2013). Mientras el resultado de la resolución fue compartido por los nueve miembros del tribunal, la opinión a favor de la presunción fue escrita por *Chief Justice* Robert, y a ella se adhirieron otros cuatro miembros. *Vid.* las reacciones inmediatas a la decisión en el *insta-symposium* sobre *Kiobel* de opiniojuris.org.

⁶⁴ *Vid.* I. Buschkin, “Note – The Viability of Class Action Lawsuits in a Globalized Economy—Permitting Foreign Claimants to Be Members of Class Action Lawsuits in the U.S. Federal Courts”, *Cornell L. Rev.*, vol. XC, 2006, pp. 1563 ss, apuntado a que permitir a los extranjeros formar parte de acciones colectivas en EE UU resultaría beneficioso para el mercado estadounidense en términos de disuasión (global) y de confianza de los inversores en el mercado.

⁶⁵ *Vid.* L. Silberman, *loc. cit.*, pp. 6–7. *Vid.* también L. Silberman y S. Choi, *loc. cit.*

⁶⁶ Es más: *Morrison* se mueve en sede de Derecho aplicable a la situación planteada ante el tribunal. Pero ello tiene un efecto colateral doble: 1) desincentiva a los demandantes extranjeros a los que les gustaría aprovecharse de los más generosos leyes y estándares de los EE UU. 2) dificulta la consolidación de una única acción en los EE UU, toda vez que el juez debería manejar diversas leyes y probablemente podría rechazar hacerlo (y lo haría), por ejemplo con base en un *forum non conveniens*. De nuevo, con ello no se pretende afirmar que la reciente auto-contención mostrada por los tribunales de los EE UU sea un error: sólo se trata de analizar las consecuencias sobre la búsqueda propuesta de un único foro.

⁶⁷ Sobre la (bastante compleja) noción de competencia en los EE UU, *vid.* G. Born & P. Rutledge, *International Civil Litigation in United States Courts*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 3–4; K. Clermont, *Civil Procedure*, Foundation Press, 1999; F. Juenger, “Judicial Jurisdiction in the United States and in the European Communities: A Comparison”, *Mich. L. Rev.*, vol. LXXXII, 1984, pp. 1210 ss.

La “revolución” real en las demandas de consumidores viene representada por la decisión del Tribunal Supremo en el asunto *Concepcion*, y se refiere a un arbitraje de consumo⁶⁸. Pero antes de analizar la decisión, resultará de ayuda presentar los principales desarrollos de las cláusulas arbitrales en contratos celebrados por consumidores⁶⁹. Interesa advertir que la *Federal Arbitration Act (FAA)* de 1925 no proporciona ninguna protección especial a los consumidores⁷⁰. Sin em-

⁶⁸ Para un resumen del desarrollo de las acciones colectivas en los EE UU, *vid.* S.I. Strong, “Resolving Mass Legal Disputes”, *loc. cit.*, pp. 936–939 y 945–946; y S.I. Strong, “Does Class Arbitration ‘Change the Nature’ of Arbitration? *Stolt-Nielsen, AT&T* and a Return to First Principles”, *Harv. Negot. L. Rev.*, vol. XVII, 2012, pp. 201 ss. *Vid.* también G. Born–C. Salas, “The U.S. Supreme Court and Class Arbitration: A Tragedy of Errors”, *Kluwer Arbitration Blog*, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/07/01/the-u-s-supreme-court-and-class-arbitration-a-tragedy-of-errors/> (última visita: 28 de mayo de 2012).

⁶⁹ *Vid.* M. Glover, “Note. Beyond Unconscionability: Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements”, *Vand. L. Rev.*, vol. LIX, 2006, pp. 1735 ss. *Vid.* también D. Schwartz, “Enforcing Small Print to Protect Big Business: Employee and Consumer Rights Claims in an Age of Compelled Arbitration”, *Wis. L. Rev.*, 1997, pp. 61 ss; L. Demaine y D. Hensler, ““Volunteering” to Arbitrate Through Predispute Arbitration Clauses: The Average Consumer’s Experience”, *Law & Contemp. Prob.*, vol. LXVII, 2004, pp. 55 ss, ofrece una extensa investigación empírica; *vid.* también M. Budnitz, “The High Cost of Mandatory Arbitration”, *Law & Contemp. Probs.*, vol. LXVII, 2004, pp. 133 ss; y T. Eisenberg, G. Miller y E. Sherwin, “Arbitration’s Summer Soldiers: An Empirical Study of Arbitration Clauses in Consumer and Nonconsumer Contracts”, *U. Mich. J.L. Reform*, vol. XLI, 2007–2008, pp. 871 ss, quienes también advierten que “evitar la acumulación de acciones puede permitir ahorrar a las empresas (...), pero no hay garantía de que ese ahorro vaya a pasar a los consumidores”: *vid. ibidem* p. 874. El resultado de su investigación empírica es interesante: “Más de tres cuartos de los acuerdos analizados entre consumidores y empresas disponían cláusulas compromisorias obligatorias. Pero menos del 10% de los contratos negociados, no con consumidores ni con trabajos, incluyen cláusulas arbitrales. La ausencia de disposiciones arbitrales en la gran mayoría de los contratos mercantiles negociados sugiere que las empresas valoran, incluso prefieren, acudir a órganos jurisdiccionales como medio para resolver sus controversias con iguales”; además, “cada contrato de consumo con una cláusula arbitral también incluía una exclusión de arbitraje colectivo” y “al margen de las cláusulas arbitrales, el 80% de los contratos de consumo excluían también derechos a demandas colectivas”: *ibid.*, pp. 876–884. El empleo de cláusulas arbitrales y de cláusulas de exclusión de acciones colectivas parece depender del negocio en concreto: *ibid.*, p. 891. J. Sternlight, “Creeping Mandatory Arbitration: Is It Just?”, *Stan. L. Rev.*, vol. LVII, 2005, pp. 1638–1639: “A través de la lectura de las decisiones en los casos de los que se informa, se advierte que el arbitraje comenzó a incluirse por un amplio ámbito de negocios, incluyendo instituciones financieras (cuentas personales, préstamos del hogar y para vehículos, préstamos de día de pago y tarjetas de crédito), proveedores de servicios (exterminadores de termitas, gimnasios, compañías telefónicas y gestores de impuestos), y vendedores de bienes (caravanas, ordenadores y eBay). El arbitraje incluso se ha dispuesto en los juegos patrocinados por la cadena de hamburguesas del McDonald y con respecto a un correo de una caja de cereal Cheerios. En este nuevo milenio, el arbitraje de consumo se ha expandido rápidamente y cubre también la atención sanitaria (hospitales y organizaciones de mantenimiento de la salud), hogares de ancianos, e instituciones educativas. Además, algunas compañías están utilizando arbitraje como vía de ataque, para obtener rápidamente sentencias dictadas en rebeldía contra los consumidores que supuestamente les deben dinero”.

⁷⁰ *Vid.* C. Drahozal, “New Experiences of International Arbitration in the United States”, *Am. J. Comp. L.*, vol. LIV, 2006, pp. 254–255, llamando la atención sobre las dos excepciones que representan, por una parte, la protección de los trabajadores del transporte (en un comercio interestatal), y, por otra, del franquiciado en un contrato de franquicia de vehículos de motor. El autor también informa sobre

bargo, la proliferación de las cláusulas arbitrales en contratos de consumo es reciente, y sigue tres pasos importantes. El primero es el aumento de las acciones colectivas desde la famosa reforma de 1966⁷¹, que estimuló las mentes y la fantasía de los abogados domésticos, a fin de encontrar vías para evitar tal amenaza⁷². El segundo es un cambio de actitud de los tribunales estadounidenses en relación con el arbitraje en general, marcado por decisiones tales como *Scherk*⁷³, *Mitsubishi*⁷⁴ y *Shearson*⁷⁵, que alteraron antiguas reticencias sobre la eficacia de los acuerdos de arbitraje⁷⁶, disponiendo un amplio ámbito de arbitrabilidad de las controversias y realizando una lectura federal de la *FAA* favorable al arbitraje⁷⁷. El tercer paso⁷⁸, que concierne más a esta materia, se inicia con la decisiones recaídas en el asunto *Gilmer*, favorable a una cláusula arbitral en un contrato de

varios proyectos normativos presentados en el Congreso con el objeto de limitar la validez de las cláusulas compromisorias en contratos de consumo, sin éxito significativo. *Ibid.*, pp. 255–256.

⁷¹ A. Miller, *loc. cit.*

⁷² La exclusión de las acciones colectivas no es vista con buenos ojos por los tribunales de los EE UU: *vid.* T. Eisenberg, G. Miller y E. Sherwin, *loc. cit.*, p. 890: “Las empresas parecen reconocer que las exclusiones de acciones colectivas son vulnerables desde el punto de vista legal, y políticamente controvertidas, por lo que incluyen tales exclusiones sólo cuando pueden ser disfrazadas en el marco de una cláusula arbitral pretendidamente pro-consumidor”.

⁷³ *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974).

⁷⁴ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985) (las demandas *anti-trust* son arbitrables).

⁷⁵ *Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987) (las demandas de inversores al amparo de la *Securities Exchange Act* de 1934 son arbitrables).

⁷⁶ *Vid.*, *v.gr.*, el asunto *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427, 435 (1953): “cuando el adquirente de valores excluye su derecho de demandar ante órganos jurisdiccionales, en previsión de cualquier violación de la *Securities Act*, renuncia a más de lo que hace cualquier otra persona que participe en cualquier otra transacción comercial. El adquirente de valores goza de un ámbito superior de elección del tribunal. De esta forma, renuncia a una de las ventajas que le proporciona la *Act*, y lo hace en un momento en el que es poco capaz de juzgar los obstáculos que la *Securities Act* pone a su adversario”. Esta perspectiva no se encuentra en decisiones más recientes, sobre las cuales *vid. infra*, en las siguientes notas y en texto. La decisión finalmente fue directamente revocada por *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*, 490 U.S. 477, 484 (1989).

⁷⁷ *Mitsubishi*, 473 U.S., p. 626, citando el asunto *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*, 460 U.S. 1, 24–25 (1983). La orientación del tribunal es que “acordando arbitrar una reclamación legal, una parte no renuncia a los derechos sustantivos que ofrece la ley, sino que sólo se somete a la resolución de un tribunal arbitral, en lugar de a un foro judicial. Puede negociar los procedimientos y la posibilidad de la revisión por un tribunal, para la simplicidad, informalidad, y la rapidez del arbitraje”: *id.*, p. 628. La arbitrabilidad de las demandas de consumidores se ha confirmado recientemente por la decisión *Compucard Corp. v. Greenwood*, 132 S. Ct. 665 (U.S. 2012), que remitió al arbitraje a la luz de la *Credit Repair Organizations Act (CROA)*, 15 U. S. C. §1679, sosteniendo que esta norma no proporciona a los consumidores el derecho de interponer la demanda en un “tribunal de Derecho”.

⁷⁸ *Vid.* J. Senderowicz, “Consumer Arbitration and Freedom of Contract: A Proposal to Facilitate Consumers’ Informed Consent to Arbitration Clauses in Form Contracts”, *Colum. J.L. & Soc. Probs.*, vol. XXXII, 1998–1999, pp. 275 ss; M. Glover, *loc. cit.*

trabajo⁷⁹, y en el asunto *Carnival Cruise*, en el que se reconoció una elección de foro “razonable” contenida en un contrato modelo entre una línea de crucero y dos consumidores⁸⁰. Estas decisiones permitieron sentar las bases para que se dictaran decisiones como *Allied–Bruce*⁸¹ y *Doctor’s Associates*⁸², en las que se respalda un fenómeno en expansión: la inserción de cláusulas arbitrales en condiciones generales de contratos B2C. Ambas decisiones, de hecho, invalidaban las leyes estatales que protegían a la parte débil (consumidores, franquiciados) de los acuerdos de arbitraje impuestos por la contra–parte fuerte. La política federal de favorecer el arbitraje que establecía la *FAA*, apoyada por la *Supremacy Clause*⁸³, resultó determinante: los acuerdos de arbitraje están “en pie de igualdad”⁸⁴ respecto a cualquier otra cláusula contractual, y no puede ser sometida a disposiciones discriminatorias, incluso aunque su *ratio* sea protectora. De ahí derivó que los consumidores puedan verse obligados a someter la controversia a arbitraje, evitando que las empresas sean demandadas en acciones colectivas ante un tribunal jurisdiccional⁸⁵. Los abogados de empresa habían conseguido con ello una importante victoria, pero la historia no acaba aquí.

Los abogados de los demandantes también tienen imaginación, y descubrieron una nueva alternativa, cuando las condiciones generales contienen una cláusula arbitral, para mantener la posibilidad de interponer una acción colectiva. Si la cláusula no permite la acción colectiva, argumentaron, cabe la posibilidad de interponer la demanda ante un tribunal arbitral. El único obstáculo a tal efecto era que ninguna cláusula arbitral contenía una autorización explícita para actuar colectivamente, de forma que se planteaban dos cuestiones: si cabe un arbitraje

⁷⁹ *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991). Con ello ignora la posibilidad de que el empleado y el empleador tienen posiblemente una posición negociadora y un poder desigual: *vid. J. Senderowicz, loc. cit.*, pp. 280–284.

⁸⁰ *Carnival Cruise Lines v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991). El agudo contraste con las normas europeas no puede ser más evidente: tanto los consumidores como los trabajadores no pueden ser apartados de su “juez natural”, el del lugar de su domicilio, por medio de una cláusula de elección de tribunal: *vid. arts. 17 y 21 del Reglamento 44/2001*, e *infra*, apartado IV.

⁸¹ *Allied–Bruce Terminix Cos. v. Dobson*, 513 U.S. 265, 281 (1995): “Los Estados pueden regular los contratos, incluyendo las cláusulas arbitrales, conforme a principios generales de Derecho contractual, y pueden invalidar una cláusula arbitral por los motivos que la ley o la *equity* disponga para revocar cualquier contrato (9 U.S.C. § 2). Lo que los Estados no pueden hacer es decidir que un contrato es suficientemente justo para que se consideren eficaces todas sus cláusulas básicas (precio, servicio, crédito), pero no la cláusula compromisoria”.

⁸² *Doctor’s Assocs. v. Casarotto*, 517 U.S. 681 (1996) (citando *Allied–Bruce*): “los tribunales no pueden (...) anular acuerdos de arbitraje en aplicación de leyes Estatales aplicables únicamente a disposiciones arbitrales”.

⁸³ Art. VI. 2 de la Constitución de EE UU. *Vid. Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984) (la *FAA* prevalece sobre las leyes estatales que resulten contrarias).

⁸⁴ *Allied–Bruce*, 513 U.S., p. 281.

⁸⁵ *Vid.* también M. Budnitz, *loc. cit.*, pp. 148–149, advirtiendo el impacto de las exclusiones de acciones colectivas sobre los costes del arbitraje.

colectivo cuando la cláusula guarda silencio al respecto, y quién adopta la correspondiente decisión. La respuesta vino de la mano de pionera decisión *Bazzele*⁸⁶, dictada por el Tribunal Supremo en 2003. Los magistrados declararon⁸⁷ que la cuestión de si un acuerdo de arbitraje permite un arbitraje colectivo respecto del cual guarda silencio, debe decidirla los propios árbitros⁸⁸. Esta conclusión quizás se ha llevado un poco más lejos de lo que realmente pretendía decir, y se ha saludado como un hito que respalda que una cláusula arbitral que no se pronuncia sobre la viabilidad del arbitraje colectivo permite tal arbitraje colectivo⁸⁹. En cualquier caso, el Tribunal Supremo reconoció plenamente una nueva especialidad estadounidense: el arbitraje colectivo⁹⁰. A partir de este momento –y no antes– las instituciones arbitrales de EE UU comenzaron a elaborar normas para los arbitrajes colectivos⁹¹.

La historia se repitió una vez más, sólo que esta vez ante un tribunal arbitral: las empresas se enfrentaban a la amenaza de procedimientos colectivos y ensayaron vías para evitarlos. Lo que los abogados de empresa hicieron es insertar en las condiciones generales cláusulas arbitrales bilaterales con exclusión de acciones colectivas y arbitrajes colectivos. El movimiento no pasó desapercibido, y la

⁸⁶ *Green Tree Financial Corp. v. Bazzele*, 539 U.S. 444 (2003). *Vid.*, sin embargo, la reciente decisión *Stolt-Nielsen S.A. v. Animal Feeds International Corp.*, 130 S.Ct. 1758 (2010). *Vid.*, también, S.I. Strong, “Does Class Arbitration”, *loc. cit.*

⁸⁷ La opinión del tribunal fue redactada por Justice Breyer, al que se unieron Scalia, Souter and Ginsburg. Justice Stevens redactó una opinión parcialmente disidente, pero finalmente asumió la postura mayoritaria. *Bazzele*, 539 U.S., p. 455.

⁸⁸ *Bazzele*, 539 U.S., p. 451.

⁸⁹ Ello es así, en parte, porque ciertos árbitros comenzaron a permitir arbitrajes colectivos basándose sin más en las decisiones *Bazzele* y post-*Bazzele*, sin interpretar adecuadamente el acuerdo. *Vid.*, *infra*, notas 105–106 y la decisión *Stolt-Nielsen*.

⁹⁰ En el asunto *Bazzele*, el tribunal también advirtió que los costes del arbitraje podrían impedir que el consumidor ejercite de forma efectiva sus derechos sustantivos (y ser, así, inválidos). Para evitar este peligro, se comenzaron a redactar las cláusulas arbitrales de forma que se minimizara la carga financiera para el consumidor. Esto también se ha realizado por instituciones arbitrales, tales como la *AAA–Consumer–Related Disputes Supplementary Procedures*, en vigor desde septiembre de 2005. *vid.*, D. Bates, “A Consumer’s Dream or Pandora’s Box: Is Arbitration a Viable Option for Cross–Border Consumer Disputes?”, *Fordham Int’l L.J.*, vol. XXVII, 2004, pp. 834 ss. *Vid.* también *Buckeye Check Cashing Inc. v. Cardegna*, 546 U.S. 440 (2006), decisión que es a menudo citada en relación con la doctrina de la separabilidad de los acuerdos arbitrales, pero también zanjó una disputa en materia de consumo. En palabras de N. Reich, “More clarity after ‘Claro?’”, *E.R.C.L.*, 2007, p. 51, “La protección del consumidor (...) depende de la intención de los árbitros de aplicar y hacer valer las disposiciones que protegen a los consumidores en el Derecho estatal; sus laudos no están sujetos a la crítica pública y al debate académico (*vid.* también pp. 49–52).

⁹¹ *Vid.*, *v.gr.*, las *AAA–Supplementary Rules for Class Arbitration*, en vigor desde octubre de 2003; las *JAMS Class Action Procedures*, vigentes desde el 1 de mayo de 2009. Las normas de la *AA* para arbitrajes colectivos se asemejan de forma importante a la Regla 23 FRCP, mientras que las normas de la *JAMS* hacen referencia explícita a la Regla 23. El arbitraje colectivo no comenzó en 2003, pero el asunto *Bazzele* abrió las compuertas.

eficacia de tales exclusiones en los diversos tribunales federales y estatales no fue uniforme. Entre los más protectores con los consumidores se encuentran los tribunales de California, que se pronunciaron en contra de la eficacia de tales prohibiciones de acciones colectivas y de arbitrajes colectivos e impusieron procedimientos colectivos⁹². En este punto es donde interesa detenernos por un momento, y donde comienza la saga *Concepcion*.

Quizás ajenos a todas estas complejidades legales, los *Concepcion* adquirieron un teléfono móvil de *AT&T Mobility*, atraídos por el anuncio de un “teléfono gratuito⁹³”. Algunos meses después, sin embargo, descubrieron en las facturas que se les había cargado una cantidad de 30\$ en concepto de IVA por los dos teléfonos “gratuitos”. Como consumidores estadounidenses bien adiestrados, los *Concepcion* echaron los dados y demandaron a *AT&T* por publicidad engañosa y fraude. Pero no fueron los únicos en adoptar esa decisión, y así, varios individuos se personaron, consolidando una acción colectiva contra *AT&T*. La compañía trató de oponerse, invocando los acuerdos de arbitraje contenidos en los contratos de telefonía móvil, y solicitando al órgano jurisdiccional declinar su competencia a favor del arbitraje. Estas cláusulas, por extraño que parezca, impedían a los consumidores plantear sus demandas colectivamente, y expresamente privaban al tribunal arbitral de tal competencia⁹⁴. La única opción que quedaba al consumidor era la de un arbitraje bilateral individual. En aplicación de la ley californiana⁹⁵, tanto el Tribunal del Distrito⁹⁶ como la Corte de Apelación del Noveno Distrito⁹⁷ consideraron ineficaces tales cláusulas, desestimando las alegaciones de *AT&T* y afirmando la competencia del tribunal.

⁹² *Vid. Discover Bank v. Superior Court*, 30 Cal. Rptr. 3d 76 (2005). J. Rizzardi, “Discover Bank v. Superior Court of Los Angeles”, *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. XXI, 2005–2006, p. 1093; M. Nelson, “Discover Bank v. Superior Court: The Unconscionability of Classwide Arbitration Waivers in California”, *Am. J. Trial Advoc.*, vol. XXX, 2006–2007, pp. 656–660. Mientras el Tribunal Supremo anulaba leyes estatales dirigidas específicamente a las cláusulas arbitrales (*vid. supra*, notas 82 y 83), los tribunales californianos se basaban en la teoría general de la falta de consentimiento: “Un acuerdo por escrito de someter a arbitraje la controversia derivada de un contrato, transacción o negativa, será válido, irrevocable y ejecutable, salvo por las causas previstas en Derecho o en *equity* para la revocación de cualquier contrato”. Como veremos, sin embargo, esto no fue suficiente para el Tribunal Supremo.

⁹³ *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S. Ct. 1740, 1742 (U.S. 2011).

⁹⁴ Un texto normativo que imponía el arbitraje y contenía la siguiente disposición: “ningún árbitro tiene competencia para (...) admitir arbitraje colectivo”. *Laster v. T-Mobile USA, Inc.*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 103712, *7 (S.D. Cal. Aug. 11, 2008). Interesa advertir que, para cumplir con los requisitos dispuestos en *Bazzele, supra*, nota 92, la cláusula compromisoria predispuesta por AT&T minimizaba los costes del arbitraje de la controversia para el consumidor: el verdadero propósito de tal cláusula no era obstaculizar el ejercicio del derecho por parte del individuo particular, sino evitar acciones colectivas amplias. La cláusula arbitral en el asunto *Concepcion* no guardaba silencio en relación con el arbitraje colectivo, sino que lo excluía expresamente: de ahí que no cabía recurrir al asunto *Nielsen* (y no se hizo).

⁹⁵ *Discover Bank v. Superior Court*, 30 Cal. Rptr. 3d 76 (2005).

⁹⁶ *Laster v. T-Mobile USA, Inc.*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 103712 (SD Cal., Aug. 11, 2008).

⁹⁷ *Laster v. AT&T Mobility LLC*, 584 F.3d 849, 855 (2009).

El Tribunal Supremo no se mostró de acuerdo: admitió el recurso de *AT&T* y anuló la decisión del tribunal inferior con base en motivos prioritarios. *Justice Scalia*, en calidad de ponente, mantuvo que “la posibilidad de un arbitraje colectivo interfiere con las características fundamentales del arbitraje” y, así, debía prevalecer la *FAA* sobre normativa estatal contraria a esta norma⁹⁸. El Tribunal, de hecho, consideró que el arbitraje, tal y como se concibe en la *FAA*, es algo informal, de escasa participación y ontológicamente bilateral, mientras las complejidades de un arbitraje colectivo desnaturalizaría tal “pureza⁹⁹”. Esta imagen que el Tribunal dibuja en relación con el arbitraje seguramente choca, por su desconexión con la realidad del arbitraje actual¹⁰⁰.

Sin embargo, y sin tomar en consideración los fundamentos de la decisión, el impacto de esta decisión es potencialmente epidémico. Aunque la solución del caso se centró en la cuestión de la prevalencia de la ley federal sobre la ley estatal, las consecuencias son mayores. Da luz verde a las cláusulas arbitrales insertas en condiciones generales que imponen procedimientos bilaterales y excluyen tanto el arbitraje colectivo como las acciones colectivas¹⁰¹. Un consumidor se verá con la única opción de plantear su demanda de forma individual, esto es, sin ninguna opción. Si se confirma la tendencia, puede marcar el final de las acciones colectivas de consumidores en EE UU tal y como se conocen¹⁰².

⁹⁸ La sección 2 de la *Federal Arbitration Act* de 1925 (codificada en 9 U.S.C. § 2), dispone que un acuerdo por escrito de arbitraje “es válido, irrevocable y ejecutable, salvo por las razones previstas en las normas o por la *equity* para la revocación de cualquier contrato”. El tribunal sostuvo también que las “acciones colectivas incrementan de forma importante los riesgos para los demandados” y que “no se adapta a la litigación colectiva de amplia participación”: *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S. Ct. 1740 (U.S. 2011).

⁹⁹ Las siguientes son algunas de las frases que caracterizan la opinión del tribunal: “la informalidad de los procedimientos arbitrales es deseable en sí, porque reduce los costes e incrementa la rapidez de la resolución de la controversia” *AT&T Mobility Corp.*, 131 S.Ct., p. 1749. “El cambio de un arbitraje bilateral a uno colectivo sacrifica la principal ventaja del arbitraje –su carácter informal– y comporta que el proceso sea más lento, más costoso y más proclive a generar lagunas procesales”: *id.*, p. 1752. “El arbitraje no se adapta a acciones colectivas con alta participación”, *id.*, p. 1752.

¹⁰⁰ *Vid.*, v.gr., las críticas de G. Born y C. Salas, *loc. cit.*

¹⁰¹ Esta idea ya se encontraba en mente de los operadores jurídicos, como evidencia el breve artículo de E.W. Dunham, “The Arbitration Clause as Class Action Shield”, *Franchise L.J.*, vol. XVI, 1996, p. 141. El hecho de que el objetivo global de las cláusulas arbitrales en contratos de consumo es el de evitar las acciones colectivas se evidencia por el autor. “Sin embargo, recientemente, algunos tribunales, como los de California, han dispuesto que las exclusiones de acciones colectivas no son eficaces. Los abogados de empresa han respondido a estas decisiones adversas suavizando otras cláusulas propias del arbitraje, pero conservando la exclusión de la acción colectiva, (...) sugiriendo que el recurso a arbitraje constituye una cobertura protectora frente a la exclusión de las acciones colectivas”: cf. T Eisenberg, G. Miller y E. Sherwin, *loc. cit.*, pp. 893–894.

¹⁰² La decisión *Concepcion* no solo afecta a las controversias de consumo, pues cubre toda disposición estatal posible que excluya de las cláusulas arbitrales la viabilidad de una resolución colectiva de la controversia. Nada impide, en principio, que el Congreso intervenga normativamente, para refirmar la

No obstante, se impone cierta precaución: como antes se ha indicado, en las últimas décadas, los demandados han tratado de evitar las acciones colectivas, mientras los demandantes siguen persiguiéndolas. Dado que los tribunales han reaccionado a esta competición con distintas sensibilidades, es posible que algunos de ellos permitan a los consumidores presentar demandas colectivamente¹⁰³, aunque probablemente en forma de acción colectiva y no de arbitraje colectivo¹⁰⁴. Pero hasta que llegue ese momento, el arbitraje colectivo se ha visto se-

FAA de 1925 y proteger a las partes débiles, pero esto resulta bastante improbable. *Vid., v.gr., C. Drahozal, loc. cit.*, pp. 255–256, y nota 71, *supra*.

¹⁰³ S.I. Strong, “Resolving Mass Legal Disputes”, *loc. cit.*, pp. 945–946, sugiere que “los tribunales federales no son los únicos que ya han mostrado su disposición a combatir las exclusiones por otros motivos, que incluyen el orden público, sino que los tribunales estatales también han encontrado vías para evitar la doctrina *AT&T*, como ha ocurrido en otros contextos”. No obstante, quizás no ocurra en arbitrajes colectivos después de la otra controvertida decisión del Tribunal Supremo en *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds International Corp.*, 130 S.Ct. 1758 (2010). El Tribunal sostuvo, limitando en cierto modo la propia doctrina que sentó en *Bazzle*, que el consentimiento al arbitraje colectivo no puede implicar únicamente la existencia de un acuerdo arbitral. En otras palabras, los árbitros no pueden basarse únicamente en los asuntos *Bazzle* y post-*Bazzle*: deben “hacer sus deberes”, y justificar que hay un consentimiento implícito al arbitraje colectivo por otras razones (por ejemplo, interpretando la cláusula arbitral en este sentido). *Vid.* S.I. Strong, “Resolving Mass Legal Disputes”, *loc. cit.*, pp. 936–939 y p. 946. Parece que cabe excluir que la decisión del Tribunal Supremo vaya tan lejos como para exigir que el consentimiento al arbitraje colectivo sea expreso (*ibid.*).

¹⁰⁴ Anulando el acuerdo arbitral por completo. *Vid., v.gr.*, la decisión reciente de la Corte de Apelación del Segundo Distrito en *Italian Color Restaurant v. Am. Express Travel Related Servs Co. (In re Am. Express Merchants’ Litig.)*, 667 F.3d 204 (2d Cir. 2012), *reh’g en banc denied sub nom., Nat’l Supermarkets Ass’n v. Am. Express Travel Servs Co. (In re Am. Express Merchants’ Litig.)*, 681 F.3d 139, 2012 U.S. App. LEXIS 10815 (2d Cir., May 29, 2012). Aquí, la Corte de Apelación, en prevención del Tribunal Supremo, diferenció entre *Stolt-Nielsen* y *Concepcion*: “nuestra opinión anterior se abstuvo de ordenar a las partes someter la controversia a arbitraje colectivo, permitiendo, en su lugar, a *Amex*, elegir entre un litigio jurisdiccional y un arbitraje. *Stolt-Nielsen* sencillamente impide a todo tribunal que obligue a las partes a someter a arbitraje colectivo si la cláusula arbitral guarda silencio a tal respecto. Lo que conduce a la cuestión de cómo proceder en adelante. Como se ha indicado anteriormente, estamos convencidos de que si los demandantes no pueden presentar sus alegaciones de violaciones del Derecho de la competencia colectivamente, resulta económicamente imposible para los demandantes tratar de invocar sus derechos legales federales. Como los demandados no pueden presentar estas demandas en forma de arbitraje colectivo, pueden hacerlo a través de una acción judicial colectiva o no hacerlo. Si no se les permite presentar una acción judicial colectiva, entonces se verán efectivamente privados de la protección de la normativa federal *antitrust*. El demandado, así, se encontrará inmune frente a supuestos de responsabilidad por actos contrarios a la libre competencia, introduciendo en sus contratos de adhesión cláusulas arbitrales que excluyan el arbitraje colectivo, con independencia de que la disposición prohíba expresamente o no el arbitraje colectivo. De esta forma, a la luz del hecho de que la disposición arbitral en cuestión no permita en este caso el arbitraje colectivo, según *Stolt-Nielsen* y lo que de ésta decisión deriva, si la disposición fuese ejecutada, privaría a los demandantes de los derechos que les confiere la ley. Concluimos que esta cláusula arbitral no es efectiva. Nos remitimos al tribunal de distrito con la instrucción de que deniegue la solicitud del demandado de que la controversia sea sometida a arbitraje (se han omitido las citaciones internas”. *Id.*, p. 219. *Vid.*, sin embargo, *Coneff v. AT&T Corp.*, 673 F.3d 1155, 1159 (9th Cir., Jan. 9, 2012), diferenciando la decisión del Segundo Distrito sobre la base de que “lo que importa no es tanto que los consumidores no cuenten con *medios* efectivos para hacer valer sus

riamente restringido como medio de reivindicar los derechos de los consumidores¹⁰⁵.

Concluyendo y resumiendo lo que ha puesto de relieve hasta este momento, los EE UU podrían no ser (¿nunca más?) el lugar donde encontrar una solución a la búsqueda de un foro global en litigios de consumidores, tanto por la creciente auto-limitación, como por el hecho de que los tribunales sostendrán la eficacia de las cláusulas individuales de arbitraje que restringen la posibilidad de perseguir remedios colectivos. Si los consumidores de EE UU están experimentando en la actualidad algunas barreras, debemos admitir que los consumidores europeos tampoco están mucho mejor situados.

IV. En la otra orilla del Océano

En Europa, las características del “excepcionalismo americano” han elevado más de una ceja durante un largo periodo de tiempo. Incluso en un país como Inglaterra, que goza de una tradición más próxima, en términos de *common law* y de los principios que lo inspiran, determinadas especialidades nunca se han admitido y han sido objeto de amargas reacciones¹⁰⁶. El “*Private Attorney General*” no es una excepción, pues la filosofía básica y tradicional subyacente en Europa es que los intereses públicos deben ser protegidos y reivindicados por medios públicos, y no confiados a litigantes privados¹⁰⁷.

derechos, sino que los consumidores no tienen suficientes *incentivos* para hacerlo”, lo que no debería resultar suficiente para obviar la presunción a favor de la arbitrabilidad que dispone la *FAA*.

¹⁰⁵ Si se permite a los consumidores presentar una acción colectiva, por ejemplo, anulando un acuerdo arbitral restrictivo, el demandado extranjero encontrará los mismos obstáculos que se han mencionado antes con relación a las acciones colectivas en general: *Empagran* y *Morrison*. Así, las acciones colectivas deberían ser una alternativa válida para consumidores domésticos; pero esto es de poca ayuda en nuestra búsqueda de un único foro.

¹⁰⁶ Para un ejemplo de qué medidas pueden adoptar los Estados cuando sienten el aliento de jurisdicciones extranjeras demasiado cerca de su soberanía, conviene recordar la época, no tan lejana, de las normas sobre reembolso (*claw-back statutes*) que se adoptaron en respuesta al amplio alcance de la jurisdicción de los EE UU en materia de defensa de la competencia, o para proteger a las aseguradoras del Reino Unido. Vid. J. Neuhaus, “The British Clawback Statute under International Law”, *Col. L. Rev.*, vol. LXXXI, 1981, pp. 1097–1113. O la norma penal francesa de 1986 que se aplicó (aparentemente solo en una ocasión) para multar a un abogado en el asunto *In re Advocat Christopher X*, resuelto por la *Cour de Cassation, Chambre Criminelle*, nº 07–83228, el 12 de diciembre de 2007. Vid. S. Ber- man, “Cross-border Challenges for e-Discovery”, *Business Law Int'l*, vol. XI, 2010, pp. 127–128.

¹⁰⁷ G. Walter, en “Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland”, *Duke J. Comp. & Int'l L.*, vol. XI, 2011, pp. 378–379, describe esto claramente: “La mayor parte de los problemas de ilícitos masivos (europeos) se resuelven prioritariamente por el legislativo o por instituciones administrativas, los cuales, ambos, son mucho más capaces que nuestros tribunales de manejar en sus decisiones la política abstracta subyacente en tales casos. Si un litigio relativo a un ilícito masivo es necesario, nuestros sistemas proporcionan a menudo instrumentos adecuados para manejarlo. Por ello, las sugerencias de introducir

Al mismo tiempo, bajo la *aegis* y los auspicios de la Unión Europea, los EEMM están descubriendo que algunas de las rarezas de las respuestas de los EE UU podrían no serlo tanto. En el área del mercado único se han detectado aproximaciones a las acciones colectivas¹⁰⁸, al *discovery* e incluso a los *punitive damages*¹⁰⁹; en algunas ocasiones, sólo en los Libros verdes y blancos de la Comisión de la UE, en otras, también en normas europeas o estatales¹¹⁰. Estos experimentos no están extendidos, sino limitados a materias particulares donde se ha considerado que era indispensable articular nuevas soluciones. Como ejemplos, los esfuerzos hechos para encontrar mecanismos efectivos para las acciones privadas en materia *antitrust*¹¹¹ y en el ámbito específico de la propiedad industrial¹¹².

acciones colectivas han sido muy escasos, y limitados a acciones de consumidores. Sin embargo, R. Eckhardt, *loc. cit.*, p. 667, propone un ejemplo significativo, aunque antiguo, de ineficiencia de la burocracia y las autoridades públicas, el asunto *The Holland Furnace Company*, en el que la *Federal Trade Commission* tardó veintinueve años en ordenar el cese de prácticas de publicidad engañosa. M. Taruffo, *loc. cit.*, pp. 413–417 da cuenta de algunos de los elementos que explican las resistencias frente a la introducción de mecanismos de acciones colectivas.

¹⁰⁸ *Vid.*, con carácter general, H. Micklitz y F. Cafaggi, *loc. cit.*, p. 391.

¹⁰⁹ En realidad, existe una amplia crítica y oposición a los *punitive damages* en Europa. Sin embargo, resulta significativo que algunos informes hayan comenzado a citarlos como una posibilidad. *Vid.*, por ejemplo, “Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (Libro Verde), presentado por la Comisión el 19 de diciembre de 2005 (COM/2005/0672 final), p. 7: “en las infracciones de carteles horizontales podría considerarse doblar los daños y perjuicios de manera automática, condicional o a discreción del tribunal”. Esta frase, no obstante, fue eliminada en el subsiguiente Libro Blanco “Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, de 2 de abril de 2008, COM/2008/0165.

¹¹⁰ *Vid.* R. Nagareda, *loc. cit.*, p. 26, advirtiendo “la semejanza entre la situación actual europea y el contexto en el que se realizaron las reformas de 1966 en EE UU a las normas federales de procedimiento civil (*Federal Rules of Civil Procedure*)”.

¹¹¹ *Vid.* el Libro Blanco de la Comisión “Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, de 2 de abril de 2008, *cit. Vid.* N. Trocker, “Class actions negli Usa – e in Europa?”, *Contratto e impr./Europa*, 2009, p. 178.

¹¹² *Vid.* Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DO L 157 de 30.4.2004). *Vid.* A. Frignani, “Le nuove norme in tema di proprietà industriale”, *Il dir. ind.*, 2011, pp. 1 ss, esp. p. 10; M.S. Spolidoro, “Profili processuali del codice della proprietà industriale”, *Il dir. ind.* 2008, p. 174; L. Benvenuto, “Il sistema della discovery e del diritto di ‘informazione’ nel codice di proprietà industriale”, *Riv. dir. industriale*, 2007, p. 108. *Vid.* también, en Inglaterra, CPR 31 *Disclosure and Inspection of Documents* e CPR 25(1)(h), que permite al juez emitir una orden de búsqueda (*search order*, antiguamente *Anton Piller order*). Sobre las profundas diferencias entre la *discovery* de EEUU y la *disclosure* de Inglaterra, *vid.* G. Hazard, “Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions”, *Notre Dame L. Rev.*, vol. LXXIII, 1997–1998, pp. 1677–1682. Países como Alemania e Italia autorizan al juez a ordenar a las partes o a terceras partes exhibir determinados documentos: *vid.*, por ejemplo, el § 142 ZPO (*Zivilprozessordnung*: Ley sobre procedimiento civil) y el art. 210 del Código italiano de procedimiento civil, pero no hay mecanismos efectivos para obligar a tal aportación: *vid.* B. Ficarelli, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, pp. 253 ss; O. Chase, H. Hershkoff, L. Silberman, Y. Taniguchi, V. Varano y A. Zuckerman, *loc. cit.*, pp. 207–240.

Las acciones colectivas de consumidores son parte de esta tendencia europea. Los consumidores europeos son uno de los sujetos preferidos de la constante y cada vez más intensa protección que proporcionan las legislaciones de la UE y de los EEMM, tanto a un nivel sustantivo como procesal¹¹³. Todo comenzó en los años 80, con disposiciones relativas al derecho de información y retracto de los contratos B2C más problemáticos, tales como los negociados fuera de los establecimientos comerciales¹¹⁴. A partir de entonces, en los veinticinco años siguientes, se dispuso todo un conjunto de garantías¹¹⁵, con disposiciones dirigidas a, entre otras cosas, proporcionar información y educación a los consumidores, perseguir las cláusulas contractuales abusivas y garantizar remedios judiciales frente a las conductas comerciales desleales en acciones presentadas por asociaciones de consumidores¹¹⁶.

La idea de prestar protección a los consumidores puede considerarse, en su origen histórico, parte del resto de medidas que la UE ha adoptado para garantizar un mercado libre y competitivo, donde todos los participantes estén en pie de igualdad en el mayor grado posible. En la medida en que Europa ha avanzado hacia una consideración de sí misma que trasciende la mera unión económica, la protección de los consumidores adquiere casi una dimensión filosófica y constitucional, como ocurre también, por ejemplo, con la protección de datos personales.

A nivel procesal, deben ponerse de relieve dos instrumentos, el arbitraje colectivo y las acciones colectivas. Comenzando por aquél, cabe diferenciar el arbitraje impuesto legalmente del arbitraje ordinario. En algunos EEMM, de hecho, se ha aprobado, bajo la presión de la UE, procedimientos similares al

¹¹³ *Vid.*, con carácter general, F. Valguarnera, “Legal Tradition as an Obstacle: Europe’s Difficult Journey to Class Action”, *Global Jurist, Article*, vol. X, 2010, p. 10.

¹¹⁴ Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, DO L372 de 31.12.1985.

¹¹⁵ *Vid.* la última Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE, DO L 304 de 22.11.2011.

¹¹⁶ Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 1661 de 11.6.1998), derogada por la reciente Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (versión codificada) Texto pertinente a efectos del EEE, DO L 110 de 30.5.2009. La perspectiva de que las asociaciones sean capaces de presentar demandas de cesación, pero no demandas por daños, puede resultar un complemento de ayuda, pero no resulta particularmente atractivo ni efectivo en términos de disuasión: *contra*, G. Walter, *loc. cit.*, pp. 375–376. Su papel, aunque importante, debe reforzarse con la litigación “altruista” privada: *cf.* M. Taruffo, *loc. cit.*, pp. 417–420.

arbitraje o conciliadores para intentar resolver controversias entre consumidores y empresas fuera de los tribunales, por lo general ante una autoridad gubernamental o bajo un control judicial estricto. No se analizará aquí este tipo de casos¹¹⁷. Se prestará atención únicamente a las cláusulas compromisorias que se insertan en condiciones generales de contratos que se imponen a los consumidores sobre la base de “lo tomas o lo dejas”.

La normativa básica la constituye la Directiva del Consejo 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados por consumidores¹¹⁸, transpuesta de forma dispar a nivel nacional¹¹⁹. La lista ejemplificativa de cláusulas presuntamente abusivas que contiene el Anexo a la Directiva incluye las cláusulas que tienen por objeto “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante”¹²⁰. La cuestión de la validez de las cláusulas compromisorias insertas en contratos de consumo se ha suscitado en repeti-

¹¹⁷ Sobre la diferencia entre arbitraje obligatorio legal y arbitraje “de empresa” obligatorio, J. Sternlight, “Creeping Mandatory Arbitration”, *loc. cit.*, p. 1647. A menudo, estos procedimientos son sólo un primer paso, aunque en ocasiones obligatorio, antes de poder recurrir a un tribunal. *Vid.*, también, N. Trocker, “Le clause arbitrali nei contratti dei consumatori: quale ruolo per il giudice ordinario?”, F. Auletta *et al.* (Eds.), *Sull’arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Jovene, 2010, pp.846–847. Y *vid.* H. Micklitz y F. Cafaggi, *loc. cit.*, pp. 400–401, para un tratamiento de las cláusulas arbitrales en contratos de consumo en algunos EEMM.

¹¹⁸ DO L95 de 21.4.1993.

¹¹⁹ Italia, por ejemplo, transpuso la Directiva, en un primer momento, a través de la Ley nº 52, de 6 de febrero de 1996, introduciendo los arts. 1469 *bis* ss. en el Código civil italiano. En la actualidad la regulación se encuentra en el “Código de Consumidores”, esto es, en el Decreto legislativo nº 206, de 6 de septiembre de 2005, publicado en la *Gazzetta Ufficiale* de 8 de octubre de 2005. La elección de una sanción para las cláusulas abusivas se dejó a la implementación estatal, y muchos EEMM han elegido un régimen especial de nulidad. *Vid.* N. Trocker, “Le clause arbitrali”, *loc. cit.*, pp. 846–847. *Vid.* también N. Reich, *loc. cit.*, pp. 44–49. En Italia, como en otros países, la nulidad solo puede declararse “a favor” de los consumidores, a solicitud del consumidor o por el juez, pero no en contra de la voluntad del consumidor. Las empresas no disponen de tal remedio. El consumidor, sin embargo, puede optar por reclamar la ejecución de la cláusula abusiva.

¹²⁰ Anexo a la Directiva 1993/13/CEE, ap. q). No todas las transposiciones estatales han reproducido esta fórmula. N. Trocker, “Le clause arbitrali”, *loc. cit.*, p. 858. La interpretación de la expresión “jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas” no es del todo clara. A la luz de la disposición de una “jurisdicción de arbitraje cubierta por las disposiciones jurídicas”, probablemente debería interpretarse como un arbitraje legal o como procedimientos ante el Defensor del pueblo (o similares). Este es el significado que, por ejemplo, le han dado los tribunales ingleses. *Vid.*, *Mylcryst Builders Ltd v. Buck*, [2008] EWHC 2172 at ¶54 (Ramsey J), declarando que “el arbitraje conforme a la *Act* de 2006 es un arbitraje cubierto por las disposiciones jurídicas”, y que la expresión “no se aplica con carácter general al arbitraje”. *Vid.* también J. Hörnle, “Legal Controls on the Use of Arbitration Clause in B2C E-Commerce Contracts”, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, 2008, pp. 24 ss, esp. p. 29, citando también una decisión alemana en el mismo sentido.

das ocasiones ante el Tribunal de Justicia, como también la cuestión de la validez del laudo arbitral resultante.

En la primera decisión, *Océano Grupo Editorial*, el Tribunal de Luxemburgo sostuvo que los tribunales de un EM tienen la potestad y el deber de evaluar de oficio si una cláusula arbitral es una cláusula abusiva¹²¹. El Tribunal continuó con *Mostaza Claro*, explicando que el control puede también ser efectuado en el trámite de ejecución del laudo arbitral, incluso cuando el consumidor no respondió en tiempo y forma la cláusula ante el tribunal arbitral, aceptando con ello la competencia de éste a la luz de la ley aplicable¹²². La declaración de invalidez de la cláusula arbitral en el procedimiento ejecutivo, sostuvo el Tribunal, se extiende directamente a la validez del laudo arbitral resultante¹²³.

En el asunto *Pannon*¹²⁴, no obstante, se suavizó la extrema doctrina derivada de *Mostaza Claro*. En primer lugar, el Tribunal sostuvo que “un contrato abusivo no vincula al consumidor, y, a ese respecto, no es necesario que el consumidor haya impugnado de antemano esa cláusula con éxito”. Y, en lo que respecta cómo se ejecuta tal invalidez, el Tribunal observó que “el tribunal estatal debe examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, cuando tenga los elementos fácticos y jurídicos necesarios para llevar a cabo esa tarea. Si considera que la cláusula es abusiva, no debe aplicarla, salvo que el consumidor se oponga a su inaplicación”. Finalmente, concierne al juez nacional y no al propio TJ, verificar si en la práctica una cláusula puede considerarse abusiva¹²⁵.

¹²¹ Asunto C-240/98, *Océano Grupo Editorial SA v. Rocío Murciano Quintero*, Rec., 2000, I-4941. Las normativas estatales no pueden impedir al juez decidir de forma que su resolución reduzca la eficacia del Derecho europeo y dificulte la garantía de la protección de los consumidores. *Vid.* también el Asunto C-473/00, *Cofidis SA v. Jean-Louis Fredout*, Rec., 2002, I-10875 (la legislación de la UE prevalece frente a disposiciones estatales que prohíben que un tribunal estatal declare el carácter abusivo de una cláusula contractual).

¹²² Asunto C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium S.L.*, Rec., 2006, I-10421, y la nota de F. Pastorelli, “Rilevabilità della nullità della clausola compromissoria in sede di impugnazione del lodo”, *Danno e responsabilità*, 2006, p. 875.

¹²³ Asunto C-168/05, *Mostaza Claro*, *cit.*, párrafo 39: “un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación”.

¹²⁴ Asunto C-243/08, *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Györfi*, Rec., 2009, I-4713.

¹²⁵ *Vid.* párrafos 42-43, Asunto *Pannon*: “Si bien es verdad que el Tribunal de Justicia, en (...) *Océano Grupo Editorial* (...) interpretó los criterios generales utilizados por el legislador comunitario para definir el concepto de cláusula abusiva, no lo es menos que no puede pronunciarse sobre la aplicación de estos criterios generales a una cláusula particular que debe ser examinada en función de las circunstancias propias del caso concreto. Incumbe al juez remitente, a la luz de lo que acaba de exponerse, determinar si una cláusula contractual puede ser calificada de abusiva en el sentido del art. 3, apartado 1, de la Directiva”.

En realidad, no es fácil proporcionar una respuesta generalizada a la admisibilidad del arbitraje de consumo en Europa, porque la Directiva se ha transpuesto, como suele ocurrir, de forma muy diversa en los distintos EEMM. Sin embargo, el principio de protección de los consumidores ha penetrado en el concepto europeo de orden público¹²⁶, incluso si no implica la nulidad inmediata de las cláusulas de arbitraje en los contratos de consumo. Una cláusula arbitral probablemente sea considerada abusiva por los jueces nacionales, excepto si se prueba que se negoció expresamente con el consumidor o, en la práctica, si en lugar de perjudicar a la parte débil resulta ventajosa para ella.

En este sentido, una cláusula que prevé un arbitraje colectivo *podría* ser considerada como una cláusula favorable, y eficaz: queda por ver, sin embargo, qué vendedor o proveedor de servicios osará a incluir tan peligrosa cláusula en sus contratos. Debe recordarse, de hecho, que en la mayor parte de los países la nulidad de las cláusulas sólo puede declararse a favor del consumidor. Y, como confirmó *Mostaza Claro*, el consumidor cuenta con la opción de invocar la nulidad de la cláusula arbitral en el procedimiento de ejecución del laudo, obteniendo la anulación de éste. Incluir una cláusula arbitral en las condiciones generales de un contrato puede ser un sinsentido para las empresas¹²⁷, porque en teoría permitirá al consumidor esperar al resultado del procedimiento arbitral para decidir, con el laudo ya en sus manos, si acepta el resultado o lo impugna, sobre la base del carácter abusivo de la cláusula arbitral¹²⁸.

También cabe avanzar un segundo argumento. Sin perjuicio de las especificidades estatales, que los consumidores no sean apartados de su foro “natural” constituye un principio de política legislativa *procesal* en Europa¹²⁹, tanto a nivel nacional como transnacional¹³⁰. Así las cosas, un consumidor no puede, por lo general, ser demandado ante un tribunal distinto al lugar de su domicilio (el “juez natural”), lo que puede constituir un obstáculo fundamental y, en consecuencia, comportar que el arbitraje de consumo no sea factible en Europa.

¹²⁶ *Vid.* N. Reich, *loc. cit.*, p. 60; F. Pastorelli, *loc. cit.*, p. 877.

¹²⁷ Por otra parte, no resultaría apropiado hacer semejante cosa para las empresas de la UE que desarrollan negocios en los EE UU.

¹²⁸ Además, como se ha visto claramente en relación con el desarrollo del arbitraje de consumo en los EE UU, la cuestión es que los consumidores intentan actuar colectivamente y las empresas tratan de enviar estos procedimientos. No es que las empresas pretendan acumular las acciones. Esta simple constatación hace incluso más improbable e idealista la posibilidad de ver una cláusula arbitral prevista en un contrato de adhesión que permita un arbitraje colectivo.

¹²⁹ *Vid.* arts. 16.º, 17 y 35.1º Reglamento 44/2001. Esto no es aceptado de forma unánime: *vid.* N. Reich, *loc. cit.*, p. 53.

¹³⁰ Lo que significa que los consumidores no solo tienen derecho a demandar y ser demandados en su país de residencia, sino también que, dentro de ese país, el tribunal territorialmente competente es el de su residencia.

Así, parece improbable que los EEMM vayan a permitir la inserción de cláusulas compromisorias individuales en los contratos de consumo, *rebus sic stantibus*. Por más que los arbitrajes colectivos podrían reforzar los derechos de los consumidores, la idea de que los consumidores puedan ser protegidos de igual manera por un tribunal arbitral que por un órgano jurisdiccional es aún ajena a la mentalidad de la mayor parte de los EEMM. En este sentido, la tendencia actual a otorgar plena autonomía de la voluntad para elegir el lugar y la forma de resolución de un conflicto se restringe a los contratos comerciales (B2B), a menos en el momento previo al de surgir el litigio. Dado que el arbitraje bilateral simple de consumo en Europa descansa sobre fundamentos tan frágiles e inciertos, seguramente el arbitraje colectivo no es algo que se vaya a ver en un futuro cercano¹³¹.

A pesar de ello, las acciones colectivas empiezan a extenderse a algunos de los EEMM, aunque con diferencias fundamentales respecto del modelo estadounidense. Resulta algo obvio afirmar, a fecha actual, que las acciones colectivas de los EE UU prosperaron sólo porque permitían la acumulación de acciones de demandados en situaciones semejantes. El resto de las características del procedimiento civil (estatal o federal) también contribuyó al éxito de los demandantes colectivos y sus abogados. Pero esta sencilla verdad no parece haber calado en sido Europa¹³². Las acciones colectivas típicas en Europa, si se han dispuesto mecanismos al efecto, habilitan procedimientos de *opting-in*¹³³, en sistemas legales donde los acuerdos sobre honorarios condicionales (*contingency fees*) están prohibidos o no están bien desarrollados, las costas procesales pueden ser adelantadas a menudo por los representantes colectivos, no cabe *discovery*, o sólo de forma rudimentaria y basada en solicitudes específicas, los *daños reco-*

¹³¹ La única excepción viene constituida por las *DIS-Supplemental Rules for Corporate Disputes* de 2009, las cuales, sin embargo, se han articulado específicamente para resolver las controversias entre (pocos) accionistas de sociedades de responsabilidad limitada (*GmbH*), cuando se impugna la validez de una sociedad o de las decisiones de sus órganos. Las normas están disponible en inglés en <http://www.dis-arb.de/scho/16/rules/dis-supplementary-rules-for-corporate-law-disputes-09-srcold-id15> (última fecha de consulta: 10 de julio de 2012). *Vid.* S.I. Strong, "Collective Arbitration Under the DIS Supplementary Rules for Corporate Law Disputes: A European Form of Class Arbitration?" (April 5, 2011). *ASA Bulletin*, vol. XXIX, 2011, p. 145; *University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2011-09*, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1803486> (última fecha de consulta: 10 de julio de 2012).

¹³² O, más bien, eligieron expresamente no hacerlo.

¹³³ *Vid.*, con carácter general, R. Mulheron, "The Case for an Opt-Out", *loc. cit.* *Vid.* también S. Is-sacharoff y G. Miller, *loc. cit.*, pp. 202-208, apuntando también a la correlación entre *opt-out* y su finalidad como medio para facilitar acuerdos entre los demandados. También, por supuesto, a su valor disuasorio. Cabría plantearse si el art. 6 CEDH (derecho de acceso a la justicia), así como otras disposiciones nacionales constitucionales que garantizan el derecho a la tutela judicial (tales como el art. 24 de la Constitución italiana) prohíben el mecanismo de *opt-out* o, al contrario, lo respaldan: *vid.* R. Mulheron, "The Case for an Opt-Out", *loc. cit.*, p. 426.

nocidos sólo abarcan la compensación y no una recompensa o un castigo¹³⁴. En realidad, la legislación de unos pocos EEMM dispone alguna de estas posibilidades¹³⁵, pero en principio el modelo adoptado es el de una acción colectiva “no-estadounidense”. Los operadores jurídicos podrían, además, no estar preparados para manejar instrumentos para resolver controversias y disuadir de conductas ilícitas tan complejos y políticamente marcados¹³⁶.

Es cierto que a pesar de carecer de esos rasgos, las acciones colectivas están llamando la atención de los consumidores europeos. Pero es dudoso, o al menos resulta demasiado apresurado afirmar¹³⁷, que demandantes americanos (y sus abogados)¹³⁸ vayan a acudir a Europa, atraídos por tales mecanismos¹³⁹. Por el

¹³⁴ Vid. R. Nagareda, *loc. cit.*, p. 2. Vid., con carácter general, F. Alleweldt *et al.*, “Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union. Final Report. Part I: Main Report”, August 26, 2008, disponible en http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreportevaluationstudy-part1-final2008-11-26.pdf (última fecha de consulta: 12 de julio de 2012).

¹³⁵ D. Hensler, “The Future of Mass Litigation: Global Class Actions and Third-Party Litigation Funding”, *Geo. Wash. L. Rev.*, vol. LXXIX, 2011, pp. 307–310. Un ejemplo es Portugal, con su *acção popular de opt-out*, la cual aún debe mostrar toda su capacidad: F. Valguarnera, *loc. cit.*, pp. 15–1. Vid. también R. Mulheron, “The Case for an Opt-Out”, *loc. cit.*, pp. 415–416 y 421–427, describiendo el “ombudsman” danés, y su bastante excepcional acción colectiva. Inglaterra ha preferido potenciar litigios de grupo con la *Litigation Order* de 2000. *Ibid.*, pp. 427–441. Vid., también R. Nagareda, *loc. cit.*, pp. 20–25.

¹³⁶ En Italia, el art. 140-bis del Decreto Legislativo nº 206, de 6 de septiembre de 2005 establece una acción colectiva para consumidores. Este artículo se añadió por el art. 2.446, de la Ley nº 244, de 24 de diciembre de 2007, y fue reformado en profundidad por el art. 49 de la Ley nº 99, de 23 de julio de 2009. Sobre la introducción de la acción colectiva en Italia, vid. C. Consolo y B. Zuffi, *L'azione di classe*, CEDAM, 2012; R. Donzelli, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Nápoles, 2011. N. Trocker, “Class actions negli Usa”, *loc. cit.*; R. Caponi, “Italian Civil Justice Reform 2009”, *ZZPInt*, vol. XIV, 2009, pp. 154–158. Para un comentario más reciente, vid. P. Schlesinger, “La nuova ‘azione di classe’”, *Corr. Giur.*, 2011, 4, p. 547; y G. Costantino y C. Consolo, “Prime pronunce e qualche punto fermo sull’azione risarcitoria di classe”, *Corr. Giur.*, 2010, 8, p. 985. Sobre el impacto del art. 140-bis en el Derecho internacional privado, vid. S. Bariatti, “Le azioni collettive dell’art. 140-bis del Codice del Consumo: Aspetti di diritto internazionale privato e processuale”, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2011, pp. 19 ss. En lo que respecta a este art. 140-bis, así como a los otros mecanismos de acción colectiva que se han establecido en Europa, es válido lo que afirmó hace tiempo el prof. Arthur Miller sobre la reforma de la Regla 23: “una norma debe ser concebida como un esqueleto procesal que requiere que los jueces y abogados aporten la carne, experimentando con ella en el mayor grado de circunstancias y con diversas vías innovadoras: cf. A. Miller, *loc. cit.*, p. 677.

¹³⁷ Como S. Issacharoff y G. Miller, *loc. cit.*, pp. 191–192 señalan, “analizar las acciones colectivas en Europa es como disparar a un objetivo en movimiento”.

¹³⁸ *Ibid.*, pp. 197–198: “Puede afirmarse sin temor que ninguno de los procedimientos de acción colectiva adoptados o propuestos en Europa en los últimos años no van a prosperar si no se compensa adecuadamente a los abogados”.

¹³⁹ La atención de la Comisión Europea hacia los mecanismos de solución colectiva de controversias está aumentando: vid. la Consulta Pública: Hacia un *Public Consultation: Towards a Coherent European Approach to Collective Redress*, SEC (2011) 173 (Feb. 4, 2011), disponible en http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0054/sec_2011_173_en.pdf. Parece que podría incluso haber lugar para alguna forma de supuesto de arbitraje colectivo en material de consumo, aunque el documento solo es una llamada a la atención a este respecto: vid. p. 8.

momento, si presentar una acción colectiva en Europa no resulta particularmente atractivo para los consumidores europeos, menos aún lo es para consumidores de fuera de la UE.

V. Una nueva esperanza, o quizás dos

Estudiosos de los mecanismos colectivos de resolución de controversias han llamado la atención sobre dos interesantes desarrollos que han tenido lugar en los últimos años en Canadá y los Países Bajos. No se refieren específicamente a demandas de consumidores, sino a acciones colectivas en general.

El interés del sistema canadiense¹⁴⁰ gira en torno a la *certificación* de una acción colectiva global¹⁴¹ en el asunto *Imax*, acordada por el Tribunal Superior de Ontario en diciembre de 2009¹⁴². Algunos inversores habían demandado a *IMAX*, que cotizaba tanto en el TSX como en el NASDAQ, por tergiversación del estado financiero de la sociedad, y las pérdidas económicas derivadas de ella. El tribunal de Ontario *certificó* la acción, admitiendo a todos los inversores que sufrieron daños, y no sólo a los que adquirieron sus acciones en la bolsa canadiense. Mientras tanto, se inició un procedimiento colectivo paralelo ante la Corte de Distrito de EE UU para el Distrito Sur de Nueva York¹⁴³, en el que *IMAX* propuso una transacción de 12\$ millones, que fue pre-aprobada por el Tribunal el 28 de marzo de 2012¹⁴⁴.

En el momento en que se redacta este trabajo, se ha conocido que la transacción ha obtenido la aprobación del juez de EE UU, condicionada a la decisión del tribunal de Ontario de excluir de la acción colectiva canadiense a todos los demandantes que hayan adquirido sus acciones en el NASDAQ. El juez canadiense, Van Rensburg, lo habría hecho el 19 de marzo de 2013, garantizando al demandado la posibilidad de revisar la acción, a fin de excluir a los compradores

¹⁴⁰ Para un resumen de la acción colectiva de Canadá, *vid.* P. Puri, *loc. cit.*

¹⁴¹ Se ha indicado que 85–90% de los casos los litigantes colectivos eran extranjeros: *vid.* T. Monestier, “Is Canada the New ‘Shangri-La’ of Global Securities Class Actions?”, *Nw. J. Int’l L. & Bus.*, vol. XXXII, 2012, pp. 328 ss.

¹⁴² *Silver v. IMAX et al.* (2009), 86 C.P.C. (6th) 273 (*certificación* de un procedimiento colectivo; rechazo a inadmitir las demandas de tergiversación con base en el *common law*); el recurso de apelación de *Imax* se denegó por la Corte Superior de Justicia en *Silver v. Imax*, 2011 ONSC 1035, (CanLII). *Vid.*, con carácter general, T. Monestier, *loc. cit.* La Corte Superior de Ontario es el tribunal que conoce de la demanda en primera instancia.

¹⁴³ *In re IMAX Securities Litigation*, Civil Action No. 1:06-cv-06128 (S.D.N.Y.).

¹⁴⁴ *Notice of Pendency and Proposed Settlement of U.S. Class Action*, 06-cv-06128, p. 1, disponible en <http://imaxussettlement.com/sites/default/files/engnotice.pdf> (última fecha de consulta, 10 de julio de 2012). La pendencia de estas dos acciones colectivas, que concurren parcialmente, muestra alguna de las dificultades a las que se enfrentan los casos transnacionales. Estas dificultades son mayores cuando las partes en ambos procedimientos son innominadas e indeterminadas.

del mercado de valores de EE UU, reduciendo con ello el alcance de la acción colectiva canadiense¹⁴⁵.

Este asunto muestra al mismo tiempo la disposición de un tribunal no estadounidense para actuar como tribunal global¹⁴⁶, y los problemas que pueden ocasionar las acciones colectivas concurrentes que se solapan¹⁴⁷. Además, este avance¹⁴⁸, que aún sigue en desarrollo, se limita al ámbito de los valores, y no se adivinan consecuencias inmediatas para las acciones en materia de consumo. Sin embargo, merece la pena mencionarlo en esta “búsqueda” de un foro global, como ejemplo significativo de la capacidad abstracta de un tribunal de proponerse como resolutor de conflictos en problemas globales colectivos¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Vid. el *Bulletin* “U.S. Settlement Reduces Global Class in Ontario Securities Class Action” de 21 de marzo de 2013, disponible en <http://www.blakes.com/English/Resources/Bulletins/Pages/Details.aspx?BulletinID=1698> (última fecha de consulta: 27 de marzo de 2013).

¹⁴⁶ El Tribunal advierte que la oposición de los demandados a la certificación de la acción colectiva se encuentra “cuestionada significativamente por su postura sobre los procedimientos que se abren frente a ellos en los EE UU. En estos procedimientos, estos demandados han defendido que Ontario es el foro competente para todas las demandas relativas a las normas impugnadas”: *Silver v. Imax*, 2011 ONSC 1035 (CanLII) at ¶59. Cf. P. Puri, *loc. cit.*, p. 1015: “Los tribunales de Ontario parecen dispuestos a asumir su competencia en procedimientos transfronterizos sin exigir que la mayor parte de los inversores sean residentes en Canadá”.

¹⁴⁷ El Tribunal afirma que “es cuestión de sentido común que los mercados de capitales canadiense y americano están integrados, y que hay una base legítima para que la ejecución sea posible tanto en Canadá como en EE UU, tanto por acciones legislativas como por demandas civiles. La manera en la que tiene lugar esta integración varía en función de cada caso. Sin duda, la integración no implica una prohibición en procedimientos colectivos que se solapan en diferentes foros”. *Id.*, ¶63. Sin embargo, también reconoce la existencia de procedimientos paralelos en EE UU, y concluye que “los procedimientos son y deben ser complementarios, para que las pretensiones de los demandantes puedan prosperar, para un proceso justo para demandantes y demandados, para un respeto a la independencia de los foros concernidos, y para una resolución integrada y eficiente de las demandas. Esto requiere sentido común, cortesía judicial y tutela judicial efectiva. No requiere una balcanización de los procedimientos colectivos, sino más bien una integración sensata de dichos procedimientos”. *Id.*, ¶65

¹⁴⁸ Otra acción colectiva prometedora, pendiente ante el Tribunal Supremo de Ontario, que puede dar lugar a una acción colectiva global es *Smith v. Sino Forest Corp.*, 2012 ONSC 24, 1 (Can.). La decisión del juez puede obtenerse online en <http://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2012/2012onsc24/2012onsc24.html> (última fecha de consulta, 27 de marzo de 2013). El caso es interesante también porque cuatro bufetes compiten por la misma acción colectiva. Dos firmas se han unido, y el juez ha admitido la acción conjunta, permaneciendo aún fuera las otras dos. Vid. P. Puri, *loc. cit.*, pp. 1004–1005 y 1017. El autor pone de relieve otros dos ejemplos en los que los tribunales canadienses han mostrado su disposición a actuar como tribunales globales: *Mondor v. Fisherman*, [2002] O.J.No. 5585, ¶ 6 (Can. Ont. Sup. Ct. J.) (QL) y *Abdula v. Canadian Solar*, 2011 ONSC 5105, *leave to appeal granted* 2012 ONCA 211 (Can.).

¹⁴⁹ La mayor parte de las acciones colectivas globales y domésticas son acciones colectivas en materia de valores. Vid. *supra*, nota 8. Vid. también T. Monestier, *loc. cit.* El autor identifica alguna de las cuestiones que aún deben ser resueltas, tales como la competencia sobre extranjeros, el reconocimiento y la ejecución, la determinación de la ley aplicable... Vid. también F. Weber y W. van Boom, “Dutch Treat: the Dutch Collective Settlement of Mass Damage Act (WCAM 2005)”, *Contratto e Impresa/Europa*, 2011, pp. 69 ss.

Un desarrollo aún más interesante es el que representa la ley holandesa de 2005 por la que se establece un mecanismo bajo el nombre de Resolución Colectiva de Demandas Masivas (*Wet collectieve afwikkeling massaschade*, en adelante *WCAM*). Esta vía holandesa de resolución colectiva de controversias intriga no sólo por su funcionamiento, sino también por su alcance potencialmente global¹⁵⁰.

En lo referente a la primera cuestión, la *WCAM* es básicamente una forma de transacción en demandas masivas que se negocia por las partes al margen del tribunal y deviene vinculante para toda la colectividad cuando es aprobada por el tribunal. En el proceso, que podría desarrollarse de forma paralela a un procedimiento judicial, los demandantes están representados por una o más fundaciones o asociaciones, preexistentes o conformadas de forma específica para negociar la transacción. Cuando se llega al acuerdo, las partes se dirigen a la Corte de Apelación de Ámsterdam para la aprobación de lo acordado y, una vez revisado y aprobado, la Corte expide una notificación para que todas las potenciales víctimas tengan posibilidad de excluirse en un determinado periodo de tiempo. Cuando este plazo expira, el acuerdo deviene vinculante para todos los miembros de la acción colectiva que no hicieron uso del *opt-out*, y se administra por una fundación privada¹⁵¹.

En relación a nuestra búsqueda de un foro global, resulta interesante el ámbito de los acuerdos que se han alcanzado al amparo de la *WCAM*. Al menos en dos ocasiones, las transacciones en *The Royal Dutch Petroleum* y la *Converium*, la Corte de Apelación de Ámsterdam asumió competencia mundial (a excepción de los miembros estadounidenses), zanjando la disputa tanto para los demandantes nacionales como para los extranjeros¹⁵². Lo que es importante: el empleo de la *WCAM* no impidió “maridar” el acuerdo con las tasas legales de EE UU¹⁵³. Aunque el mecanismo se haya usado de forma muy marginal, y sobre todo en materia de valores, su efectividad no debe infravalorarse. Además, al menos un acuerdo, el adoptado en el asunto *Dexia*¹⁵⁴, se refirió a una demanda de 300.000 consumidores frente a un banco que les vendió productos financieros malos y podría, así, considerarse un asunto en materia de consumo¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Vid. el análisis de D. Hensler, *loc. cit.*, p. 306, *passim*. R. Nagareda, *loc. cit.*, p. 37 advierte de una característica interesante: la que representa la cláusula de “nación más favorecida” que se halla en el acuerdo *Royal Dutch Shell*. En pocas palabras: si el demandante de EE UU en la acción colectiva obtiene más que las contrapartes europeas en el acuerdo, las últimas obtendrán la diferencia.

¹⁵¹ Vid. D. Hensler, *loc. cit.*, pp. 310–320, y F. Weber y W. van Boom, *loc. cit.*, pp. 69–73.

¹⁵² D. Hensler, *loc. cit.*, pp. 318–19.

¹⁵³ La afortunada expresión es de D. Hensler, *loc. cit.*, pp. 320. Vid., sin embargo, F. Weber y W. van Boom, *loc. cit.*, pp. 73–74.

¹⁵⁴ Decisión de la Corte de Apelación de Ámsterdam de 25 de enero de 2007, LJN: AZ033.

¹⁵⁵ Tal y como afirma el informe del *Institut for Legal Reform (U.S. Chamber)*, *Collective Redress in the Netherlands*, p.12, disponible en <http://www.institutforlegalreform.com/sites/default/files/Collecti->

Interesa subrayar cuatro datos importantes: la *WCAM* sólo se aplica al acuerdo, y no comporta ninguna decisión sobre la responsabilidad del demandado. Así, como descansa en una base contractual, podría hacer mucho más fácil un acatamiento voluntario global que en otros supuestos¹⁵⁶. En segundo lugar, es vinculante sobre la base de un *opt-out*, característica que no se encuentra fácilmente en Europa. En tercer lugar, la remuneración de los abogados puede asegurarse, proporcionando con ello los incentivos necesarios y la compensación del riesgo empresarial para los bufetes que se dediquen a acciones colectivas¹⁵⁷. Finalmente, puede tener alcance global y la Corte de Apelación de Ámsterdam ha demostrado estar preparada para ello.

Sin embargo, no existe ningún otro mecanismo procesal semejante con un alcance comparable en la ley holandesa. El sistema proporciona una acción representativa, pero no una acción colectiva de daños a escala global con *opt-out*¹⁵⁸. Así, la *WCAM* sólo funciona cuando el presunto responsable pretende participar en las negociaciones: no hay presión real para alcanzar una transacción. El resultado positivo de la negociación puede resultar tanto de que el demandado considere que es lo más conveniente, como del hecho que busque una forma de arreglar la cuestión potencialmente para toda la colectividad de los individuos que han sufrido daños¹⁵⁹. Por esta razón, parece que la *WCAM* puede funcionar bien con daños individuales a gran escala, mientras “es poco probable que tengan éxito casos que comportan daños nimios, porque no hay una amenaza subyacen-

ve_Redress_Netherlands.pdf (última visita, 19 de julio de 2012), “el art. 2.6 de la Ley de ejecución de la protección del consumidor (*Wet handhaving consumentenbescherming*) de 20 de noviembre de 2006 declara que el procedimiento *WCAM* se aplica a acuerdos de resolución del conflicto colectivos concluidos por la Autoridad Holandesa de Consumidores, que es un ente estatal sin ánimo de lucro, y una parte compensadora”.

¹⁵⁶ En el asunto *Shell* los Países Bajos eran el foro más apropiado, al ser el lugar de administración central de la sociedad.

¹⁵⁷ La cuestión de los costes y los honorarios de los abogados resulta crucial para el correcto funcionamiento de una acción colectiva. *Vid.*, entre otros, H. Koch, “Non-Class Group Litigation Under EU and German Law”, *Duke J. Comp. & Int’l L.*, vol. XI, 2011, pp. 365–366; W. Fisch, “European Analogues to the Class Action: Group Action in France and Germany”, *Am. J. Comp. L.*, vol. XXVII, 1979, pp. 54–56; S. Issacharoff, *loc. cit.*, pp. 827–830. *Vid.* también, R. Cappalli y C. Consolo, *loc. cit.*, pp. 288–292, subrayando que en Italia, y también en el *civil law*, la idea de que la pieza central del sistema procesal sea el individuo, el dañado, y no su abogado, que se mueve por intereses económicos, es un obstáculo a las acciones colectivas de estilo estadounidense. Para un análisis económico del Derecho en lo que respecta a los honorarios de los abogados en acciones colectivas, *vid.* B. Fitzpatrick, *loc. cit.*

¹⁵⁸ F. Weber y W. van Boom, *loc. cit.*, p. 72.

¹⁵⁹ En este sentido, la *WCAM* parece un mecanismo más orientado a la defensa de los demandados que a reforzar los intereses de las víctimas. *Vid.* F. Valguamera, *loc. cit.*, p. 46. *Vid.* R. Nagareda, *loc. cit.*, pp. 31–32, advirtiendo una semejanza con la decisión del Tribunal Supremo en el asunto *Amchem Products, cit.*, que deja “abierta la posibilidad de que se certifiquen algunas acciones colectivas que no podrían ser certificadas para un procedimiento, para intentar alcanzar una transacción”.

te en que los consumidores individuales puedan iniciar un proceso que convenza al causante del daño de la conveniencia de negociar”¹⁶⁰.

VI. Alternativas (im)posibles

Como se ha visto, nuestras dos nuevas esperanzas aún son bastante limitadas. Los experimentos canadienses sólo afectan a demandas de valores y el mecanismo holandés ha sido empleado pocas veces, y en su mayor parte también en el contexto de los valores. Además, el hecho de que no se disponga de un mecanismo de acción colectiva lo hace en cierto modo más útil para los demandados que para los consumidores. Es el momento, pues, de dejar volar la imaginación jurídica en aras de explorar alguna de las posibles, aunque deberíamos añadir “poco probables”, alternativas que pueden ayudar a la consolidación de las demandas transfronterizas en materia de consumo en un único foro, o al menos ayudar a lograr una mayor disuasión global.

Así, la primera y más efectiva elección sería un marco internacional dedicado a la resolución de controversias colectivas en demandas de consumidores, ya sea en la forma de litigio ante órganos jurisdiccionales, ya recurriendo al arbitraje. A través de un convenio internacional, los Estados que participasen en el proceso de redacción tendrían la posibilidad de encontrar soluciones compartidas y proporcionar respuestas comunes a los problemas normativos que genera la relación entre consumidores, empresas y acciones colectivas¹⁶¹. Podrían elegir entre favorecer a los órganos jurisdiccionales o al arbitraje, entre el *opt-in* y el *opt-out*, entre *punitive damages* o mera compensación o medidas cautelares, etc.¹⁶².

Esta alternativa tan obvia, aunque sea deseable, parece bastante improbable que sea tomada en consideración en un futuro cercano; menos aún que sea redactada e implementada. No sólo existe desacuerdo en la noción de consumidor¹⁶³, y una distancia profunda entre los diversos sistemas sobre las características que tendría que tener un mecanismo colectivo, sino que además no hay señales de acercamiento o diálogo en esta materia. Desde un punto de vista práctico, se han dado claras muestras de que no es el mejor momento, en relación con el reciente fracaso del proyecto de un Convenio mundial de exequátur en materia civil y mercantil en la Conferencia de la Haya, y con la no-ratificación, a fecha actual,

¹⁶⁰ F. Weber y W. van Boom, *loc. cit.*, pp. 78–79.

¹⁶¹ A las lagunas y desajustes (*'gaps' and 'mismatches'*), como afirma S.I. Strong, “Regulatory Litigation in the European Union: Does the U.S. Class Action Have a New Analogue?”, *Notre Dame L. Rev.*, vol. LXXXVIII, 2012, p. 899.

¹⁶² Cabría responder a otras cuestiones, tales como las mencionadas, *supra*, en el final del apartado I.

¹⁶³ *Supra* nota 11.

de su sub-producto, el Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro¹⁶⁴. Una perspectiva interesante y soñadora la representaría la institución de un mecanismo de arbitraje colectivo global similar al sistema ICSIC de arbitraje de inversiones¹⁶⁵.

Como un enfoque desde el *hard-law* resulta sencillamente ilusorio, un marco internacional más “blando” y aceptable podría generarse a través de la creación de una red de asociaciones de consumidores y de entidades gubernamentales relacionadas, allí donde existan. Una red de *stakeholders* mejoraría el seguimiento y la denuncia de conductas ilícitas, permitiría el intercambio de información, educaría a los consumidores y coordinaría las acciones de los consumidores a nivel global. Ello no proporcionaría una respuesta definitiva, pero ayudaría a reforzar un diálogo común en materias relativas a los consumidores y, a la larga, ayudaría también a encontrar soluciones compartidas¹⁶⁶.

Para el problema de la acumulación transfronteriza, en el estado actual de las cosas, una solución, en cierto modo placebo, la representaría el empleo recíproco de la prueba, o de las decisiones extranjeras. En este sentido, una acción piloto individual o una acción colectiva basada en unos mismos hechos decidida en un determinado Estado podría servir para facilitar a los consumidores (o a los demandados) obtener una decisión favorable en otro, sin desperdiciar recursos económicos y judiciales en litigar de nuevo todas las cuestiones. No obstante,

¹⁶⁴ Vid. S. Burbank, “Whose Regulatory Interests? Outsourcing the Treaty Function”, en prensa, en *N.Y.U. J. Int'l & Pol.*, vol. XLV, disponible en http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1452&context=upenn_wps (último acceso: 23 de marzo de 2013). La cuestión planteada por P. Murray, *loc. cit.*, p. 106: “¿podemos trabajar conjuntamente para lograr que las participaciones de miembros de todos los países en acciones colectivas internacionales sean una realidad jurídica y práctica?”, tendrá que esperar para hallar una respuesta positiva. El proyecto global se ha relanzado en 2012.

¹⁶⁵ J. Sternlight, “Creeping Mandatory Arbitration”, *loc. cit.*, p. 1674, sugiere que el empleo de un arbitraje obligatorio gubernativo para las controversias de consumo podría ser una alternativa más sencilla y menos formal que el recurso a los órganos jurisdiccionales. Vid. también S.I. Strong, “Resolving Mass Legal Disputes”, *loc. cit.*, pp. 922–923, nota 4, indicando que el marco de la ICSID ha sido empleado por consumidores en la crisis argentina. S.I. Strong, “Mass Torts and Arbitration: Lessons from *Abaclat v. Argentine Republic*” (May 22, 2012). *University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2012–15*, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2064832> (última visita, el 23 de marzo de 2013).

¹⁶⁶ Vid. S. Issacharoff y G. Miller, *loc. cit.*, pp. 193–197 sobre el control cualificado de la asociación de consumidores cuando ejercite acciones colectivas, y algunos de los peligros relacionados.

No trataremos aquí los problemas que podrían surgir en el futuro cuando las acciones concurrentes y que se solapan sean presentadas en diferentes Estados. La cuestión no es meramente hipotética: *vid.* S. Issacharoff, *loc. cit.*, pp. 824–825, sobre los conflictos entre tribunales en EE UU. Otro ejemplo lo proporciona T. Monestier, *loc. cit.*, pp. 348–355, sobre acciones colectivas concurrentes en materia de valores, presentadas en Canadá y en EE UU en el asunto *Imax*. Hasta la fecha, resulta cierta la afirmación de R. Mulheron, “The Case for an Opt-Out”, *loc. cit.*, p. 447: “el problema de “arreglarse por su cuenta” se agudiza si los procedimientos del Estado de origen no hacen de una reparación compensatoria una opción realista”.

esta posibilidad gira en torno al alcance que cada sistema otorgue a los efectos de cosa juzgada o al *estoppel*, o a su relevancia como prueba, en relación con las actuaciones en la determinación de los hechos y con las decisiones que se hayan alcanzado en procedimientos entre partes diferentes y en diferentes países¹⁶⁷.

A través de la una acción legislativa similar a la *WMAC* holandesa, algunos Estados podrían tomar individualmente la iniciativa de proponerse como foros jurisdiccionales o sedes arbitrales mundiales para acciones colectivas de consumidores, pero es poco probable que otros Estados lo dejaran estar. Los EE UU lo han hecho durante largo tiempo, y otros países no estaban precisamente eufóricos. Ocasionaría problemas de reconocimiento y ejecución y problemas de competencia. Un remedio parcial para ello podría ser que el Estado decidiese permitir esas acciones sólo si la administración central de la sociedad se ubicase en su territorio. Pero esta medida, que solucionaría los problemas de competencia y reconocimiento, haría ese Estado menos deseable a los ojos de las sociedades demandadas, que podrían optar por trasladar su sede a otro lugar¹⁶⁸.

Finalmente, para ciertas conductas o daños masivos, también puede representar una solución la instauración de un fondo de compensación¹⁶⁹. No obstante, esta solución no sólo plantea problemas prácticos y normativos, tales como quién crea y financia el fondo, y quién lo administra. También es una medida excepcional *ad hoc* que podría servir bien a sus objetivos, pero no funcionaría como vía general para manejar la concentración de las acciones de consumo con alcance global.

VII. Conclusión

De forma irónica, pero significativa, la última década ha sido testigo de un cambio gradual de posturas entre Estados Unidos y Europa en relación con la idea de la intervención privada. Los EE UU, presionados por el Tribunal Supremo, están reformulando poco a poco la función pública de los litigios privados, y reconsiderando su papel como foro de alcance mundial. Europa, que, por el contrario, ha descubierto recientemente la importancia de la disuasión privada, está

¹⁶⁷ Cuyo análisis trasciende el propósito de “imaginar lo posible” que nos proponemos en este apartado.

¹⁶⁸ Este es un problema común de las soluciones unilaterales: el mundo se encuentra muy integrado y próximo en la actualidad.

¹⁶⁹ K. Feinberg, “Speech: Negotiating the September 11 Victim Compensation Fund of 2001: Mass Tort Resolution Without Litigation”, *Wash. U. J.L. & Pol’y*, vol. XIX, 2005, p. 21, en su calidad de gestor especial (*master special*) del Fondo de Compensación de Víctimas del 11-S proporciona una información reveladora y verdaderamente interesante de la gestión de este fondo.

limando lentamente sus resistencias tradicionales, y explorando las potencialidades de las acciones colectivas de consumidores.

En un escenario en el que las acciones colectivas se han limitado en EE UU, los sistemas europeos de remedios colectivos aún tienen que mostrar todo su potencial, y el arbitraje colectivo no parece ser una alternativa viable, la búsqueda de un único foro para litigios transfronterizos de consumo podría ser desesperada. Quizás las recientes experiencias holandesa (de acuerdo colectivo) y canadiense (acciones colectivas) pueden despertar esperanzas cautas, incluso aunque no estén dirigidas específicamente a las acciones de consumidores. Mientras se imaginan y describen otras alternativas, por el momento parece que Goliat está bien protegido del efecto disuasorio de las piedras de David.