

¿REPRESENTA LA FUTURA DIRECTIVA RELATIVA A LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA LA IMPLANTACIÓN DEL ARBITRAJE COLECTIVO?*

Ana Montesinos García
Profesora titular de Derecho Procesal
de la Universitat de València

RESUMEN: Se reflexiona en este artículo acerca de la posibilidad de interponer acciones colectivas en el marco de un arbitraje. A pesar de que el arbitraje colectivo plantea numerosos interrogantes que dificultan su puesta en práctica en Europa, puede resultar un medio óptimo para resolver disputas con un número elevado de sujetos. La Propuesta de Directiva sobre acciones de representación alienta a los Estados miembros para que garanticen la disponibilidad de sistemas de resolución alternativa de litigios colectivos y dedica un precepto a los acuerdos relativos a la reparación entre consumidores afectados y comerciantes. Sin embargo, mantiene silencio respecto del arbitraje colectivo, representando una oportunidad perdida que podría haber dado carta blanca a su regulación en los diferentes ordenamientos jurídicos europeos.

PALABRAS CLAVE: arbitraje; acciones colectivas; arbitraje colectivo; Propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación.

ABSTRACT: This article deals with the possibility of filing class actions in an arbitration. Despite the fact that collective arbitration in Europe raises many questions that make it difficult to put it into practice, it can be an optimal way to resolve mass disputes. The Proposal for a Directive on representative actions encourages Member States to guarantee the availability of alternative dispute resolution systems for collective disputes and dedicates an article to settlements regarding redress between consumers and traders. However, it remains silent regarding collective arbitration, which represents a missed opportunity that could have given carte blanche to its regulation in the different European legal systems.

KEYWORDS: arbitration; collective actions; class arbitration; Proposal for a Directive on representative actions.

* Estudio redactado en el marco del Proyecto de investigación "Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia", (DER2016-74945_R).

ÍNDICE: I. EL ARBITRAJE COLECTIVO.—II. PRIMEROS PLANTEAMIENTOS ACERCA DE LAS ADR COLECTIVAS EN LA UNIÓN EUROPEA.—III. EL SILENCIO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA A LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN.—IV. REFLEXIONES ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE INTERPONER ACCIONES COLECTIVAS EN EL MARCO DE UN ARBITRAJE.

I. EL ARBITRAJE COLECTIVO

Las acciones colectivas se han ido implantando y desarrollando, en mayor o menor grado, en los diferentes ordenamientos jurídicos de la Unión Europea¹. Sin embargo, todavía no han conquistado el terreno del arbitraje. A medida que han ido mostrando sus bondades ante los tribunales judiciales (principalmente como facilitadoras del acceso a la Justicia), nos hemos ido cuestionando su viabilidad en el marco de un arbitraje. Precisamente a esta tesitura nos enfrentamos en este artículo en el que, a raíz de la aprobación de la Propuesta de Directiva sobre acciones de representación, vamos a tratar de reflexionar acerca de la posibilidad de interponer acciones colectivas en un arbitraje². Antes de proceder a ello, veamos en qué consiste el arbitraje colectivo.

Como todos sabemos, el arbitraje es un medio de resolución extrajudicial de conflictos por medio del cual, a través de un acuerdo voluntario de las partes (plasmado en un convenio arbitral), se somete una controversia a un árbitro/s, que dicta un laudo que es vinculante para las partes. El arbitraje colectivo, por su parte, es aquel arbitraje en el que se dirige una acción colectiva³. Dada la idiosincrasia y especiales características de este tipo de acciones, el proceso arbitral debe necesariamente adaptarse a las mismas pero en esencia, estamos ante un arbitraje y no por ello, pierde su naturaleza⁴.

Es cierto que el proceso arbitral colectivo varía respecto de lo que supone un proceso arbitral tradicional o bilateral, pero ello no debe conducirnos a

¹ Se pueden consultar los Estados miembros que cuentan con este tipo de acciones en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE). COM/2018/040 final. Vid. asimismo, VOET, S., 'Where the Wild Things Are'. Reflections on the State and Future of European Collective Redress" en *Waves in Contract and Liability Law in Three Decades of Ius Commune* (KEIRSE y LOOS, eds.), vol. 158, Intersentia, 2017, págs. 105 – 140.

² Advértase que nos estamos refiriendo en este trabajo a las acciones colectivas de reparación, no a las acciones colectivas de cesación.

³ No debemos confundir el arbitraje colectivo con el arbitraje multiparte. Véanse sus diferencias en: MONTESINOS GARCIA, A., *El arbitraje colectivo*, Tirant Lo Blanch, 2019, págs. 74 y ss., y BLANCO GARCÍA, A.I., *Árbitro y partes: los peligros y entresijos de la práctica del arbitraje*, Tirant Lo Blanch, 2019, págs. 159 y ss.

⁴ No comparte esta postura el Tribunal Supremo de Estados Unidos que se pronunció en sentido contrario en su famosa sentencia *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds International Corp.* 130 S. Ct. 1758, 1775 (2010). Vid. Una reflexión sobre la misma en STRONG, S.L., "Does class arbitration change the nature of arbitration? Stolt- Nielsen, AT&T and a Return to first principle", 17 *Harv. Negot. L. Rev.* 201, 233, 2012.

pensar que no estamos ante un arbitraje, ni ante sus reglas esenciales, pues fundamentalmente de lo que se trata es de “trasplantar” o “importar” el mecanismo de las acciones colectivas al contexto del arbitraje y no a otro diferente. Por esta razón, se ha considerado que el arbitraje colectivo es una combinación del arbitraje con las acciones colectivas⁵. Sin embargo, difiere de la litigación colectiva porque mantiene muchos de los rasgos típicos del arbitraje y, además, los miembros que componen el colectivo se identifican porque todos ellos han asumido un convenio arbitral similar. Mientras que se distingue del arbitraje tradicional, principalmente porque un representante del colectivo interpone una reclamación arbitral en nombre de los miembros que componen el grupo, que puede llegar a implicar un número muy elevado de personas⁶.

El arbitraje es un método de resolución de controversias que puede aportar ventajas considerables a los conflictos en los que se ven involucrados una pluralidad de sujetos, incluso posicionarse como una alternativa más atractiva que el proceso judicial. Entre otras, conviene recordar que las partes ostentan la capacidad de seleccionar al árbitro/s que va a dirimir el conflicto, pudiendo escoger a expertos en la materia en cuestión. La especialización de los árbitros inevitablemente garantiza una resolución más acorde con la realidad y adecuada a las expectativas de las partes, además de aportar un mayor pragmatismo a la decisión final. El contenido del laudo colectivo puede llegar a resultar muy complejo, requiriéndose, por ejemplo, conocimientos económicos que permitan determinar las prestaciones que corresponden a cada sujeto en función del perjuicio sufrido o cuantificar las indemnizaciones. Como señala ANTAKI, puede incluso seleccionarse un Tribunal arbitral multidisciplinar, especialmente capacitado para resolver las situaciones complejas existentes. Se evita con ello la necesidad de acudir al auxilio de peritos externos⁷.

Además, en el marco de un arbitraje pueden llegar a solventarse gran parte de las dificultades que se plantean a la hora de resolver conflictos con un número elevado de sujetos, como puede ser la determinación del tribunal competente, especialmente cuando el litigio colectivo es de carácter internacional, pues las propias partes podrán seleccionarlo de acuerdo a sus expectativas y necesidades. Este poder de libre disposición de las partes que caracteriza al arbitraje, se refleja asimismo en la autonomía de la voluntad que ostentan para decidir otras cuestiones del proceso arbitral tales como el lugar, el idioma/s, las reglas del procedimiento (plazos, procedimiento de designación de los árbitros, etc.) e incluso la ley aplicable al arbitraje. La mencionada libertad de las partes en la toma de decisiones que son clave en un proceso arbitral, así como

⁵ BLAVI, F. y VIAL, G., “Class actions in international commercial arbitration”, 39 *Fordham Int'l L.J.* 791, 2015- 2016, pág. 794.

⁶ SCHAFLE, M. y PASALIC, A., “Is Canada ready for class arbitration?”, *ADRIC*, 2, 2013, pág. 3.

⁷ “L'arbitrage collectif: pourquoi pas?”, *La justice en marche: du recours collectif à l'arbitrage collectif, en passant par la médiation. Les journées Maximilien-Caron 2006*, (ANTAKI y DARANKOUM, dirs.), Thémis, Montréal, 2007, pág. 56.

la flexibilidad propia de la institución arbitral permiten que puedan evitarse, o al menos atemperarse, muchos de los obstáculos que dificultan la puesta en práctica de las acciones colectivas en sede judicial. Tengamos en cuenta que la rigidez propia de un proceso judicial puede resultar contraproducente en los procesos masivos con un gran número de participantes, mientras que la flexibilidad que conlleva el arbitraje se presenta como una característica óptima, capaz de soportar la carga adicional que supone un proceso tan complejo como puede llegar a ser un proceso colectivo.

Estas ventajas se incrementan notablemente cuando ante disputas colectivas internacionales nos encontramos, respecto de las cuales, a diferencia de los procesos judiciales, el arbitraje ofrece beneficios considerables, fundamentalmente en lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, que cuentan con un instrumento internacional eficaz como es el Convenio de Nueva York de 1958, al que España se vinculó en 1977.

A pesar de todas estas ventajas, el arbitraje colectivo plantea a su vez numerosos interrogantes que cuestionan su viabilidad práctica, principalmente provocados por el carácter consensual y la naturaleza voluntaria del mismo. Sin embargo, el arbitraje colectivo (*class arbitration*) es ya una realidad en algunos países, concretamente en Estados Unidos⁸, en donde ha arrojado resultados ciertamente positivos; lo que nos invita a reflexionar acerca de su posible instauración en los sistemas continentales.

Curiosamente el nacimiento del arbitraje de clase en Estados Unidos vino provocado por la reticencia mostrada por parte de los empresarios frente a las acciones de clase judiciales; algo que, por cierto, auguramos, no va a ocurrir en Europa pues las acciones colectivas no han adquirido tal magnitud que hagan temer a los empresarios europeos un empleo excesivo de las mismas. Lo que sucedió en este país fue que, a finales de los años ochenta un número elevado de empresas, ante la desconfianza de ser demandadas colectivamente (generalmente por consumidores o por trabajadores), comenzaron a incluir cláusulas arbitrales en sus contratos bajo la creencia de que ello impediría las acciones de clase y se forzaría a los demandantes a resolver sus

⁸ Sobre el arbitraje de clase en este país recomendamos encarecidamente la lectura de STRONG, S.I., *Class, mass and collective arbitration in national and international law*, Oxford University Press, Nueva York, 2013. A pesar del rápido crecimiento del arbitraje de clase en Estados Unidos, sigue considerándose un “mecanismo americano” con pocos efectos fuera de las fronteras de este país. BORN, G., *International Commercial Arbitration*, vol. I, Kluwer Law International, Alphen Aan den Rijn, 2014, págs. 1523- 1524. No olvidemos, sin embargo, que en Colombia en el año 2004 el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá celebró un arbitraje colectivo: *Durán Valencia v. Bancolombia*. Vid. al respecto, STRONG, S.I., “Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 30, 2008, págs. 1-100. El arbitraje de clase también se ha planteado aunque muy tímidamente en Canadá. Entre otras, se ha abordado la materia en las siguientes decisiones judiciales: *Bisaillon v. Concordia University* (2006); *Dell Computer Corp. v. Union des Consummateurs* (2007); *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*; *Seidel v. Telus Communications Inc* (2011), etc. Sin embargo, hasta donde alcanza nuestro conocimiento, no se ha llegado a celebrar ningún arbitraje colectivo en este país.

disputas a través del arbitraje. Cuando las empresas fueron demandadas, a los Tribunales se les planteó el siguiente dilema: a) decantarse por una de las dos vías de solución del conflicto, es decir, el arbitraje – individual- o la acción de clase en sede judicial o, 2) combinar estas dos vías en un solo proceso, por considerar que no son mutuamente excluyentes. A medida que fue pasando el tiempo, cada vez un mayor número de jueces optaron por la segunda alternativa, y comenzaron a admitir las acciones de clase en sede arbitral, surgiendo el denominado arbitraje de clase⁹.

Marcó un verdadero hito la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos *Green Tree Financial Corp. V Bazzle*¹⁰ del año 2003, que manifestó expresamente que son los árbitros, no los jueces, quienes deben decidir si las acciones de clase pueden resolverse por medio del arbitraje; reconociendo, por tanto, implícitamente la viabilidad del mismo¹¹. A partir de dicho pronunciamiento, instituciones arbitrales como la *American Arbitration Association* (AAA) y la *Judicial Arbitration and Mediation Services* (JAMS) promulgaron sendos Reglamentos Suplementarios sobre el arbitraje de clase, multiplicándose a un ritmo vertiginoso el número de arbitrajes de clase en este país (a título de ejemplo, la AAA en pocos años llegó a administrar más de 300 arbitrajes de clase)¹². Estas instituciones básicamente lo que hicieron fue transferir las acciones de clase representativas previstas en la Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure*¹³ al contexto del arbitraje¹⁴.

Sin embargo, con posterioridad, fundamentalmente entre los años 2010-2013¹⁵, aunque también recientemente¹⁶, una serie de decisiones del Tribunal Supremo de este país han sembrado cierta incertidumbre sobre el futuro de este tipo de arbitraje, al cuestionar las cláusulas arbitrales que permiten o no

⁹ STRONG, S.I., "Resolving mass legal disputes through class arbitration: the United States and Canada compared", 37 *N.C.J. International Law & Com.* Reg. 921, 2011-2012, pág. 936 y STERNLIGHT, J. R., "Should an arbitration provision trump the class action?" 8 *Disp. Resol. Mag.* 12, 13, 2002.

¹⁰ *Green Tree Financial Corp. V Bazzle*, 539, U.S.444 (2003). Ya con anterioridad, en el caso *Keating v Superior Court* -considerado por muchos como el origen del arbitraje de clase-, la Corte Suprema de California había defendido este tipo de arbitraje, al señalar que no existe ningún obstáculo insalvable que lo impida. 31 Cal. 3d 584 (1982).

¹¹ *Vid.* el análisis de esta sentencia en: PINTO MONTEIRO, A. P., "Anotação ao acórdão Green Tree Financial Corp. v. Bazzle, Supreme Court of the United States, 23/06/2003 - class arbitration", *100 Anos de Arbitragem - os casos essenciais comentados*, Coleção PLMJ, n.º 9, Coimbra Editora, 2015, págs. 239-252; KENNEDY, K.M., y APPLEBY, B., "Green tree Financial Corp. v. Bazzle: a new day for class arbitrations?", 23 *Franchise L.J.*, 2003- 2004, págs. 84 - 94 y, KANDEL, W.L., "Arbitration of Class, Mass, Collective, and Pattern or Practice Actions", *Employee Relations Law Journal*, 29, 4, Primavera 2004, págs. 3 - 26.

¹² Puede verse el listado de arbitrajes de clase administrados por la AAA en: <https://www.adr.org/ClassArbitration>

¹³ *Vid.* una traducción de las mismas en: LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El Sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Comares, Granada, 2011, págs. 157 -163.

¹⁴ Advuértase, sin embargo, que ninguna legislación estatal ni federal ha regulado el arbitraje de clase, por lo que no se han armonizado cuestiones tan esenciales como puede ser, hasta qué grado pueden o deben intervenir los Tribunales judiciales en dicho arbitraje.

¹⁵ *Stolt- Nielsen S.A v. AnimalFeed Internation Corp* (2010); *AT&T Mobility v. Conception* (2011) y *Oxford American Express Co. v. Italian Colors Restaurant* (2013).

¹⁶ *Epic Systems Corp. v. Lewis* (2018) y *Lamps Plus, Inc. v. Varela* (2019).

acudir al mismo¹⁷. En Estados Unidos el arbitraje de clase ha suscitado todo tipo de respuestas por parte de la doctrina. Mientras que algunos ensalzan su eficaz papel alternativo frente a las incómodas acciones judiciales de clase, otros se oponen seriamente a su desarrollo sobre la base de que despoja a los consumidores de los derechos procesales existentes en un proceso judicial¹⁸. A pesar de haber demostrado su viabilidad y capacidad para resolver conflictos a gran escala con multitud de personas implicadas, cumpliendo los mismos fines que los de las acciones de clase, también ha sido muy criticado. La principal objeción que ha recibido se ha centrado en el riesgo de abuso por parte de algunos abogados de la clase que han forzado los procedimientos y presionado un acuerdo con el único objetivo de recaudar elevados honorarios¹⁹.

Retomando el hilo de nuestro trabajo y volviendo a Europa, en la actualidad, hasta donde alcanza nuestro conocimiento, los ordenamientos jurídicos europeos no regulan expresamente el arbitraje colectivo, no lo prohíben, pero tampoco puede deducirse que amparen su viabilidad. Ninguna norma procesal o sustantiva ni tampoco ningún reglamento arbitral ha contemplado la posibilidad de interponer acciones colectivas en el marco de un arbitraje, con la excepción de los dos únicos arbitrajes colectivos “sui generis” existentes hoy en día, que son: el arbitraje colectivo de consumo español y el arbitraje colectivo societario alemán²⁰. El primero de ellos, sin embargo y a pesar de su denominación, no es realmente un arbitraje colectivo sino más bien una

¹⁷ Los empresarios estadounidenses reaccionaron y, por un lado, comenzaron a incorporar en sus contratos cláusulas arbitrales que expresamente excluían la posibilidad del arbitraje de clase y, por otro lado, recurrieron aquellas decisiones judiciales o arbitrales que permitían el arbitraje de clase a pesar de que no se previera esta posibilidad de manera expresa en las correspondientes cláusulas arbitrales. No vamos a detenernos en el estudio de tales pronunciamientos porque excedería con creces del objeto de este estudio, de modo que nos remitimos a STRONG S.I., “The rise of class arbitration in the United States”, *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, (MONTESINOS GARCIA, dir.), Tirant Lo Blanch, 2020, págs. 207- 220. En este capítulo de libro, la autora, con un fundamentado espíritu crítico, hace un repaso de las seis decisiones más destacadas adoptadas por el Tribunal Supremo estadounidense que básicamente lo que hacen es: 1) cuestionar la validez de las cláusulas arbitrales que expresamente rechazan las acciones de clase y 2) debatir acerca del tipo de consentimiento que debe prestarse para que pueda permitirse un arbitraje de clase. En todo ellas, señala la autora, el Alto Tribunal adopta, aunque trate de disimularlo, una postura pro- empresa.

¹⁸ Por un lado, autores como STRONG S.I, resaltan su potencial para mejorar la eficiencia de las acciones judiciales de clase en “The Sounds of silence or ambiguity”, 30 Mich. J. Int’l L. 1017, 1049-49, 2009. Mientras que, en el otro extremo, autores como CLANCY, D. y STEIN, M., advierten de los serios peligros procesales que supone, además de no haber sido nunca válidamente legislado (ni consideran que debería serlo), en “An uninvited guest: class arbitration and the Federal Arbitration Act’s Legislative History”, 63 *Bus. Law.* 55, 2007, pág. 67.

¹⁹ En ocasiones los honorarios de los abogados son extremadamente altos en comparación con las ganancias de sus clientes. JURCZYGA, S. y BOXBERG, M. “Collective action in arbitration in international arbitration: problems and prospects” en, ALBERTI, C.P., “Challenges and Prospects of International Collective Arbitration”, 38 *DAJV Newsl.* 10, 2013, pág. 12.

²⁰ Por razones de espacio no me es posible detenerme en qué consisten ambos arbitrajes, por lo que me remito a lo expuesto en CARBALLO PIÑEIRO, L., “Arbitraje colectivo: las insuficiencias del experimento español y algunas reflexiones de reglamentación”, *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, (MONTESINOS GARCIA, dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 221 – 252 y Kraayvanger, J. y Hilgard, M.C., “Arbitrability of Shareholders’ Disputes under German Law”, *International Litigation Quarterly*, Volume 26, n° 1, 2009.

suerte de acumulación subjetiva de reclamaciones arbitrales que se dirimen todas ellas en un mismo procedimiento arbitral diseñado a tal efecto²¹.

II. PRIMEROS PLANTEAMIENTOS ACERCA DE LAS ADR COLECTIVAS EN LA UNIÓN EUROPEA

En el seno de la Unión Europea se apuesta firmemente por el establecimiento de sistemas ADR (*Alternative Dispute Resolution*²²), ya sea el arbitraje, la mediación, la conciliación o cualquier otro método extrajudicial de resolución de disputas. Basta echar un vistazo a la regulación prevista en esta materia: Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles²³; Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo²⁴ y Reglamento n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo²⁵. Con anterioridad a tales instrumentos normativos, la Comisión Europea ya había publicado dos Recomendaciones para facilitar la solución alternativa de conflictos: la Recomendación 98/257/EC relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo²⁶ y la Recomendación 2001/310/CE relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo²⁷.

Si bien parece que todas estas normas han sido redactadas sin tener presentes las acciones colectivas, entendemos que sus principios también pueden aplicarse a los mecanismos de solución alternativa de conflictos colectivos. De hecho, en el Considerando 27 de la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, se establece que la misma no debe constituir un obstáculo para que los Estados miembros mantengan o introduzcan procedimientos de resolución alternativa por los que se tramiten conjuntamente litigios idénticos o similares entre un comerciante y varios consumidores y, que la existencia de un sistema eficaz de reclamaciones colectivas y un recurso fácil a la resolución alternativa de litigios deben ser complementarios y no, excluyentes.

²¹ Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (arts. 56 a 62). *Vid.* MARCOS FRANCISCO, D., “¿Es posible la tutela de intereses colectivos y difusos en el arbitraje de consumo?”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, n° 11, Santa Cruz de la Sierra, enero 2011 y Cubillo López, I., “El procedimiento para la tutela arbitral de los consumidores”, *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, (Cubillo López, coord.), Thomson Reuters, Navarra, 2010.

²² Sobre las ADR, *vid.* BARONA VILAR, S., *Nociones y principio de las ADR (Solución extrajudicial de conflictos)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

²³ DOUE de 24.5.2008, L 136/3.

²⁴ DOUE de 18.6.2013, L 165/63.

²⁵ DOUE de 18.6.2013, L 165/1.

²⁶ DOUE L 115 de 17.4.1998.

²⁷ DOUE L 109 de 19.4.2001.

De modo que, aunque la práctica totalidad de los mecanismos ADR previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos de la Unión Europea se refieran esencialmente a reclamaciones individuales (con excepción de algunos países como Portugal, Italia, Noruega, Dinamarca y Suecia, que regulan expresamente en sus ordenamientos la transacción para disputas colectivas), no se impide que, bajo determinados condicionantes y siempre que se adopten las cautelas pertinentes, puedan trasladarse al ámbito de las demandas colectivas.

Además, debemos tener en cuenta que las instituciones europeas, especialmente la Comisión Europea, llevan varios años tratando de instar a los Estados Miembros a que garanticen que los mecanismos judiciales de las acciones colectivas incluyan la posibilidad de que las partes, antes y durante el litigio, puedan acceder a las modalidades alternativas de solución colectiva de conflictos.

En este sentido, ya en el año 2008 se publicó el Libro Verde sobre acciones colectivas de los consumidores, en el que la Comisión animaba a los Estados miembros a establecer mecanismos de solución alternativa de conflictos colectivos, bien adaptando los sistemas existentes, bien creando uno o más mecanismos alternativos de solución de conflictos nuevos para tramitar las denuncias colectivas de los consumidores²⁸. Se indicaba expresamente que las redes europeas existentes, como la Red CEC o FIN-Net, que ya ayudan a los consumidores de forma individual a acceder a los mecanismos de solución alternativa de conflictos en otro país, también podrían ayudar a los consumidores con denuncias similares a acceder a los mecanismos adecuados de solución alternativa de conflictos colectiva en otro Estado miembro.

En el año 2011 la Comisión Europea llevó a cabo una Consulta pública sobre el tema «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo». Su objetivo era, entre otros, determinar los principios jurídicos comunes del recurso colectivo y examinar su inserción en el sistema jurídico de la UE y en los ordenamientos jurídicos de sus 27 Estados miembros²⁹. Entre estos principios, la Comisión planteó la necesidad de tomar en consideración los medios alternativos de resolución de conflictos, al entender que la solución consensuada de litigios puede facilitar a las partes un medio rápido, económico y sencillo de resolver sus litigios, así como disminuir la necesidad de buscar reparación judicial. En palabras de la Comisión, las partes en los procedimientos colectivos deberían, de este modo, tener la posibilidad de resolver sus conflictos colectivos extrajudicialmente, bien con la intervención de un

²⁸ COM (2008) 794 final. Para ello, se proponían dos alternativas: la aprobación de una Recomendación o de una Directiva. Una Recomendación con un proceso de seguimiento de los resultados podría aportar flexibilidad a su aplicación y ser concebida como una primera etapa. Una Directiva también podría exigir a los Estados la creación de este tipo de mecanismos. Simultáneamente la Comisión podría reunir a las partes para desarrollar un modelo estándar de mecanismo alternativo de conflictos colectivos que fuera fácil de utilizar, sobre todo en una situación transfronteriza. Sería una iniciativa voluntaria para lograr la convergencia de los mecanismos de solución alternativa de conflictos colectiva (puntos 37 – 41).

²⁹ SEC (2011)173 final.

tercero (por ejemplo, mediante un mecanismo como el arbitraje o la mediación), bien sin dicha intervención (por ejemplo, mediante transacción entre las partes). La Consulta invitaba a reflexionar acerca de cómo deben facilitarse las ADR en las disputas colectivas y entre otras cuestiones, se planteaba si la solución consensual colectiva de conflictos debía ser una fase obligatoria en los asuntos judiciales de indemnizaciones colectivas, es decir, si podía convertirse en un requisito legal previo a la acción judicial (cuestión 16)³⁰.

Al respecto, el Parlamento Europeo en su Resolución de 2 de febrero de 2012 “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo”³¹, en la que expresó que los beneficios de las modalidades alternativas de resolución de conflictos son indiscutibles³², si bien propuso que el juez que realice el control previo de admisibilidad de una demanda colectiva goce también de la facultad de ordenar a las partes el intento de alcanzar una solución consensuada de la controversia colectiva antes de presentar la demanda, subrayó no obstante, que estos mecanismos deben seguir siendo, como su propio nombre indica, una alternativa a la vía jurisdiccional y no una condición previa³³. Postura que compartimos plenamente, pues no debemos olvidar que las ADR suponen una alternativa que se puede ofrecer a las partes pero que debe mantener su carácter facultativo, en cumplimiento de la normativa europea

³⁰ Las otras preguntas que se lanzaron en esta Consulta relacionadas con las ADR colectivas fueron: 1) Aparte del mecanismo judicial, ¿qué otros incentivos se necesitarían para fomentar el recurso a las modalidades de ADR en casos de reclamaciones múltiples?; 2) ¿Cuál sería la mejor manera de garantizar el resultado equitativo de la solución consensual colectiva de los conflictos?, ¿Deberían los tribunales ejercer ese control de equidad?; 3) ¿Sería posible que el resultado de la solución consensual colectiva de conflictos fuera vinculante para las partes participantes también en los casos que actualmente no entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles? y, 4) ¿Existen otras cuestiones relacionadas con la solución consensual colectiva de conflictos que deban garantizarse para un acceso efectivo a la justicia?

³¹ DOUE C 239 E/32 de 20.08.2013.

³² Recordamos que ya en su día la 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, aunque tímidamente, trató de incentivar la solución extrajudicial de las controversias. Para tal fin, convino que los Estados miembros puedan prever una obligación de consulta previa a cargo de la parte que se proponga interponer una acción de cesación, con el fin de permitir que el demandado ponga fin a la infracción litigiosa. Los Estados miembros deben poder establecer que dicha consulta previa se efectúe conjuntamente con un organismo público independiente designado por ellos. Ahora bien, cuando los Estados miembros obliguen a realizar una consulta previa, debe establecerse un plazo de dos semanas a partir de la recepción de la solicitud de consulta tras el cual, si no ha cesado la infracción, el interesado podrá ejercitar una acción ante las autoridades judiciales o administrativas competentes sin más trámite (Considerandos 14 y 15).

³³ El Parlamento Europeo considera que los criterios elaborados por el Tribunal de Justicia deben constituir el punto de partida para el establecimiento de esta facultad. *Vid.* la Sentencia de 18 de marzo de 2010, *Alassini* y otros (C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08), en donde se afirma que el principio de tutela judicial efectiva no se opone a una normativa nacional que impone, para determinados litigios, la tramitación previa de un procedimiento de conciliación extrajudicial cuando dicho procedimiento: a) no conduce a una decisión vinculante para las partes, b) no implica un retraso sustancial a efectos de la interposición de un recurso judicial, c) interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos, d) no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y e) siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en los que la urgencia de la situación lo exija.

vigente en la materia. Por lo que acudir a tales modalidades alternativas de resolución de conflictos, insistentemente, dependerá en última instancia del consentimiento de las partes³⁴.

Unos años más tarde la Comisión Europea, consciente de que los mecanismos de solución consensuada de litigios pueden desempeñar un útil papel complementario en el ámbito de las acciones colectivas, consideró adecuado dar un paso más y recomendó a los Estados Miembros el desarrollo de mecanismos alternativos de solución de litigios colectivos, entre los que no podemos negar que se incluye el arbitraje.

Precisamente en su Recomendación de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados Miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión³⁵, manifestó claramente que *Los procedimientos alternativos de solución de conflictos pueden ser un medio eficaz para obtener reparación en caso de daños masivos. Deberían estar siempre disponibles junto con el recurso judicial colectivo, o como elemento facultativo de este* (Considerando 16), e instó a los Estados a que aseguren que se anime a las partes de los litigios surgidos en supuestos de daños masivos a resolver la cuestión indemnizatoria de forma consensuada o extrajudicial, tanto en la fase previa al juicio como durante el mismo (párrafo 25)³⁶.

Para ello, se indica en la Recomendación, los Estados miembros deben garantizar que los mecanismos judiciales de recurso colectivo incluyan la posibilidad de que las partes, antes y durante el litigio, puedan acceder a las modalidades alternativas de solución colectiva de conflictos. El recurso a tales modalidades dependerá del consentimiento de las partes en el asunto (párrafo 26). Al respecto, el eventual plazo de prescripción aplicable a las demandas debería suspenderse durante el período comprendido entre el momento en que las partes acuerdan resolver el conflicto por un procedimiento de resolución alternativa de conflictos hasta, como mínimo, el momento en que una o ambas partes se retiren expresamente de dicho procedimiento (pá-

³⁴ En un sentido similar se pronuncia la Comisión en su Recomendación del 2011, aunque añade, que ello no debe reprimir a los jueces que conozcan de las acciones colectivas a que inviten o incluso inciten a las partes de la controversia a buscar una solución colectiva consensuada, en la línea de lo dispuesto en la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (art. 5), que proclama que el órgano jurisdiccional que conozca de un asunto puede proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio.

³⁵ DOUE L 201/60 de 26.07.2013.

³⁶ Como señala MARTÍNEZ GARCÍA, resulta cuanto menos paradójico el cambio de perspectiva, cuando la propia Directiva de Mediación en asuntos civiles y mercantiles excluye expresamente la mediación en litigios de consumo por razón del peligroso desequilibrio existente en una mesa de negociación entre empresario y consumidor. Sin embargo, manifiesta esta autora, es una realidad que negociar “colectivamente” consumidores frente a un empresario cambia cualitativa y cuantitativamente el eje de fuerzas y se puede, entonces, hablar de un equilibrio de poderes. “Las acciones colectivas de consumo en la Unión Europea”, *El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de Tango*, (GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR y CALDERÓN CUADRADO, coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 1330.

rafo 27). En el caso de alcanzarse una transacción colectiva, ésta deberá ser controlada por los órganos jurisdiccionales (párrafo 28)

En idéntico sentido, en la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo” de 11 de junio de 2013 que acompañó a la Recomendación³⁷, la Comisión insistió de nuevo, como ya hizo en la Consulta Pública, en que las partes en los procedimientos colectivos deben tener la posibilidad de resolver sus conflictos colectivos extrajudicialmente, bien con la intervención de un tercero (por ejemplo, mediante un mecanismo como el arbitraje o la mediación), bien sin dicha intervención (por ejemplo, mediante transacción entre las partes) y dedicó un apartado 3.8 a la posibilidad de solución consensuada de los litigios colectivos similar a lo previsto en la Recomendación.

Hemos tenido que esperar otros cinco años a que la Comisión Europea propusiera una Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, en el marco de los esfuerzos encaminados a mejorar el cumplimiento de las normas relativas a la protección de los consumidores. Sin embargo, como vamos a ver a continuación, nada se ha avanzado en materia objeto de arbitraje colectivo. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE fue aprobada el 11 de abril de 2018³⁸. Esta Propuesta, presentada como parte del «Nuevo marco para los consumidores», tiene por objeto armonizar las disposiciones en este ámbito con el fin de garantizar la igualdad de protección para los consumidores en toda la Unión.

III: EL SILENCIO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA A LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN

La convocatoria de datos derivados del Informe de la Comisión en el año 2018 sobre la aplicación de la Recomendación de la Comisión del 2013 ha demostrado que, en algunos casos, la acción judicial colectiva puede evitarse convenientemente con acuerdos extrajudiciales; lo que pone de relieve la importancia de contar con mecanismos eficaces de resolución extrajudicial de litigios en consonancia con la Recomendación³⁹. Señala expresamente este Informe que “aunque las organizaciones de consumidores abogan decidida-

³⁷ COM (2013) 401 final.

³⁸ COM (2018) 184 final. Esta Directiva se aplica a las acciones de representación contra infracciones - tanto nacionales como transfronterizas- cometidas por comerciantes, de las disposiciones del Derecho de la Unión enumeradas en su Anexo I, que perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de los consumidores.

³⁹ COM/2018/040 final. Pág. 23 del Informe.

mente por una intervención a escala de la UE en este ámbito, las organizaciones empresariales centran generalmente sus preocupaciones respecto a la acción de la UE en el ámbito de los consumidores y se refieren a cuestiones de proporcionalidad o subsidiariedad, instando a la Comisión a que se concentre en la aplicación o en la reparación a través de la resolución alternativa de litigios, la resolución de litigios en línea o el procedimiento de escasa cuantía”.

En esta línea, la Propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación de 11 de abril de 2018 ha tenido en cuenta la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo que garantiza que los consumidores de la UE tengan acceso a sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos con garantía de calidad para litigios contractuales nacionales y transfronterizos, y de nuevo alienta a los Estados miembros a que faciliten la disponibilidad de sistemas de resolución alternativa de litigios colectivos, entre los que, recordamos, se incluye al arbitraje⁴⁰.

Sin embargo, la Propuesta de Directiva no ha cumplido nuestras expectativas. Si bien resulta plausible que se haya acordado de los medios alternativos de resolución de conflictos, lamentamos que aborde la provisión por parte de los Estados miembros de este tipo de mecanismos como una mera posibilidad o recomendación. Hubiésemos preferido su tratamiento con carácter preceptivo. Además, como vamos a ver inmediatamente a continuación, se limita a regular la fórmula del acuerdo o transacción, sin mencionar ni siquiera el arbitraje.

Dado que en gran número de ocasiones los acuerdos entre la entidad habilitada para interponer la acción colectiva y el presunto autor de la infracción se alcanzan de manera consensual a través de negociaciones, transacciones, etc., sin la intervención de un tercero, resulta necesario un control posterior por parte de los órganos jurisdiccionales del acuerdo adoptado. Consecuentemente, la Propuesta de Directiva regula en su artículo 8 los acuerdos colectivos destinados a proporcionar una reparación a los consumidores perjudicados, así como el procedimiento que la autoridad judicial o administrativa debe llevar a cabo para aprobarlos.

En este precepto se alienta a los Estados Miembros a velar por que, en cualquier momento en el marco de las acciones de representación, el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa pueda invitar a la entidad habilitada y al demandado, tras haberlos consultado, a llegar a un acuerdo relativo a la reparación en un plazo razonable⁴¹. Los acuerdos colectivos alcanzados

⁴⁰ Pág. 5 de la Propuesta de Directiva.

⁴¹ En la explicación detallada del mismo, se proclama expresamente que los Estados miembros tienen la posibilidad de establecer el procedimiento mediante el cual el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa puedan aprobar un acuerdo colectivo alcanzado por una entidad habilitada y el presunto autor de la infracción antes de que la acción de representación relativa a dicha práctica del mismo comerciante comience ante el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa de dicho Estado miembro. En el caso de una acción de representación en curso, el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa que supervise la acción debe poder invitar siempre a las partes a llegar a un

—ya sea de manera previa al proceso, en el marco de una acción de representación o basado en una resolución declarativa definitiva⁴²— estarán sujetos a un control del órgano jurisdiccional o de la autoridad administrativa para garantizar su legalidad y equidad⁴³. Es decir, deben ser aprobados por tales órganos, teniendo en cuenta los intereses y los derechos de todas las partes interesadas, y siempre y cuando no exista ninguna otra acción de representación en curso en relación con el mismo comerciante con respecto a la misma práctica. Se exige, además, que se ofrezca a los consumidores individuales afectados la posibilidad de adherirse o rechazar someterse a dicho acuerdo.

Aunque a primera vista pueda parecerlo lo contrario, consideramos que esta previsión (la relativa a la necesidad de control por parte de un órgano jurisdiccional o administrativo de las transacciones colectivas) no debe llevarnos a la confusión de que cualquier ADR colectivo viene condicionado a su posterior homologación. Cuando la Propuesta de Directiva requiere la aprobación por parte de tales órganos, se refiere expresa y únicamente a los acuerdos alcanzados por las partes de manera extrajudicial y no, al método heterocompositivo extrajudicial de solución de conflictos que supone el arbitraje⁴⁴. Por tanto, no debemos hacer extensiva tal exigencia al laudo arbitral que emite el árbitro en un arbitraje colectivo⁴⁵. Huelga recordar, que el arbitraje es cuasi jurisdiccional, en el sentido de que el laudo emitido por un árbitro ostenta fuerza ejecutoria y de cosa juzgada similar a las sentencias judiciales. A diferencia de los acuerdos entre las partes, el laudo arbitral no necesita la aprobación de un órgano jurisdiccional para adquirir eficacia. Cuestión distinta y que abordaremos en el siguiente apartado, es la relativa a la eficacia subjetiva del laudo emitido en un arbitraje colectivo. Adelantamos que ésta dependerá de cómo se regule este tipo de arbitraje en los ordena-

acuerdo sobre la reparación. Por último, en los Estados miembros que opten por permitir resoluciones declarativas relativas a la responsabilidad del comerciante infractor frente a los consumidores afectados, el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa que dicte tal resolución siempre tendrá la oportunidad de solicitar a las partes de la acción de representación que lleguen a un acuerdo sobre la reparación.

⁴² En casos complejos que no estén incluidos en los dos tipos de asuntos previstos específicamente en el artículo 6, apartado 3 de la Propuesta de Directiva.

⁴³ En sentido similar ya se pronunció la Recomendación de la Comisión del 2013 al señalar que la legalidad de toda decisión obligatoria resultante de una transacción colectiva debería ser controlada por los órganos jurisdiccionales, que velarán por la adecuada protección de los intereses y derechos de todas las partes implicadas (párrafo 28).

⁴⁴ Si parece resultar extensible, sin embargo, esta previsión a los acuerdos adoptados en una mediación. Téngase en cuenta que, aunque respecto de las reclamaciones individuales, según la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, el contenido del acuerdo de mediación podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud (art. 6.2). Por el contrario, los laudos arbitrales ostentan fuerza ejecutoria sin necesidad de posterior homologación.

⁴⁵ Hagamos el paralelismo con lo que sucede en el ordenamiento jurídico español. Nuestro legislador regula la homologación por parte del juez del acuerdo alcanzado mediante una transacción procesal, otorgando el artículo 517.2.3. LEC fuerza ejecutiva a las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen dichas transacciones o acuerdos. Esta disposición en modo alguno supone que deba imponerse esta exigencia de homologación por parte del juez al laudo dictado en un arbitraje.

mientos jurídicos de los diferentes Estados miembros y del tipo de sistema de participación en el mismo por el que se decantan (*opt in* u *opt out*).

Como hemos mencionado, el único artículo en la Propuesta de Directiva que se refiere a las ADR es el que hemos comentado en las líneas precedentes, esto es, el artículo 8 relativo a los acuerdos en materia de reparación. La Propuesta, por tanto, se concentra únicamente en este tipo de acuerdos, sin hacer ninguna mención expresa al arbitraje colectivo. Percibimos claramente que no se encuentra entre las prioridades del legislador europeo pronunciarse acerca de la posibilidad de interponer acciones colectivas en el marco de un arbitraje. Más bien ha optado por regular otras figuras menos polémicas como son aquellos medios amistosos de resolución de conflictos, concretamente los acuerdos extrajudiciales, que requieren de la aprobación de los órganos jurisdiccionales (u órganos administrativos) para adquirir fuerza ejecutoria.

Adviértase en todo caso, que el hecho de que se permitan las transacciones o acuerdos colectivos, no significa que sean la única alternativa que tienen las partes para resolver sus conflictos de manera extrajudicial. Por el contrario, nada impide —fundamentalmente porque no se prohíbe—, que las partes acudan a un arbitraje para resolver su litigio.

Entendemos que, si el legislador europeo hubiese querido excluir el arbitraje de las ADR colectivas que desea promover, tendría que haberlo indicado en su Propuesta de Directiva, y resulta evidente que no lo ha hecho. Lamentamos que no se haya pronunciado expresamente acerca de la permisibilidad del arbitraje colectivo, ya que de esta manera se hubiera dado luz verde a la implantación en los diferentes Estados miembros de un instrumento que puede resultar idóneo en la resolución de disputas masivas con numerosos implicados que, además, en muchos de los casos se encuentran ubicados en diferentes países. La materia objeto de nuestro estudio, por tanto, parece ser que va a continuar huérfana de regulación en la ley por un tiempo, lo que no debe llevarnos, sin embargo, a entender que los Estados miembros no pueden barajar esta posibilidad, pues si se adoptan las garantías necesarias, podrá regularse la posibilidad de interponer acciones colectivas en un arbitraje bajo determinados condicionantes, a algunos de los cuales vamos a hacer referencia en el siguiente apartado.

IV. REFLEXIONES ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE INTERPONER ACCIONES COLECTIVAS EN EL MARCO DE UN ARBITRAJE

Si queremos reflexionar acerca de la viabilidad o no de la interposición de acciones colectivas en el seno de un arbitraje, esto es, acerca de la posible existencia del arbitraje colectivo en Europa, debemos partir de una premisa básica: el arbitraje es un medio de resolución de conflictos que destaca por su flexibilidad. Este mecanismo se encuentra en permanente evolución,

adaptándose constantemente a las circunstancias y exigencias de las nuevas realidades y contextos. Recordemos, a título de ejemplo, que hasta hace bien poco la figura de los árbitros de emergencia o incluso la posibilidad de que los árbitros pudieran adoptar medidas cautelares, era impensable; tampoco se nos pasaba por la cabeza la existencia de los arbitrajes multiparte o que se permitiera la intervención de terceros en el arbitraje; ni qué decir que determinadas materias, tales como las disputas administrativas o sobre Derecho de la competencia, iban a ser arbitrables, etc.

Todo ello ha demostrado que el arbitraje es una institución que tiene una enorme capacidad para sorprendernos, lo que nos permite augurar que, tal vez en un futuro próximo, este método de resolución de controversias nos depare una nueva sorpresa que no es otra sino la que me atrevo a proponer en este trabajo: la aparición del arbitraje colectivo en Europa⁴⁶. Ahora bien, como señala CARBALLO PIÑEIRO, han de darse ciertas condiciones que combinen el carácter voluntario del arbitraje con el hecho de su tramitación como colectivo, esto es, como un arbitraje a través del cual se puede decidir sobre los derechos de los miembros del grupo cuya defensa en el proceso arbitral asume un demandante-representante⁴⁷.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, el arbitraje presenta diversas virtudes que pueden llegar a resultar sumamente útiles cuando ante litigios que afectan a una colectividad de personas nos encontremos. Estas ventajas, insistimos, se incrementan en el contexto de las disputas colectivas internacionales. Sin embargo, no podemos ser ajenos a las dificultades y obstáculos que plantea la interposición de acciones colectivas en el seno de un arbitraje, fundamentalmente provocados por el carácter consensual y la naturaleza voluntaria del arbitraje.

Hoy en día hablar de arbitraje colectivo en Europa genera muchos interrogantes. Los principales rasgos que caracterizan al arbitraje, tales como la rapidez, antiformalismo, voluntariedad, confidencialidad y flexibilidad, chocan a primera vista frontalmente con los rasgos propios de las acciones colectivas.

Sinceramente no me inquieta en exceso que determinadas características del arbitraje puedan perderse o verse mermadas en el arbitraje colectivo. Me estoy refiriendo fundamentalmente a la confidencialidad, una de las ventajas más valoradas del arbitraje y razón por la cual en muchos casos se decide acudir a este medio de solución de conflictos. Si bien la confidencialidad en el arbitraje colectivo no desaparece en su totalidad, sí se ve seriamente afec-

⁴⁶ A su evolución y a la capacidad constante para sorprendernos se refiere Júdice, J.M., cuando manifiesta que el arbitraje ha conseguido adaptarse constantemente a las nuevas realidades y cambios. "Collective arbitration in Europe: the European way might be the best way", *ICC Dossier XIV- Class & Group actions in arbitration*, (HANOTIAU, B. y SCHWARTZ, E., eds.), ICC Product n° 771E, 2016, pág. 47.

⁴⁷ "Arbitraje colectivo: las insuficiencias del experimento español y algunas reflexiones de reglamentación", cit., pág. 248.

tada⁴⁸. Lo mismo sucede con otro rasgo que también destaca en el arbitraje como es la rapidez. Es cierto que el arbitraje colectivo puede desvirtuar la rapidez que caracteriza a la institución arbitral, pero en todo caso, consideramos que la “cuestión colectiva” se resolverá con mayor celeridad en sede arbitral que en sede judicial.

Lo que realmente es preocupante, y éste es uno de los principales dilemas que se plantea en el arbitraje colectivo, es el respeto a la naturaleza voluntaria del arbitraje, dado que éste sí que es un rasgo fundamental del mismo del que no podemos prescindir. Sólo las partes que de manera voluntaria decidan resolver su conflicto a través de este mecanismo, podrán verse afectadas por el mismo. Sin convenio arbitral no puede existir arbitraje. El convenio es un elemento fundamental e imprescindible en el arbitraje en el que las partes plasman la voluntad de someterse a él. Nadie puede verse compelido a acudir a este medio de resolución de conflictos si no es porque expresamente así se ha comprometido en el correspondiente convenio arbitral – término que engloba todas las declaraciones de voluntad de someter a arbitraje cuestiones litigiosas⁴⁹.

Asentado este principio básico del arbitraje, que en modo alguno puede verse degradado en el arbitraje colectivo, debemos ahora detenernos en la extensión subjetiva de la cosa juzgada del laudo arbitral. Como todos sabemos, los laudos arbitrales producen únicamente efectos *inter partes*, esto es, tan solo frente a quienes han sido parte en el proceso arbitral. La fuerza vinculante del laudo, restringida a quienes han participado en el proceso, se convierte así en el principal desafío al que se enfrentan las acciones colectivas en la vía arbitral.

Nótese que las sentencias que ponen fin a los procesos colectivos en sede judicial sí que excepcionan la tradicional regla *res iudicata inter partes* y presentan efectos *erga omnes*, de modo que producen el efecto de cosa juzgada frente a todos los sujetos afectados o perjudicados por el hecho que se decide

⁴⁸ Para atraer a las partes al proceso arbitral colectivo, esto es, informarles de que se va a interponer o ya se ha interpuesto una demanda arbitral en nombre y representación de un colectivo de personas, y tratar de conseguir que acuda al llamamiento el mayor número de perjudicados, necesariamente va a tener que darse la debida publicidad. Muestra de cuanto decimos puede observarse en el proceder de la *American Arbitration Association* (AAA), que al regular los arbitrajes de clase, dejó de proteger la confidencialidad. De hecho, la mayoría de sus laudos se encuentran disponibles al público a través de su web. Cuestión distinta será que, una vez iniciado el proceso arbitral y se conozca quienes son los perjudicados que pueden verse afectados por el resultado final, se trate de preservar en la mayor medida de lo posible la confidencialidad. Esto es, las partes se comprometan a guardar secreto sobre la información y documentación de la que se tiene conocimiento por participar en el mismo.

⁴⁹ Nuestra Ley arbitral exige que el convenio arbitral en el que las partes plasman su voluntad de sometimiento al arbitraje se formalice por escrito (art. 9 LA). No se admite la posibilidad de acordar un convenio arbitral de forma oral, siguiendo, una vez más, las líneas de la Ley Modelo UNCITRAL. La exigencia de forma escrita del convenio arbitral resulta paradójica en nuestro Derecho si tenemos en cuenta el principio de libertad de forma que rige para los contratos y que viene proclamado en el artículo 1278 CC. Además, esta exigencia ya no es acorde con la práctica internacional puesto que diversos países de nuestro entorno ya no exigen que el acuerdo arbitral conste por escrito (entre otros, en Francia, Bélgica, Suecia, Suiza, los Países Bajos e Italia).

en el proceso, se hayan personado o no en el mismo. Si trasladáramos al arbitraje lo dispuesto en sede judicial con respecto a los efectos de la sentencia dictada en los procesos colectivos, podría suceder que sujetos que no han sido partícipes en un arbitraje, se vieran afectados por un laudo arbitral que no abriga sus expectativas. De ahí que, en caso de admitir el arbitraje colectivo, nos preguntemos a quién debe vincular el laudo arbitral que ponga fin a la controversia colectiva.

Para abordar esta cuestión resulta imprescindible diferenciar los supuestos en los que las partes no han firmado ningún convenio arbitral, de aquéllos en los que, por el contrario, sí lo han hecho. En el primero de los supuestos, esto es, si las partes no han firmado ningún acuerdo arbitral, no se les puede imponer un arbitraje colectivo (sí proponer) y siempre les debe quedar expedita la vía judicial para resolver sus conflictos⁵⁰. La duda se genera cuando las partes sí que han firmado un convenio arbitral (ya sea *ex ante* o *ex post*) porque confían en este medio de resolución de conflictos. Es en este segundo supuesto, en el que debemos plantearnos la dicotomía entre el sistema *opt in* (el grupo incluye únicamente a aquellas personas que deciden optar expresamente por adherirse a la acción colectiva) y el sistema *opt out* (el grupo se compone de todos los individuos que pertenecen al grupo por haber sufrido daños o perjuicios derivados de la misma o similar infracción, salvo en el supuesto en el que opten expresamente por desvincularse del mismo).

Hoy por hoy y hasta que no se consiga una verdadera aceptación de las acciones colectivas tanto por parte de los operadores jurídicos como de los ciudadanos, considero que, a pesar de las ventajas que el sistema *opt out* ofrece⁵¹, en el ámbito del arbitraje la opción por la que debemos decantarnos debe ser por la del modelo de participación voluntaria (*opt in*); máxime si se tiene en cuenta la dificultad que en ocasiones plantea la determinación de las personas que eventualmente pueden formar parte del grupo, y por tanto, de notificarles la existencia del arbitraje colectivo para que tengan la oportunidad de adherirse o excluirse de la acción colectiva. Solo así se garantiza que aquellos sujetos que no han tenido conocimiento de la acción colectiva en sede arbitral, no se vean privados de tutelar sus derechos o intereses, ya sea por vía judicial o arbitral. Entendemos que en el estado actual en el que se encuentran las acciones colectivas en Europa, todavía no estamos preparados para adoptar una decisión en otro sentido.

⁵⁰ Ya hemos dicho que el arbitraje es un método de resolución de conflictos esencialmente voluntario. Imagínense el hipotético supuesto que se permitiera que un sujeto se viera involucrado en un arbitraje sin haberlo consentido y, además, el resultado final del laudo le resultara insatisfactorio. Este sujeto estaría impedido de acudir a la vía judicial, lo que supondría una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva.

⁵¹ Como señala GIDI, parece tener mayores ventajas el sistema *opt-out* como modelo idóneo para el ejercicio de las acciones colectivas, ya que muy pocos afectados optarían por reservar su pretensión, por lo que el tamaño del grupo sería superior y la correspondiente tutela, mucho más extensa. "Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil". *Un modelo para países de Derecho civil*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, pág. 37.

La fuerza preclusiva del laudo colectivo debería afectar, por tanto y en principio, exclusivamente a aquellos sujetos que han consentido el arbitraje colectivo. De modo que, únicamente se verán afectados por el laudo colectivo que en su día se dicte, quienes, de manera expresa y voluntaria a través de una fórmula *opt in*, hayan asumido que el resultado del proceso pueda vincularles; lo que resulta mucho más acorde con la naturaleza consensual que caracteriza a esta institución. Este sistema es, al final y cabo, el adoptado en sede judicial en la mayoría de Estados miembros de la Unión Europea y el que se propugna desde las instituciones europeas.

En definitiva, si se admitieran las acciones colectivas en el arbitraje, se tendría que respetar que aquellos sujetos que, por las razones que consideren, no quieran participar en el arbitraje colectivo, estando legitimados para ello, puedan acudir a otro arbitraje o incluso a los Juzgados y Tribunales para defender sus derechos e intereses⁵².

Entendemos que el sistema *opt out* presenta un difícil encaje en la naturaleza consensual del arbitraje y, por tanto, ocasionaría múltiples problemas a los que habría de hacer frente el arbitraje colectivo⁵³. Este modelo únicamente se justificaría en aquellas ocasiones en las que nos encontráramos con litigios de escasa cuantía, en los que la reclamación individual de cada sujeto fuera tan ínfima que la única vía eficaz de tutela sería la acción colectiva⁵⁴; algo similar a lo que plantea la Propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación, aunque respecto de las acciones colectivas representativas en sede judicial (art. 6).

Una vez hemos dejado clara nuestra postura acerca del sistema de participación en un arbitraje colectivo, queremos reflexionar acerca de la necesidad (o no) de que se regule la posibilidad del arbitraje colectivo y con ello, sus requisitos, condiciones y efectos. Nos cuestionamos si lo conveniente sería prever en los códigos procesales o en las leyes arbitrales de los diferentes países europeos esta posibilidad o si, por el contrario, podría resultar suficiente que las instituciones arbitrales regularan en sus respectivos Reglamentos este tipo de arbitraje y sus especificidades. Precisamente esto último es lo que ha sucedido en Estados Unidos, en donde, sin contar con ninguna legislación

⁵² MARÍN LÓPEZ, M.J., “Objeto y límites del arbitraje de consumo”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, 2005, n° 39, pág. 183.

⁵³ PINTO MOTEIRO, A.P., y MACEDO, J., “Some first steps on the difficult road to a coherent class or collective arbitration regime in Europe? Portugal’s upcoming shareholder dispute regime”, *Portugal’s upcoming shareholder dispute regime*, X Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 88.

⁵⁴ No obstante, como recuerda COROMINAS BACH, no cabe olvidar que muchos de los intereses pluriindividuales homogéneos son intereses cuyas características requieren de una tutela necesariamente colectiva, con la finalidad de contrarrestar la desproporción entre los costes de litigación y la tutela individual. De modo que, si bien se vulneraría el derecho de defensa del perjudicado que no fue previamente notificado, la poca entidad del daño individual, podría convertir en irrelevante dicha vulneración, especialmente en aquellos casos en los que la posibilidad de que dicho sujeto ejercitara la acción de tutela individual fuera remota. *La legitimación activa de las acciones colectivas*, Tesis Doctoral, Universitat de Girona, 2016, pág. 139.

federal ni estatal al respecto, han sido dos las instituciones arbitrales, la *American Arbitration Association (AAA)* y la *Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS)*, las que han tomado las riendas e instaurado en sus reglamentos el arbitraje de clase, promoviendo su empleo y desarrollo en todo el país.

En nuestra opinión, sin perjuicio de que las instituciones arbitrales prevean en sus Reglamentos la posibilidad de administrar arbitrajes colectivos y los regulen de forma detallada, sería deseable que, bajo la normativa procesal propia de cada Estado se recogiera, al menos, la viabilidad de interponer acciones colectivas en el arbitraje. Hasta que no exista un marco legislativo que dé carta blanca al arbitraje colectivo, son muchas las dudas que puede llegar a plantear este tipo de arbitraje.

Entre otros, habrán de regularse aspectos tales como: quién está legitimado para interponer una reclamación arbitral colectiva, los criterios que se deben imponer para admitir una demanda arbitral colectiva, a quién corresponde la decisión de su admisión, qué decisiones puede adoptar el árbitro, si van a intervenir los jueces en alguna fase del proceso arbitral, quién ostenta la carga de notificar a los miembros del grupo y cómo debe hacerlo, quién asume los costes del proceso, etc. Y por supuesto, deben decidirse dos aspectos claves en este ámbito, como son, el modelo de participación en el arbitraje (*opt in, opt out*, o modelo mixto) y los efectos subjetivos del laudo que dirima la controversia.

Para la toma de estas decisiones podrían adoptarse como referencia los criterios sobre acciones colectivas establecidos en sede judicial en los respectivos ordenamientos pero adaptados al mecanismo arbitral, tal y como han realizado las dos mencionadas instituciones arbitrales en Estados Unidos (AAA y JAMS), que se han basado en las acciones de clase reguladas en la Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure*, aprovechando de este modo la abundante jurisprudencia existente relativa a la interpretación de tal norma. Además, nada impide que, gracias a la flexibilidad permitida en el arbitraje, se pueda innovar y aprobar determinadas decisiones procesales que en sede judicial no podrían asumirse y que, sin embargo, pueden arrojar beneficios considerables a la hora de aportar pragmatismo y eficacia a los procesos colectivos.

Convendría también tener en cuenta los parámetros y recomendaciones establecidos tanto en la Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización de 2013, como en la futura Directiva -todavía en fase de propuesta-, sobre las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos. En ambos textos se regulan, entre otras, la capacidad para interponer una acción de representación, la admisibilidad de la acción colectiva, la información, la financiación, la constitución de la parte demandante, etc.; aspectos todos ellos que no pueden perderse de vista, pues se trata de las líneas orientativas en esta materia que marca Europa.

Resta indicar, que el medio *on line* puede resultar un foro óptimo para la resolución de disputas masivas con afectados que se encuentran en diversos lugares. Por ello, el arbitraje colectivo podría verse promovido por el desarrollo de plataformas como la implantada por el Reglamento 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento ODR); plataforma de resolución de litigios en línea que facilita la resolución extrajudicial de litigios entre consumidores y comerciantes y que empezó a operar el 15 de febrero de 2016⁵⁵. Esta plataforma también podría ayudar a los consumidores con reclamaciones arbitrales similares a ponerse en contacto y a facilitarles información acerca de los medios alternativos de resolución de controversias colectivos existentes en otro país. Además, el siguiente paso podría consistir en que no se delegara la resolución de los conflictos en las ADR nacionales, sino que ella misma asumiera la administración de los procedimientos. Al respecto, se ha pronunciado recientemente el Parlamento Europeo en un Estudio llevado a cabo sobre las acciones colectivas en los Estados de la UE. El Parlamento recomienda que la plataforma *on line* implementada con la Directiva y el Reglamento de 2013, se adapte a las especificidades de las acciones colectivas, de modo que puedan interponerse este tipo de acciones en sede de mediación o de arbitraje. Ello evitaría la creación de todo un nuevo mecanismo, dado que la plataforma mencionada ya está en funcionamiento y, por tanto, únicamente se necesitarían determinados ajustes⁵⁶.

Por último, y a modo de conclusión, respondiendo a la pregunta que lleva por título este trabajo, es decir: ¿representa la Directiva una oportunidad perdida para la implantación del arbitraje colectivo? Nuestra respuesta es sí. Efectivamente se ha dejado pasar una buena ocasión para reconocer el arbitraje colectivo en Europa. Ello no debe llevarnos, sin embargo, a pensar que los Estados miembros no pueden prever en sus respectivos ordenamientos jurídicos la posibilidad de interponer acciones colectivas en un arbitraje, pues si se adoptan las garantías necesarias, podrá regularse bajo determinados requisitos o condicionantes.

⁵⁵ La plataforma constituye una ventanilla única para los consumidores y comerciantes que desean resolver extrajudicialmente sus litigios. Consiste básicamente en un sitio de internet interactivo al que se puede acceder de forma electrónica y gratuita en todas las lenguas oficiales de la Unión y a través de la cual se informa a las partes acerca de las ADR nacionales competentes existentes para conocer de los litigios. Adviértase, sin embargo, que no se encarga de solucionar los conflictos, sino que se limita a establecer una serie de reglas y pautas para la resolución de tales disputas a través de las diferentes entidades ADR nacionales.

⁵⁶ “Collective redress in the Member States of the European Union” Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, Directorate General for Internal Policies of the Union, PE 608.829, Octubre 2018, pág. 91. Disponible en <file:///C:/Users/Admin/Documents/Acciones%20colectivas/Europa/PARLIAMENT%20STUDY%20on%20collective%20redress.pdf>