



Revista de Derecho Privado

E-ISSN: 1909-7794

mv.pena235@uniandes.edu.co

Universidad de Los Andes

Colombia

Céspedes Ríos, Helena Lucía

Sistema opt-in: la respuesta a una épica batalla entre la acción de clase y el arbitraje

Revista de Derecho Privado, núm. 54, julio-diciembre, 2015, pp. 1-31

Universidad de Los Andes

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360043572007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



## **SISTEMA *OPT-IN*: LA RESPUESTA A UNA ÉPICA BATALLA ENTRE LA ACCIÓN DE CLASE Y EL ARBITRAJE**

**HELENA LUCÍA CÉSPEDES RÍOS**

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.54.2015.04>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Rev. derecho priv. No. 54

julio - diciembre de 2015. ISSN 1909-7794

## Sistema *opt-in*: la respuesta a una épica batalla entre la acción de clase y el arbitraje

### Resumen

A partir de la decisión tomada por la Corte Suprema de California en el caso *Keating v. Superior Court* de 1982, se creó la *class arbitration*, esto es, el ejercicio de una acción de clase en sede arbitral. Esta iniciativa estadounidense de resolución de controversias ha trascendido la esfera nacional. En efecto, ha tenido lugar en otras jurisdicciones, entre ellas, la colombiana. Sin embargo, en la actualidad existen posiciones disímiles respecto a su procedencia en caso de silencio del pacto arbitral. Lo anterior, en razón a la naturaleza representativa de la acción de clase y al carácter consensual del arbitraje, que hace que en principio estas dos figuras parezcan incompatibles. En este contexto, el presente artículo tiene por objeto proponer una alternativa que permita armonizar los citados mecanismos.

**Palabras clave:** acción de clase en sede arbitral, sistemas de determinación de la clase, silencio del pacto arbitral, interpretación del pacto arbitral.

## *Opt-in system: the answer to an epic battle between class actions and arbitration*

### Abstract

A decision by the Supreme Court of California in *Keating v. Superior Court* in 1982 recognized a new form of arbitration known as “class arbitration”, that is, the filing of a class action in an arbitral tribunal. This US initiative for resolving disputes has transcended the national level and has in fact been invoked in other jurisdictions, including Colombia. However, there are currently disparate positions with respect to its origin where the arbitration agreement is silent on the matter. This is due to the representative nature of the class action and the consensual nature of arbitration and thus means that in principle these two methods appear incompatible. In this context, this paper aims to propose an alternative solution to harmonize such mechanisms.

**Keywords:** class action arbitration, systems that determine the class, silence of the arbitration agreement, interpretation of the arbitration agreement

## Sistema *opt-in*: a resposta a uma épica batalha entre a ação de classe e a arbitragem

### Resumo

A partir da decisão tomada pela Corte Suprema da Califórnia no caso *Keating v. Superior Court* de 1982, foi criada a *class arbitration*, isto é, o exercício de uma ação de classe em sede arbitral. Esta iniciativa estadunidense de resolução de controvérsias transcendeu a esfera nacional. De fato, teve lugar em outras jurisdições, entre elas, a colombiana. Porém, na atualidade existem posições dissimiles com respeito a sua procedência em caso de silêncio do pacto arbitral. O anterior, em razão à natureza representativa da ação de classe e ao carácter consensual da arbitragem, que faz com que em princípio estas duas figuras pareçam incompatíveis. Neste contexto, o presente artigo tem por objetivo propor uma alternativa que permita harmonizar os citados mecanismos.

**Palavras-chave:** ação de classe em sede arbitral, sistemas de determinação da classe, silêncio do pacto arbitral, interpretação do pacto arbitral.

# Sistema *opt-in*: la respuesta a una épica batalla entre la acción de clase y el arbitraje\*

Helena Lucía Céspedes Ríos\*\*

## SUMARIO

Introducción – I. EL TRATAMIENTO ARBITRAL DE LA ACCIÓN DE CLASE EN CASO DE SILENCIO DEL PACTO ARBITRAL – A. *Evolución jurisprudencial de la class arbitration* – 1. Procedencia de la class arbitration en caso de silencio del pacto arbitral - 2. Improcedencia de la class arbitration en caso de silencio del pacto arbitral - B. *Consagración legal de la acción de clase en sede arbitral: arbitraje de consumo colectivo* – C. *Consideraciones* – II. PROCEDIMIENTO APLICABLE A LA ACCIÓN DE CLASE EN SEDE ARBITRAL – A. *Reglas institucionales sobre la class arbitration: una evocación al modelo estadounidense de la acción de clase* – 1. Interpretación del alcance de la cláusula compromisoria - 2. Certificación de la clase - 3. Laudo final: decisión sobre el fondo de la controversia - B. *Problema: adopción del sistema opt-out para la determinación de la clase* – III. INTERPRETACIÓN DEL PACTO ARBITRAL – A. *Criterios de interpretación del pacto arbitral* - 1. Principio de interpretación restrictiva - 2. Principio de interpretación extensiva - 3. Principio de interpretación autónoma – B. *Interpretación del silencio del pacto arbitral para determinar la procedencia de la class arbitration* – 1. La class arbitration es un mecanismo de solución de controversias previsible - 2. La class arbitration permite una efectiva organización para la resolución de controversias - 3. La cláusula compromisoria silenciosa frente a la class arbitration debe ser interpretada en contra de quien la redactó - IV. SISTEMA OPT-IN: INSTRUMENTO DE ARMONIZACIÓN DEL CARÁCTER CONSENSUAL DEL ARBITRAJE Y LA NATURALEZA REPRESENTATIVA DE LA ACCIÓN DE CLASE – V. CONCLUSIONES – Referencias.

---

\* Cómo citar este artículo: Céspedes Ríos, H. L. (Diciembre, 2015). Sistema *opt-in*: la respuesta a una épica batalla entre la acción de clase y el arbitraje. *Revista de Derecho Privado*, 54. Universidad de los Andes (Colombia).

\*\* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derecho de los Negocios Internacionales y magíster en Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Cargos actuales: abogada en la firma de abogados SRBC Legal y profesora auxiliar de la Cátedra de Derecho de Obligaciones de la Pontificia Universidad Javeriana. Correo: hl.cespedes10@uniandes.edu.co

## Introducción

La *class arbitration* es una iniciativa estadounidense de resolución de controversias que tuvo lugar con ocasión de la decisión tomada por la Corte Suprema de California en el caso *Keating v. Superior Court* de 1982 (Allor, 1983, pág. 1239). En esta oportunidad la citada corporación indicó que aquella era la solución que implicaba menores intrusiones a los aspectos contractuales de la relación existente entre un franquiciador y sus franquiciados.

En efecto, como lo puso de presente dicha entidad, los contratos de adhesión con cláusulas compromisorias estándar, cada vez más comunes en una economía globalizada como la actual, son escenarios propicios para la *class arbitration*. Lo anterior, por tratarse de contratos uniformes en donde el incumplimiento proveniente de la parte que lo redacta legitima a los adherentes para iniciar acciones legales con fundamento en las mismas cuestiones de hecho y de derecho.

Considerando que la acción de clase es una herramienta de acumulación procesal, en virtud de la cual uno o varios demandantes autoseleccionados inician un proceso en nombre y representación de una categoría de personas que se encuentra en condiciones similares (Born, 2014, pág. 1506), esta resulta apropiada para resolver las controversias derivadas de los contratos de adhesión.

Por un lado, elimina la multiplicidad de litigios basados en los mismos fundamentos de hecho

y de derecho, evitando así decisiones contradictorias; por otro lado, permite el acceso a la justicia a aquellos cuyas pretensiones individualmente consideradas son demasiado pequeñas para justificar un proceso (Cremades, 2010, pág. 159); por último, impide a los infractores de la ley beneficiarse de su conducta inapropiada.

Sin embargo, el efecto propio de la acción de clase, conforme al cual la decisión tomada dentro de esta vincula a todos sus miembros, puede ser contrario a la naturaleza consensual del arbitraje dependiendo del sistema elegido para determinarlos. Sobre el particular, tradicionalmente se han adoptado dos sistemas: el *opt-out*, en virtud del cual son miembros de la clase quienes se abstengan de manifestar su intención de no hacer parte de esta, y el *opt-in*, de acuerdo con el cual la clase está conformada únicamente por las personas que indiquen su interés de unírsele.

El procedimiento civil de Estados Unidos, país pionero de la *class arbitration*, así como el de otras jurisdicciones, entre ellas la colombiana, acoge el sistema *opt-out* (Nater-Bass, 2009, pág. 672) para determinar los miembros de la clase, de modo que este ha permeado el trámite de la *class arbitration*.

De hecho, las únicas reglas institucionales al respecto, esto es, las *Supplementary Rules for Class Arbitrations* de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA Rules) y las *JAMS Class Action Procedures* de la Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS Procedures), fueron emitidas con base en el artículo 23 del *Federal Rules of*

Civil Procedure –FRCP– (Strong, 2008, pág. 37). Así mismo, la class arbitration que tuvo lugar en Colombia con ocasión del caso *Valencia v. Bancolombia* se tramitó con base en el procedimiento establecido en la Ley 472 de 1988, por medio de la cual se regula la acción de grupo.

Lo anterior ha generado posiciones disímiles frente a la procedencia de la acción de clase en sede arbitral, en particular cuando la cláusula compromisorio guarda silencio (Martínez S. y Martínez P., 2010, pág. 186), siendo esta la situación más común.

Ahora bien, considerando que la protección de la parte vulnerable en los contratos de adhesión implica garantizarle el acceso a la justicia en caso en que haya sufrido daños de poca cuantía; que el arbitraje puede corregir la deficiencia del sistema judicial y que este es un mecanismo de solución de controversias autónomo y eficaz para resolver todas las cuestiones derivadas de las diferencias surgidas entre las partes, la class arbitration es una realidad necesaria (De Fontmichel, 2008, págs. 654-655), por lo tanto, se debe propender por su procedencia.

En este orden de ideas, el presente artículo tiene por objeto proponer una alternativa que permita armonizar la naturaleza representativa de la acción de clase con la naturaleza consensual del arbitraje, de modo que la class arbitration sea viable en caso de silencio del pacto arbitral.

Con este propósito se presentará, en primer lugar, el tratamiento disímil que la jurisprudencia y la ley le han dado a la class arbitration cuan-

do la cláusula compromisorio no dice nada al respecto. En segundo lugar, se hará alusión al procedimiento aplicable a la class arbitration, enfatizando en las reglas institucionales existentes en la materia, en aras de identificar la problemática que de ellas se deriva. En tercer lugar, se estudiarán los principios de interpretación del pacto arbitral para demostrar que la class arbitration es procedente en caso en que este guarde silencio. Por último, se propondrá la adopción del sistema opt-in como instrumento idóneo para armonizar la naturaleza representativa de la acción de clase y el carácter consensual del arbitraje.

## I. EL TRATAMIENTO ARBITRAL DE LA ACCIÓN DE CLASE EN CASO DE SILENCIO DEL PACTO ARBITRAL

En aras de evidenciar las posiciones contradictorias a que ha generado la procedencia de la class arbitration en razón del carácter consensual del arbitraje y la naturaleza representativa de la acción de clase, se presentará el tratamiento jurisprudencial y legal que se le ha dado a la figura en comento en caso de silencio del pacto arbitral. Luego de esto, se harán unas consideraciones al respecto para advertir el estado actual en el que se encuentra la materia objeto de estudio.

## **A. Evolución jurisprudencial de la class arbitration**

Respecto a la procedencia de la class arbitration en caso de silencio del pacto arbitral, la jurisprudencia se ha pronunciado en dos sentidos. Por un lado, admitiendo que esta es viable pese a la ausencia de un pronunciamiento expreso de las partes y, por otro lado, indicando que la acción de clase en sede arbitral solo es posible en la medida en que las partes hayan manifestado su voluntad en ese sentido (Lockridge, 2003, pág. 264).

### **1. Procedencia de la class arbitration en caso de silencio del pacto arbitral**

La acción de clase en sede arbitral ha sido permitida en caso de silencio del pacto arbitral no solo por la jurisprudencia estadounidense, sino por la jurisprudencia colombiana. Igualmente, ha sido objeto de debate dentro de un arbitraje de inversión del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

#### **1.1. Caso *Keating v. Superior Court*: el origen de una nueva modalidad de arbitraje**

En 1982, la Corte Suprema de California reconoció en el caso *Keating v. Superior Court* una nueva modalidad de arbitraje que combinaba en un solo procedimiento las demandas de una clase entera de litigantes (Allor, 1983, pág. 1239). Esto con ocasión de las controversias surgidas entre Southland Corporation, franquiciador de las tiendas 7-Eleven, y sus franquiciados en el citado Estado, quienes habían interpuesto en

sede judicial demandas en su contra por fraude, declaraciones inexactas, incumplimiento del contrato y violación de las revelaciones exigidas por la Franchise Investment Law, entre otras.

Los franquiciados consideraban, por una parte, que el pacto arbitral no era ejecutable por estar incorporado en un contrato de adhesión y, por otra, que la disputa no era arbitrable al involucrar violaciones a la Franchise Investment Law. Ahora bien, en caso que el arbitraje fuera procedente, aducían que este debía tramitarse mediante una acción de clase. Por el contrario, Southland sostenía que, de conformidad con la cláusula compromisoria estándar contenida en el acuerdo celebrado con cada uno de sus franquiciados, las citadas diferencias debían ser resueltas en una base individual, mediante arbitraje.

En consecuencia, correspondió a la Corte analizar la procedencia de la class arbitration. Para ello, se pronunció en primer lugar sobre la importancia de la acción de clase como instrumento para reivindicar los derechos de grupos de personas. En efecto, esta elimina la multiplicidad de litigios basados en los mismos fundamentos de hecho y de derecho. De igual forma, permite el acceso a la justicia a los demandantes cuya pretensión es demasiado pequeña para justificar un proceso individual. Por lo tanto, impide que los infractores de la ley se beneficien de su conducta inadecuada.

En segundo lugar, se refirió a los contratos de adhesión como escenarios propicios para la acción de clase, por tratarse de contratos uni-



formas a los que les son aplicables los mismos principios de interpretación, en los cuales los miembros de la clase tienen un interés común. Así, la class arbitration en estos contratos implica intrusiones menores a los aspectos contractuales de la relación, puesto que la clase está conformada por todas aquellas personas que han suscrito un contrato con la parte demandada; cada uno de esos contratos contiene una cláusula compromisoria sustancialmente igual y los miembros de la clase son libres de no hacer parte de esta.

Por último, usando el razonamiento de W. Churchill para defender la democracia, la Corte indicó que la class arbitration debía evaluarse en relación con las alternativas existentes y no con algún ideal. De este modo, si la alternativa en el caso concreto era forzar a cientos de franquiciados a litigar individualmente su causa contra Southland en diferentes sedes arbitrales, la class arbitration a pesar de sus dificultades podía ofrecer una solución más eficiente y justa.

### **1.2. Caso Valencia v. Bancolombia: la class arbitration es procedente cuando todos los miembros de la clase han suscrito el pacto arbitral**

En 2001, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) de Colombia se pronunció sobre la procedencia de la acción de clase en sede arbitral, al decidir en segunda instancia una acción de tutela interpuesta en el caso *Valencia v. Bancolombia*.

Maximiliano Echeverri Marulanda y Luis Alberto Durán Valencia interpusieron una acción de tutela en contra del Juzgado 20 Civil del Circui-

to al considerar que este había vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, de asociación y propiedad, cuando ordenó la terminación del proceso acogiendo la excepción previa de cláusula compromisoria propuesta dentro de la acción de grupo por ellos instaurada en contra de Bancolombia S. A.

Argumentaban los demandantes que debía excluirse la procedencia de la cláusula compromisoria, puesto que la acción de grupo era de aplicación preferente frente a las normas que regulan el trámite arbitral. Ello, en razón a la naturaleza especial que ostenta por su origen constitucional. Sin embargo, el juez de tutela de primera instancia, esto es, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desestimó la protección constitucional aduciendo que las autoridades judiciales habían actuado de conformidad con el material probatorio recaudado, dentro del cual se encontraba el pacto arbitral.

Esta decisión fue impugnada por los demandantes, y correspondió a la CSJ determinar si los tribunales de arbitraje, *per se*, pueden conocer de las acciones de grupo —o de clase— reguladas en la Ley 472 de 1998. Con este propósito se refirió a las características fundamentales de la acción de clase, así como a la naturaleza jurídica y alcances del arbitraje.

Respecto de las características relevantes de la acción de clase destacó, en primer lugar, su naturaleza esencialmente indemnizatoria; en segundo lugar, la irrelevancia de la fuente del daño para determinar su viabilidad, toda vez que el origen del daño puede estar en la vulne-



ración de un derecho colectivo o subjetivo de carácter constitucional o legal y; en tercer lugar, los efectos ultrapartes de la sentencia que en ella se profiere.

Frente al arbitraje, resaltó como notas arquetípicas su carácter voluntario, su naturaleza temporal y su excepcionalidad. Así mismo, hizo énfasis, por un lado, en el carácter dispositivo del derecho controvertido como condición del arbitraje; por otro lado, en la autorización legal que permite el pacto arbitral en los contratos de sociedad; y finalmente en la eficacia interpartes de la cláusula compromisoria o compromiso.

Así las cosas, indicó que los tribunales arbitrales por regla general no son competentes para conocer de las acciones de grupo o de clase:

No porque estas tengan consagración constitucional, pues todo proceso la tiene (...) sino porque la sentencia que en ellas se profiera, por lo menos en Colombia, vincula a todas las personas que se encuentran en “condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales” [subraya en el original]. (csj Civil, 2001, C. Jaramillo).

A juicio de la csj esta situación es incompatible con los alcances del pacto arbitral en los casos en que todos los miembros de la clase no lo hubiesen suscrito, ya que ello significaría que estos no han declinado de la justicia estatal. Sin embargo, otra sería la “conclusión cuando el ‘grupo’ únicamente esté conformado por personas que, como los socios de una sociedad, han concertado el pacto arbitral o aceptado la presencia de una cláusula compromisoria”, hipó-

tesis en la cual todos los integrantes del grupo han renunciado a ventilar sus pretensiones ante los jueces.

Por lo tanto, en el caso concreto, si alguno de los socios o un grupo de ellos deseaba iniciar una acción de clase debía hacerlo ante un tribunal de arbitraje, respetando así el pacto arbitral. Con base en esta decisión, Luis Alberto Durán Valencia presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá una solicitud de arbitraje para que se resolviera la acción de grupo propuesta contra Bancolombia S. A. y otros, la cual fue tramitada de conformidad con lo dispuesto en la Ley 472 de 1988.

En este orden de ideas, el tribunal ordenó informar a los miembros del grupo el auto admisorio de la demanda a través de diversos medios masivos de comunicación; notificar personalmente la demanda y la asunción de competencia al Defensor del Pueblo; enviar a la Defensoría del Pueblo una copia de la demanda y del auto admisorio para el registro público de acciones populares y de grupo, informar al Procurador General de la Nación de la instalación del tribunal y convocar a audiencia de conciliación.

### **1.3. Caso *Green Tree Financial Corp. v. Lynn Bazzle*: la class arbitration es una cuestión de interpretación contractual relacionada con el procedimiento**

Pese a lo anterior, según Strong (2009, pág. 1076) fue hasta el año 2003 que la class arbitration adquirió relevancia nacional e internacional, gracias a la decisión tomada por la Corte Supre-

ma de Estados Unidos en el caso *Green Tree Financial Corp. v. Lynn Bazzle* (en adelante *Green Tree v. Bazzle*). Este tuvo lugar con ocasión de las demandas individuales interpuestas ante la Corte Estatal de Carolina del Sur, por Lynn y Burt Bazzle en contra de la sociedad comercial Green Tree, a fin de obtener la indemnización de los perjuicios que les fueron causados en razón de la omisión de información que, por mandato legal, esta última debía revelar antes de la celebración del contrato en virtud del cual les concedió un crédito de mejoramiento de vivienda.

En esa oportunidad, los Bazzle solicitaron a la Corte de Carolina del Sur autorización para actuar en representación de la clase conformada por todos los clientes de Green Tree que hubiesen suscrito contratos similares a los suyos. Por su parte, la demandada requería a la Corte para que ordenara el arbitraje en razón de la cláusula compromisoria contenida en los contratos objeto de la controversia.

La Corte, teniendo en cuenta la existencia del pacto arbitral y que este guardaba silencio sobre la procedencia de la acción de clase, consideró a la luz de la ley de Carolina del Sur que la class arbitration estaba permitida y, en consecuencia, certificó la clase y ordenó el trámite arbitral, el cual fue administrado como una acción de clase que concluyó en una condena en contra del banco comercial. Una situación similar se había presentado con ocasión de otra demanda interpuesta en representación de una clase conformada por diferentes clientes de Green Tree, decidida en igual sentido por el mismo árbitro que se pronunció en el caso de los Bazzle.

Green Tree recurrió las decisiones en comento alegando que la class arbitration era legalmente impermisible. Cuando la Corte de Carolina del Sur conoció del asunto, decidió acumular los procesos y concluir que el arbitraje había tomado la forma apropiada, toda vez que la ambigüedad del contrato debía interpretarse en contra de Green Tree, la ley de Carolina del Sur que favorecía el arbitraje no prohibía expresamente la class arbitration y los contratos de adhesión no debían ser utilizados para evitar la acción de clase en sede arbitral.

No obstante, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que la procedencia de la class arbitration era una cuestión de interpretación contractual relacionada con el procedimiento arbitral. Por lo tanto, es al árbitro y no a la Corte, al que corresponde decidir si el contrato celebrado por las partes permite al demandante iniciar un arbitraje en representación de una clase de individuos que han celebrado contratos similares con el demandado.

#### **1.4. Caso *Abaclat v. Republic of Argentina*: el silencio del Reglamento respecto a procedimientos colectivos es una laguna, no una prohibición**

En 2011, un tribunal arbitral internacional trató cuestiones similares a la class arbitration en el caso *Abaclat v. Republic of Argentina*. En esta oportunidad, la Associazione per la Tutela degli Investitori in Titoli Argentini inició un arbitraje de inversión actuando en nombre de más de 60000 italianos tenedores de bonos argentinos, insatisfechos por la reestructuración de la

deuda soberana realizada en Argentina luego de la crisis económica de 2001.

El demandante alegaba que el procedimiento masivo estaba dentro de los límites jurisdiccionales del Reglamento del CIADI,<sup>1</sup> puesto que no era diferente de otro arbitraje multiparte; así mismo, era consistente con el objetivo del tratado bilateral de inversión (BIT); y finalmente, las demandas eran manejables al tener fundamentos de hecho y de derecho comunes. Por su parte, el demandado aducía que tal procedimiento era inadmisibles bajo el Reglamento del CIADI, toda vez que el citado reglamento no preveía ni permitía demandas masivas; la acción de la referencia no podía ser comparada con un arbitraje multiparte y los procedimientos masivos eran inmanejables porque los hechos y circunstancias individuales eran relevantes no solo para decidir el fondo de la controversia sino también su procedimiento.

En consecuencia, el tribunal tuvo que determinar si el procedimiento masivo era viable bajo el Reglamento del CIADI. Sobre el particular concluyó que era contrario al propósito del BIT y al espíritu del CIADI requerir, además del consentimiento general para el arbitraje, un consentimiento expreso complementario para la forma de cada arbitraje. Lo anterior considerando, en primer lugar, la ausencia de definición de inversión existente en el Convenio del CIADI; en segundo lugar, que el BIT cubría inversiones susceptibles de involucrar un gran número de inversionistas; y, por último, que la protección efectiva de las

inversiones requería de una ayuda colectiva.

En este orden de ideas, el silencio del Reglamento del CIADI respecto de procedimientos colectivos debía ser considerado como una laguna y no como una prohibición. De tal suerte, el Tribunal tenía la facultad de llenarla de conformidad con el artículo 44 del citado instrumento, en virtud del cual le corresponde a los árbitros decidir las cuestiones de procedimiento no reguladas en el reglamento ni por la voluntad de las partes.

## 2. Improcedencia de la class arbitration en caso de silencio del pacto arbitral

Pese a la jurisprudencia descrita, en la cual se admite la procedencia de la acción de clase en sede arbitral aun en caso de silencio de la cláusula compromisoria, la Corte Suprema de Estados Unidos, país pionero de esta modalidad de arbitraje, se pronunció en sentido contrario en los casos que se describen a continuación.

### 2.1. Caso *Stolt-Nielsen S.A. v. Animalfeeds International Corp.*: el mero silencio de las partes no implica un consentimiento implícito

La Corte Suprema de Estados Unidos indicó en el caso *Stolt-Nielsen v. Animalfeeds* de 2010, que la class arbitration no era procedente ante el silencio de la cláusula compromisoria. Lo anterior, con ocasión del recurso interpuesto contra el laudo parcial a través del cual el tribunal arbitral que conoció de la demanda presentada por Animalfeeds en contra de Stolt Nielsen interpretó el alcance de la cláusula compromisoria suscrita entre las partes, para determinar la

1 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

procedencia de la class arbitration.

La decisión arbitral en comento tuvo lugar en razón de la demanda que Animalfeeds, proveedor de ingredientes crudos para la elaboración de alimentos para animales, había interpuesto en contra de la empresa de transporte marítimo Stolt-Nielsen en representación de todos los clientes de esta, debido a la inconformidad existente frente a las tarifas por esta cobradas dentro de los contratos estándar que celebraba con los usuarios de sus servicios, y por su actuación encaminada a restringir la competencia.

El tribunal, con base en lo dispuesto en las AAA Rules, determinó como una cuestión previa la procedencia de la class arbitration a la luz del pacto arbitral, el cual guardaba silencio frente al tema. Para ello tuvo en consideración los múltiples contextos en los que esta modalidad de arbitraje había sido autorizada con posterioridad a la decisión adoptada en el caso *Green Tree v. Bazzle*.

No obstante, la Corte al analizar si imponer a las partes una class arbitration en caso de silencio de la cláusula compromisoria era acorde con la Federal Arbitration Act (FAA), estimó que los árbitros habían excedido sus facultades con la citada decisión, dado que en lugar de identificar y aplicar la norma correspondiente basaron su decisión en el consenso que percibieron respecto de la acción de clase en sede arbitral.

Sobre el particular, indicó que el caso *Green Tree v. Bazzle* había sido malinterpretado, puesto que aquel no había establecido el estándar a ser aplicado por el árbitro para determinar, vía

interpretación, si el contrato permite o no la acción de clase en sede arbitral. Así mismo, señaló que el mero silencio de las partes respecto de la procedencia de la class arbitration no podía ser considerado como consentimiento implícito, en razón a la naturaleza consensual del arbitraje y a los cambios que esta introduce al arbitraje bilateral. Por tanto, la regla a ser aplicada para determinar la procedencia de esta nueva modalidad de arbitraje es la existencia de una base contractual, de la cual se pueda establecer que las partes están de acuerdo con ella.

## 2.2 Caso *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*: la class arbitration desnaturaliza el arbitraje

Un año más tarde, en 2011, la decisión tomada en el caso *Stolt-Nielsen* fue confirmada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*. Allí se discutió una acción de clase interpuesta ante la Corte Distrital de California por Vincent y Liza Concepcion en contra del fabricante de teléfonos celulares AT&T Mobility LLC. Estos argumentaban que el demandado había incurrido en falsa publicidad y fraude al haberles cobrado un impuesto sobre las ventas de unos teléfonos celulares que, de acuerdo con lo publicitado, fueron entregados gratuitamente con ocasión de los contratos de prestación de servicios entre ellos celebrados. Dicho contrato contenía una cláusula compromisoria que prohibía expresamente la class arbitration.

En estas circunstancias, el demandado solicitó a la Corte que ordenara el arbitraje en los términos acordados en el contrato celebrado

con los Concepcion. Por su parte, los demandantes se opusieron alegando que la cláusula compromisoria era abusiva e ilegal al prohibir la acción de clase. Sobre este punto, la Corte de California consideró que el pacto arbitral efectivamente era abusivo, puesto que AT&T no había demostrado que el arbitraje bilateral sustituía adecuadamente el efecto disuasivo de la acción de clase.

Cuando la Corte Suprema de Estados Unidos conoció de este caso, le correspondió determinar si la FAA prohibía a los Estados condicionar la ejecutabilidad de un pacto arbitral a la viabilidad de la acción de clase en sede arbitral. Al respecto, la Corte consideró que la viabilidad de la class arbitration interfiere con los atributos fundamentales del arbitraje y, de este modo, crea un esquema inconsistente con el citado instrumento, dado que el cambio de arbitraje bilateral a class arbitration sacrifica la principal ventaja del arbitraje, esto es, la informalidad. En efecto, la acción de clase en sede arbitral requiere un procedimiento formal basado en el artículo 23 del FRCP, que hace que el procedimiento sea más lento y costoso. Así mismo, incrementa el riesgo de los demandados ante la ausencia de varios mecanismos de revisión de la decisión arbitral.

Con base en lo descrito, la Corte reiteró lo dicho en *Stolt Nielsen* en cuanto a que el pacto arbitral que guarda silencio sobre la procedencia de la acción de clase se debe interpretar en forma negativa, esto es, impidiendo que el procedimiento se lleve a cabo a través de una acción de clase.

## ***clase en sede arbitral: arbitraje de consumo colectivo***

En España, el Real Decreto-Ley 231/2008, de 15 de febrero, por el cual se regula el Sistema Arbitral de Consumo, incorporó como una novedad de notable trascendencia el arbitraje de consumo colectivo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 del citado decreto, este “tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de estos”.

Este procedimiento tendrá lugar por acuerdo del presidente de la Junta Arbitral de Consumo competente, de oficio o a petición de las Juntas Arbitrales de inferior ámbito territorial o de las asociaciones de consumidores representativas del territorio en el que haya tenido lugar la afectación de los intereses colectivos de los consumidores.

Una vez se adopte el acuerdo de iniciación de las actuaciones, las empresas o profesionales responsables de los hechos susceptibles de lesionar los derechos e intereses colectivos de los consumidores serán requeridos por la Junta Arbitral de Consumo, para que manifiesten si aceptan someter en un procedimiento único la resolución de las controversias surgidas con los consumidores y usuarios en razón de tales hechos.

En caso en que estos se nieguen, se procede-

## ***B. Consagración legal de la acción de***



rá al archivo de las actuaciones. Si por el contrario, las empresas o profesionales aceptan la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, se procederá mediante la publicación de un anuncio en el Diario Oficial y al llamamiento de los consumidores afectados para que en el término de dos meses hagan valer en el procedimiento arbitral sus derechos e intereses individuales. Así mismo, se suspenderá la tramitación de las solicitudes individuales de arbitraje que tengan fundamento en los mismos hechos.

Ahora bien, sobre la procedencia de la acción de clase en Europa es de anotar que por muchos años la mayoría de sus Estados han sido escépticos frente a la acción de clase estadounidense. Sin embargo, han debido reconsiderar su resistencia a esta herramienta procesal ante la deficiencia de los procedimientos civiles tradicionales para tramitar las controversias derivadas de contratos masivos (Nater-Bass, 2009, pág. 671). Por lo tanto, algunos de ellos, como España, han introducido en sus respectivos ordenamientos jurídicos versiones modificadas de la citada herramienta.

Es más, los Estados europeos han tomado la acción de clase estadounidense como un modelo de lo que no se debe hacer (Warren, 2013, pág. 335). En consecuencia, el recurso colectivo europeo en términos generales difiere sustancialmente de la acción de clase norteamericana. Por una parte, adopta el sistema opt-in para determinar los miembros de la clase. Por otra parte, solo es procedente en determinadas áreas, como el consumo, y finalmente requiere de un tercero independiente u organización de

consumidores que actúe en representación de la clase (Comisión Europea, 2011).

Sin embargo, la Comisión Europea, considerando que la economía actual da lugar a situaciones en las que un número plural de personas pueden resultar perjudicadas por las mismas prácticas ilegales a través de las cuales se vulneran los derechos reconocidos por la Unión, y que todos los Estados miembros han introducido diferentes mecanismos de recurso colectivo, emitió en 2013 la Recomendación sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización de los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el derecho de la Unión (Recomendación).

En esta Recomendación estableció como principios específicos del recurso colectivo de indemnización, entre otros, la constitución de la parte demandante por el principio de participación voluntaria opt-in; la solución de conflictos colectivos mediante modalidades alternativas y la prohibición de las indemnizaciones punitivas.

### **C. Consideraciones**

Del tratamiento arbitral que se le ha dado a la acción de clase es posible hacer las siguientes consideraciones que ponen de presente el estado actual en el que se encuentra la procedencia de la class arbitration en caso de silencio del pacto arbitral:

- La class arbitration es una iniciativa estadounidense de solución de controversias. En efecto, fue en Estados Unidos donde se admi-

tió por primera vez el ejercicio de una acción de clase en sede arbitral. Esto con ocasión de la decisión tomada por la Corte Suprema de California en el caso *Keating v. Superior Court* de 1982 (Leiby, 2013, pág. 313).

- La decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Green Tree v. Bazzle* hizo que la procedencia de la class arbitration tuviese un alcance nacional e internacional, dado que como consecuencia de esta la AAA y la JAMS emitieron, con base en el artículo 23 del FRCP, reglas institucionales sobre su procedimiento (Hagans y Rustay, 2006, págs. 303-304).
- La acción de clase en sede arbitral es una nueva modalidad de arbitraje cuya procedencia no solo ha sido objeto de discusión en Estados Unidos, sino que además ha sido aceptada en otras sedes, dentro de las cuales se destaca Colombia con la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia en el caso *Valencia v. Bancolombia* de 2001.
- La jurisprudencia existente sobre la procedencia de la acción de clase en sede arbitral, en caso de silencio de la cláusula compromisoria, es contradictoria. Por un lado, se ha considerado que la class arbitration es una cuestión de interpretación contractual relacionada con el procedimiento arbitral que le corresponde al árbitro decidir (*Green Tree v. Bazzle*). Sin embargo, no se ha establecido el estándar a ser aplicado por el árbitro para determinar, vía interpretación, si el contrato permite la class arbitration (*Stolt-Nielsen v. Animalfeeds*). Así

mismo, se ha sostenido que la ausencia de regulación al respecto es una laguna y no una prohibición (*Abaclat v. Republic of Argentine*). Por otro lado, se ha afirmado que la acción de clase desnaturaliza el arbitraje, toda vez que al requerir de un procedimiento formal basado en el artículo 23 del FRCP sacrifica su principal ventaja, esto es, la informalidad; del mismo modo, incrementa el riesgo de los demandados ante la ausencia de mecanismos de revisión de la decisión arbitral (*AT&T v. Concepcion*).

- La jurisprudencia contradictoria sobre la procedencia de la acción de clase en sede arbitral de la Corte Suprema de Estados Unidos implica, en primer lugar, una seria falla institucional; en segundo lugar, una pérdida enorme de recursos para los litigantes, cortes e instituciones arbitrales; y, por último, incertidumbre (Born y Salas, 2012, pág. 37).
- La acción de clase es un instrumento de gran importancia para revindicar los derechos de los grupos de personas, toda vez que elimina la multiplicidad de litigios con base en fundamentos de hecho y de derechos comunes, permite que los demandantes cuya pretensión es de poca cuantía puedan acceder a la justicia e impide que los infractores de la ley se beneficien de su conducta inadecuada (*Keating v. Superior Court*).
- Los contratos de adhesión que contienen cláusulas compromisorias son escenarios propicios para la class arbitration, puesto que su incumplimiento puede afectar a un número



plural de personas que estarían legitimadas para demandar con base en los mismos fundamentos de hecho y de derecho (*Keating v. Superior Court*).

- Las diferencias existentes entre el esquema de acción de clase adoptado en Estados Unidos y aquel acogido por los estados europeos pueden constituirse en un obstáculo para la procedencia de la class arbitration, al optar por diferentes sistemas de determinación de la clase.

Visto el tratamiento disímil que se le ha dado a la acción de clase en sede arbitral, se procederá a estudiar el procedimiento a través del cual se ha desarrollado esta nueva modalidad de arbitraje, a fin de enunciar el problema que de este se deriva.

## II. PROCEDIMIENTO APLICABLE A LA ACCIÓN DE CLASE EN SEDE ARBITRAL

Para explicar el procedimiento aplicable a la class arbitration, es necesario señalar que el trámite del proceso arbitral está definido por la escogencia expresa o tácita que las partes hagan de este. En caso de no darse dicha elección, corresponderá a los árbitros establecer el respectivo procedimiento para lo cual pueden, dependiendo de las circunstancias del caso, acudir a dos metodologías: (i) determinación gradual y (ii) determinación anticipada de la normativa aplicable (Gaillard y Savage, 1999, pág. 647). En este punto, la sede del arbitraje resulta decisiva en la medida en que, en tanto *situs* legal

del arbitraje, establece los límites aplicables al procedimiento arbitral (Talero, 2008, pág. 256).

Ahora bien, considerando las diferencias existentes entre las normas procesales de derecho interno y la dinámica del arbitraje internacional, resulta aconsejable reducir el ámbito de aplicación de aquellas a fin de favorecer la flexibilidad en la conducción del proceso arbitral, máxime si se tiene en cuenta que la acción de clase no ha sido acogida en todas las legislaciones y que, en las que ha sido adoptada, no reviste las mismas características. En este orden de ideas, son deseables las reglas institucionales de los centros de arbitraje. Por lo tanto, se procederá a explicar las reglas que en este sentido existen respecto de la class arbitration.

### ***A. Reglas institucionales sobre la class arbitration: una evocación al modelo estadounidense de la acción de clase***

Como se expuso anteriormente, las únicas reglas institucionales que existen respecto del procedimiento de la acción de clase en sede arbitral son las expedidas por la AAA y la JAMS, como consecuencia de la decisión adoptada por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Green Tree v. Bazzle* de 2003, esto es, las AAA Rules y las JAMS Procedures, respectivamente (Hanotiau, 2006, pág. 276). Con base en ellas un número considerable de class arbitration están siendo tramitadas. Al 6 de noviembre de 2015, solamente en la AAA, se encontraban registrados 431 procesos de esta naturaleza (AAA Docket).

Las AAA Rules y las JAMS Procedures son aplicables cuando las partes decidan dirimir sus controversias mediante arbitraje administrado por las instituciones a las que pertenecen, bien sea a través de una cláusula compromisoria que permita expresamente la class arbitration o una que guarde silencio en ese aspecto. De igual forma, serán aplicables cuando una decisión judicial así lo determine.

Las AAA Rules y las JAMS Procedures establecen un proceso prácticamente idéntico dividido en tres etapas: (i) la interpretación del alcance de la cláusula compromisoria, (ii) la certificación de la clase y (iii) la decisión sobre el fondo de la controversia (Baker, 2009, págs. 341-342). Se diferencian fundamentalmente en la posibilidad de solicitar revisión judicial inmediata de la decisión tomada respecto a la interpretación del pacto arbitral. Ello toda vez que de conformidad con las AAA Rules esta se hará obligatoriamente a través de un laudo parcial final motivado, mientras que en las JAMS Procedures aquello es solo una opción discrecional del árbitro.

### 1. Interpretación del alcance de la cláusula compromisoria

Los artículos 3 y 2 de las AAA Rules y las JAMS Procedures, respectivamente, disponen que el árbitro, una vez elegido, determinará como una cuestión previa si el convenio arbitral permite que el arbitraje proceda en representación o en contra de una clase. Para ello, no deberá considerar la existencia de dichas reglas como un factor a favor o en contra de la acción de clase en sede arbitral.

## 2. Certificación de la clase

Una vez el tribunal ha determinado que a la luz del pacto arbitral la class arbitration es permisible debe proceder a “certificar la clase”, esto es, a autorizar la procedencia de la acción de clase, lo cual solo tendrá lugar siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos, basados en el artículo 23 del FRCP (Park, 2012, pág. 858):

(I) *Pluralidad significativa*. La clase sea tan numerosa que la acumulación de arbitrajes separados de todos los miembros sea impracticable.

(II) *Identidad*. Existan cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase.

(III) *Tipicidad*. Las pretensiones o defensas de los representantes sean típicas de las pretensiones y defensas de la clase.

(IV) *Representatividad*. Las partes que actúen como representantes de la clase así como el abogado de la clase protejan adecuada y razonablemente los intereses de la clase.

(V) *Similitud*. Cada miembro de la clase sea parte de un contrato que contenga una cláusula compromisoria sustancialmente similar a la firmada por los representantes de la clase y cada uno de los otros miembros de la clase.

Una vez certificada la clase, de conformidad con los artículos 6 y 4 de las AAA Rules y las JAMS Procedures, respectivamente, el árbitro ordenará que todos los miembros de la clase que puedan ser identificados a través de un esfuerzo razo-

nable, sean proveídos de la mejor notificación practicable bajo las circunstancias.

Dicha notificación deberá contener de manera clara y concisa, en un lenguaje fácil de entender, los siguientes aspectos: (i) La naturaleza de la acción; (ii) la clase certificada; (iii) las pretensiones, problemas y defensas de la clase; (iv) la posibilidad de los miembros de la clase de comparecer en el proceso a través de un abogado si así lo desean, y de ser oídos en audiencia; (v) la posibilidad del árbitro de excluir de la clase a cualquier miembro que lo solicite, así como la información relativa a la forma y oportunidad en que los miembros de la clase pueden elegir ser excluidos; (vi) el efecto obligatorio del laudo arbitral y (vii) la identidad e información biográfica del árbitro, los miembros que actúan en representación de la clase y el abogado aprobado por el árbitro para defender los intereses de aquella.

### 3. Laudo final: decisión sobre el fondo de la controversia

Certificada la clase, el árbitro procederá a emitir la decisión de fondo a través del laudo final, el cual según lo dispuesto en los artículos 7 y 5 de las AAA Rules y JAMS Procedures, respectivamente, deberá —sea o no favorable al grupo— ser motivado y definir de manera específica a la clase. Así mismo, deberá describir quiénes fueron notificados directamente, quiénes fueron considerados miembros de la clase y quiénes desistieron de esta.

### B. Problema: adopción del sistema opt-out para la determinación de la clase

Si bien es cierto que las reglas institucionales sobre la class arbitration anteriormente descritas resultan de gran utilidad en la materia, y que las etapas en ellas sugeridas son pertinentes en la medida en que permiten armonizar el trámite de la acción de clase con el del arbitraje, no lo es menos que el sistema de determinación de la clase que estas adoptan es contrario a la naturaleza consensual del arbitraje.

Lo anterior, toda vez que de conformidad con el sistema opt-out serán miembros de la clase todas aquellas personas que, estando en condiciones similares, se abstengan de manifestar expresamente su intención de no hacer parte de ella. Dicho de otra manera, la determinación de la clase tendrá como fundamento el silencio de sus miembros, con base en el cual se verán obligados por la decisión que en el trascurso de la class arbitration se adopte.

Sin embargo, la competencia del tribunal arbitral y, por tanto, la obligatoriedad del laudo, proviene directamente de la voluntad de las partes. En efecto, el laudo arbitral “es el corolario de la tramitación de un proceso que se llevó a cabo gracias a un acuerdo volitivo” (*Valencia v. Bancolombia*) y el silencio, en sí mismo considerado, no es una manifestación de voluntad (Barre-ra, 2004, pág. 45).

Determinado el problema que se deriva de la adopción del sistema opt-out como mecanismo

para establecer los miembros de la clase en una class arbitration, se procederá a explicar los criterios de interpretación del pacto arbitral, dado que con base en estos le corresponderá al árbitro definir si la acción de clase en sede arbitral es procedente ante una cláusula compromisoria silenciosa.

### III. INTERPRETACIÓN DEL PACTO ARBITRAL

En caso de silencio de la cláusula compromisoria frente a la acción de clase, le corresponde al árbitro indicar si la class arbitration es procedente. Lo anterior, con fundamento en el principio *competence-competence* en virtud del cual el tribunal tiene jurisdicción para interpretar el pacto arbitral (Gaillard y Savage, 1999, pág. 254). Para ello, el árbitro podrá acudir a los criterios de interpretación que a continuación se exponen.

#### A. Criterios de interpretación del pacto arbitral

En lo concerniente a la interpretación del pacto arbitral, los árbitros tradicionalmente han acudido a los siguientes principios. Por un lado, al principio de interpretación restrictiva; por otro lado, al principio de interpretación extensiva o, en su defecto, al principio de interpretación autónoma.

#### 1. Principio de interpretación restrictiva

A la luz del principio de interpretación restrictiva del pacto arbitral, en caso de duda sobre la procedencia del arbitraje para dirimir una disputa en particular, se preferirá la interpretación que la excluya del ámbito de aplicación de aquel. Esta teoría se fundamenta en el hecho según el cual, el arbitraje constituye una excepción al principio de jurisdicción de los jueces y, como tal, debe ser interpretado restrictivamente (Born, 2012, pág. 88).

En efecto,

En virtud del pacto arbitral eficaz, a manera de apodíctica secuela, se origina una derogación de jurisdicción: en este caso la ordinaria, también conocida como estática o tradicional, de manera que, en frente de un determinado litigio que se encuentra comprendido en el objeto de aquel, deberán las partes acudir al arbitramento, sin que puedan hacerlo ante los Jueces del Estado (*Valencia v. Bancolombia*).

Hay quienes sostienen, con base en el principio de interpretación restrictiva, que la class arbitration no puede ser ordenada en ausencia de un claro, expreso y unánime consentimiento de las partes. Por lo tanto, en caso de silencio o ambigüedad del pacto arbitral, el arbitraje bilateral resulta ser la solución más apropiada (Strong, 2013, pág. 173). Este criterio, por ejemplo, fue adoptado por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Stolt-Nielsen*, debido a los cambios que la acción de clase introduce en el arbitraje.

## 2. Principio de interpretación extensiva

En virtud del principio de interpretación extensiva del pacto arbitral, en caso de duda sobre la procedencia del arbitraje para dirimir una disputa en particular, se preferirá la interpretación que la incluya dentro del ámbito de aplicación de aquel, para dar efecto a la intención de las partes y maximizar la eficiencia y eficacia del proceso arbitral (Born, 2012, pág. 88). Este principio tiene como fundamento la existencia de una política legislativa favorable al arbitraje presente en varias jurisdicciones, así como razones de economía y conveniencia procesal (Tallero, 2010, pág. 76).

De ahí que las personas de negocios que celebran pactos arbitrales internacionales normalmente acuden a esta figura, a fin de obtener un mecanismo centralizado para resolver definitivamente todas las controversias derivadas de los contratos comerciales por ellos celebrados, en lugar de incurrir en gastos, demoras e incertidumbres procedentes de múltiples procedimientos tramitados en diferentes foros y jurisdicciones (Born, 2014, pág. 1328).

## 3. Principio de interpretación autónoma

De acuerdo con el principio de interpretación autónoma del pacto arbitral, este debe ser interpretado sin acudir a una presunción pro arbitraje o restrictiva. En lugar de ello, la intención de las partes debe ser determinada por referencia al lenguaje y a las circunstancias del pacto arbitral, sin depender de ninguna regla externa de interpretación (Born, 2014, pág. 1340).

En este orden de ideas, el pacto arbitral como contrato debe ser interpretado con base en las reglas ordinarias de interpretación de estos últimos (Lew y Mistelis, 2003, pág. 150), entre las cuales se destaca el principio de interpretación de buena fe, interpretación efectiva e interpretación *contra proferentem* (Gaillard y Savage, 1999, pág. 256).

### 3.1. Principio de interpretación de buena fe

Esta regla de interpretación significa que la intención real de las partes siempre debe prevalecer sobre la intención declarada, en los casos en que existan divergencias entre la una y la otra.

Del principio de interpretación de buena fe se han derivado reglas específicas de interpretación, en virtud de las cuales la intención de las partes debe ser examinada en contexto, es decir, teniendo en cuenta las consecuencias que las partes razonable y legítimamente prevén. Así mismo, debe considerarse la actitud adoptada por aquellas desde la firma del contrato hasta el momento en que surja la controversia. Por último, el pacto arbitral debe ser interpretado como un todo (Gaillard y Savage, 1999, págs. 257-258).

### 3.2. Principio de interpretación efectiva

Según el principio de interpretación efectiva, cuando el pacto arbitral pueda ser interpretado de diferente forma se preferirá la interpretación que dé significado a las palabras, sobre aquella que las hace inútiles o sin sentido (Gaillard y Savage, 1999, pág. 258-259). Bajo esta aproxi-



mación el pacto arbitral debe ser interpretado de una forma que permita establecer una efectiva organización para resolver las controversias que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación.

### 3.3. Principio de interpretación contra proferentem

De conformidad con el principio de interpretación contra proferentem, en caso que el pacto arbitral sea ambiguo deberá ser interpretado en contra de la parte que lo redactó (Gaillard y Savage, 1999, pág. 259). Dado que muchos de los arbitrajes de gran escala derivan de situaciones que involucran contratos de adhesión, una regla de interpretación que requiere precisión a la parte que redacta resulta enteramente apropiada (Strong, 2013, pág. 178).

Vistos los principios de interpretación del pacto arbitral comúnmente aceptados en el arbitraje internacional, se procederá a demostrar, con base en estos, que la class arbitration es procedente en caso de silencio de la cláusula compromisoria.

#### ***B. Interpretación del silencio del pacto arbitral para determinar la procedencia de la class arbitration***

La acción de clase es una herramienta procesal que permite a uno o varios demandantes iniciar un proceso en nombre y en representación de una categoría de personas que se encuentra en condiciones similares (Hanotiau, 2006, pág. 260). Por lo tanto, se trata de un procedimiento y

no de un derecho en sí mismo considerado (*Dell Computer Corp. v. Union des Consommateurs*).

Ahora bien, dentro del arbitraje las partes son libres de determinar el procedimiento a través del cual se desarrollará el trámite arbitral, y en caso que estas se abstengan de pronunciarse sobre el particular corresponde a los árbitros establecer de manera discrecional las reglas procesales que guiarán el arbitraje, siendo este uno de los elementos fundacionales dentro del proceso arbitral internacional, reconocido en las principales convenciones internacionales sobre arbitraje comercial (Born, 2014, pág. 2145).

Esto toda vez que se ha considerado que las partes, cuando no señalan el procedimiento mediante el cual se tramitará el arbitraje, implícitamente están consintiendo que sea el árbitro quien establezca e implemente el procedimiento necesario para resolver la controversia existente entre ellas, facultad que resulta indispensable para la efectividad del proceso arbitral (Born, 2014, pág. 2146).

Teniendo en cuenta que la acción de clase es una herramienta procesal y que corresponde a los árbitros determinar el procedimiento del arbitraje cuando las partes no se han manifestado al respecto, en caso de silencio de la cláusula compromisoria frente a la class arbitration es el tribunal arbitral quien debe indicar si esta es procedente. Se trata de una cuestión de interpretación contractual relacionada con el procedimiento arbitral (*Green Tree v. Bazzle*). Para ello el árbitro debe acudir a los criterios de interpretación del pacto arbitral.

Sobre este punto es de anotar que el principio de interpretación restrictiva, al menos en lo concerniente a asuntos internacionales, es obsoleto en la medida en que actualmente el arbitraje no es visto como un método secundario de resolución de controversias, sino simplemente como uno adicional que resulta más apropiado para determinadas controversias y necesario para aliviar la sobrecarga de los jueces nacionales (Hanotiau, 2001, pág. 256).

En este orden de ideas, no comparto la opinión de quienes sostienen, con base en esta postura, que la class arbitration no puede ser ordenada en ausencia de un claro, expreso y unánime consentimiento de las partes (*Stolt-Nielsen v. Animalfeeds*).

De igual forma, resulta inapropiado el principio de interpretación extensiva del pacto arbitral, toda vez que no permite por sí mismo determinar la verdadera voluntad de las partes (Gaillard y Savage, 1999, pág. 262). Por tanto, la interpretación de la cláusula compromisoria silenciosa sobre la procedencia de la class arbitration debe realizarse con base en el principio de interpretación autónoma del pacto arbitral, sin acudir a una presunción pro arbitraje o restrictiva.

Lo anterior, partiendo de la base de que el silencio existente en las convenciones internacionales de arbitraje, así como en los reglamentos de las distintas instituciones arbitrales sobre la procedencia de la acción de clase en sede arbitral es una laguna, mas no una prohibición, y obedece a la imposibilidad de prever todos los escenarios posibles que se pueden dar al inte-

rior de un mecanismo de solución de controversias tan flexible y dinámico como el arbitraje (*Abaclat v. Republic of Argentina*).

Ahora bien, de acuerdo con los criterios derivados del principio de interpretación autónoma del pacto arbitral se puede concluir que la acción de clase, en sede arbitral, es procedente en caso de silencio de la cláusula compromisoria, toda vez que, en primer lugar, la class arbitration es un mecanismo de solución de controversias previsible; en segundo lugar, permite una efectiva organización del procedimiento arbitral; y, por último, la cláusula compromisoria que guarda silencio al respecto debe interpretarse en contra de quien la redactó.

## 1. La class arbitration es un mecanismo de solución de controversias previsible

De conformidad con el principio de interpretación de buena fe, la intención de las partes debe examinarse teniendo en cuenta las consecuencias que estas, razonable y legítimamente prevén (Gaillard y Savage, 1999, págs. 257-258).

La class arbitration, como instrumento de solución de controversias, ha sido utilizada tanto en Estados Unidos como en otros países desde hace más de treinta años, y a partir del caso *Green Tree v. Bazzle* de 2003 se convirtió en un mecanismo común de solución de controversias (Eisler, 2007, pág. 1907), toda vez que instituciones arbitrales internacionalmente reconocidas como la AAA y la JAMS han publicado reglas especializadas sobre el procedimiento de la acción de clase en sede arbitral.



Ahora bien, considerando que tanto las partes como sus abogados deben adoptar las medidas apropiadas para estar al corriente del estado del derecho de los lugares en los cuales celebran sus negocios, se puede concluir que estos conocen o deben conocer la existencia de la acción de clase en sede arbitral como un posible mecanismo de solución de los conflictos que tengan fundamento en las mismas cuestiones de hecho y de derecho (Strong, 2009, págs. 1076-1077).

## **2. La class arbitration permite una efectiva organización para la resolución de controversias**

Bajo el principio de interpretación efectiva, la cláusula compromisoria debe ser interpretada de tal suerte que sea posible establecer una eficaz organización para la resolución de controversias, lo cual hace parte de su ámbito de aplicación (icc Case n.º 2321, 1974, citado en Gaillard y Savage, 1999, pág. 258).

La acción de clase y el arbitraje individualmente considerados son procedimientos diseñados para facilitar el acceso a la justicia de manera eficiente. En efecto, el arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos rápido y flexible. Por su parte, la acción de clase:

Es un instrumento o instituto *iuris* inspirado en los principios de economía procesal y de eficiencia de la administración de justicia, en la medida en que permite que, en un mismo proceso, ante un solo Juez, por un único procedimiento y a través de una sola sentencia, se resuelva en torno a la responsabilidad civil que

pueda predicarse del presunto causante de los daños individuales (*Valencia v. Bancolombia*).

También, disuade a las empresas de su mal comportamiento (Buschkin, 2005, pág. 1583), beneficiándose así a la sociedad como un todo (Strong, 2009, pág. 1048).

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que la class arbitration es un mecanismo de solución de controversias apropiado en aquellos casos en que las partes que fundamentan sus demandas en las mismas cuestiones de hecho y de derecho hayan acordado resolver sus disputas mediante arbitraje. De hecho, la unión de la acción de clase con el arbitraje es una oportunidad para aunar los beneficios de ambos mecanismos en un solo procedimiento.

## **3. La cláusula compromisoria silenciosa frente a la class arbitration debe ser interpretada en contra de quien la redactó**

A la luz del principio de interpretación contra proferentem, el pacto arbitral deberá interpretarse en contra de la parte que lo redactó. La regla contra proferentem, “pese a ser ‘exógena’ frente a la determinación de la verdadera intención de las partes (...) se puede usar en la labor de interpretación contractual, especialmente en los casos de los contratos de adhesión” (Taleiro, 2010, pág. 79), es decir, aquellos en los que una de las partes impone las condiciones en las cuales se desarrollará el contrato, de modo que al otro contratante solo le resta aceptar o rechazar en bloque dichas condiciones.

Ahora bien, considerando que los contratos de adhesión con frecuencia permiten a la parte más fuerte imponer condiciones desfavorables a la parte débil, y que el costo de un proceso individual puede negarle el acceso a la justicia a quienes tienen una pretensión de poca cuantía, la class arbitration se constituye en un mecanismo legal efectivo, máxime si se tiene en consideración la ausencia de alternativas ante el incumplimiento masivo de contratos de adhesión que incorporan cláusulas compromisorias (Norton, 2005, pág. 505). En consecuencia, el silencio del pacto arbitral respecto de la procedencia de la acción de clase debe interpretarse en contra de quien la redactó (Lipshutz, 2005, pág. 1708).

De lo anteriormente expuesto se puede concluir, con base en el principio de interpretación autónoma del pacto arbitral, que la class arbitration es procedente en caso de silencio de la cláusula compromisoria. Sin embargo, la naturaleza representativa de la acción de clase (Sternlight, 2000, pág. 32), en virtud de la cual uno o varios miembros autoseleccionados pueden iniciar un proceso en nombre y representación de una categoría de personas que se encuentra en condiciones similares (Born, 2014, pág. 1506), de modo que la decisión que en el curso del proceso se adopte los vincula a todos, puede ser contraria a la naturaleza consensual del arbitraje dependiendo del sistema de determinación de la clase que se elija. En este orden de ideas, se analizará el sistema de participación voluntaria como herramienta que permitiría armonizar las figuras en comento.

#### IV. SISTEMA OPT-IN: INSTRUMENTO DE ARMONIZACIÓN DEL CARÁCTER CONSENSUAL DEL ARBITRAJE Y LA NATURALEZA REPRESENTATIVA DE LA ACCIÓN DE CLASE

Si bien es cierto que la acción de clase es un procedimiento, no lo es menos que esta tiene implicaciones sustanciales en la medida en que la decisión que se profiera en desarrollo de aquella vinculará a todos los miembros de la clase (Waincymer, 2012, pág. 581), puesto que estarán siendo representados por uno o más demandantes que se han designado a sí mismos como sus mandatarios (Park, 2012, pág. 515). En consecuencia, a los miembros de la clase les estará impedido formular su pretensión en proceso separado, dado que habría identidad jurídica de partes, de objeto y de causa, es decir, *res iudicata* (Valencia v. Bancolombia).

Por tanto, la cláusula compromisoria suscrita por quienes se encuentran afectados por cuestiones de hecho y de derecho comunes no puede ser interpretada *per se*, como la manifestación de voluntad para ser miembro de una acción de clase iniciada por solicitud de uno o varios demandantes. En consecuencia, resulta pertinente adoptar un sistema de determinación de la clase acorde con la naturaleza consensual del arbitraje.

Para determinar quiénes son los miembros que conformarán la clase, tradicionalmente se han implementado dos sistemas. Por un lado, el sistema opt-out en virtud del cual son miembros de

la clase todas aquellas personas que se abstengan de manifestar expresamente su intención de no hacer parte de esta. Este sistema ha sido adoptado principalmente en el procedimiento civil de Estados Unidos, así como en las reglas arbitrales especializadas sobre el trámite de la class arbitration emitidas por la AAA y la JAMS.

Sin embargo, como se expuso en líneas precedentes, este no es acorde con la naturaleza consensual del arbitraje, toda vez que la competencia del tribunal arbitral y, por ende, la obligatoriedad de la decisión que en el curso del proceso se profiera deviene del consentimiento de las partes para dirimir sus controversias mediante este mecanismo de solución de conflictos. Ciertamente, “el pacto arbitral, en cualquier de sus dos modalidades, emana de un acuerdo de voluntades que constituye una particular forma de convención, *lato sensu*” (*Valencia v. Bancolombia*).

Ahora bien, el silencio de las personas que se encuentran en condiciones similares a aquellas que deciden interponer una class arbitration no puede ser interpretado como una aceptación para ser parte de la clase, puesto que el silencio, en sí mismo considerado, no es una manifestación de voluntad (Barrera, 2004, pág. 45).

Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta la dificultad de determinar con certeza las personas que eventualmente podrían ser miembros de la clase y, por tanto, de notificarlos adecuadamente para que tengan la oportunidad de ejercer sus derechos dentro del trámite arbitral. Esta circunstancia, aunada a lo descrito en el párrafo

anterior, pone en riesgo el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral a la luz de la Convención de Nueva York de 1958.

En efecto, de conformidad con el artículo V del citado instrumento son causales de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, la violación del derecho de defensa, la extralimitación de funciones, las irregularidades procedimentales, el carácter no arbitrable de las controversias y la violación al orden público, entre otras (Talero, 2008, págs. 420-435).

Por otro lado, está el sistema de participación voluntaria opt-in sugerido por la Comisión Europea y acogido por varios de sus Estados miembros. Con base en este sistema, la clase estará conformada únicamente por quienes expresamente indiquen su interés de unírsele; de este modo se garantizan los derechos que le asisten a cada uno de los miembros de la clase.

Considerando que el sistema opt-in tiene como fundamento el consentimiento de las partes para ser miembro de la clase y que la competencia del tribunal arbitral está determinada por la voluntad manifestada por los contratantes, se puede concluir que este sistema se constituye en un instrumento idóneo para armonizar la naturaleza consensual del arbitraje y la naturaleza representativa de la acción de clase, permitiendo obtener las ventajas que estos dos procedimientos ofrecen.

Adicionalmente, a la luz de la citada Convención se garantiza el reconocimiento y ejecución del laudo proferido en ejercicio de una class arbi-

tration, toda vez que, en primer lugar, la conformación de la clase por quienes así lo deseen supone la notificación de la existencia del procedimiento que sus miembros recibieron, lo cual aunado a la capacidad de los árbitros para garantizar el debido proceso (Hanotiau, 2004, pág. 53) les permite hacer valer sus medios de defensa.

En segundo lugar, el árbitro actúa dentro de sus funciones cuando determina la procedencia de la acción de clase en caso de silencio del pacto arbitral. En efecto, corresponde al tribunal escoger el trámite del arbitraje cuando las partes no se han pronunciado al respecto (Born, 2014, pág. 2145). Así mismo, los criterios de interpretación a los que pueden acudir los árbitros para tal fin son acordes con la práctica nacional e internacional (Strong, 2009, pág. 1085).

En tercer lugar, las controversias que se resuelven mediante acciones de clase en sede arbitral —según muestra la experiencia— son arbitrables (Strong, 2013, pág. 355).

Por último, la procedencia o improcedencia de la acción de clase en sede judicial o arbitral no puede ser considerada como una cuestión de orden público internacional, esto es, como un principio básico de “moralidad, justicia o estabilidad de un Estado” (Talero, 2008, pág. 438), puesto que la misma solo es una herramienta de acumulación procesal.

Ahora bien, sobre el reconocimiento y ejecución de las decisiones de fondo proferidas dentro de una class arbitration, es de anotar que la exis-

tencia de una acción de clase en sede arbitral no configura en sí misma una causal de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. De igual forma, las causales que existen al respecto deben ser interpretadas de manera restrictiva, a fin de dar la mayor movilidad posible a las decisiones arbitrales proferidas en sedes diferentes al lugar en donde se pretenden hacer valer. Por tanto, las decisiones proferidas en este escenario deben gozar de la misma presunción de ejecutabilidad que recae sobre los laudos emitidos dentro de un arbitraje bilateral, inclusive ante una cláusula compromisoria silenciosa (Strong, 2009, pág. 1083).

## V. CONCLUSIONES

Con base en lo anteriormente expuesto se puede concluir lo siguiente:

- La class arbitration, esto es, el ejercicio de una acción de clase en sede arbitral, como iniciativa estadounidense de resolución de controversias, ha trascendido la esfera nacional. En consecuencia, representa un nuevo reto en razón a la naturaleza consensual del arbitraje y al carácter representativo de la acción de clase. Esto ha dado lugar a decisiones contradictorias respecto a su procedencia en caso de silencio del pacto arbitral, la cual se ha abordado en Estados Unidos, en Colombia y en un arbitraje de inversión, desde el punto de vista sustancial y procesal.
- La jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre la procedencia de la class ar-

bitration en caso de silencio de la cláusula compromisoria es contradictoria. Por un lado, en el caso *Green Tree v. Bazzle* consideró que aquella es una cuestión de interpretación contractual relacionada con el procedimiento arbitral que le corresponde al árbitro decidir. Sin embargo, en el caso *Stolt-Nielsen v. Animalfeeds* indicó que el silencio de las partes respecto de la procedencia de la class arbitration no puede ser considerado como un consentimiento implícito, dada la naturaleza consensual del arbitraje y los cambios que esta introduce al arbitraje. En efecto, según lo manifestado en el caso *AT&T v. Concepcion*, la acción de clase desnaturaliza el arbitraje puesto que su procedimiento formal, basado en el artículo 23 del FRCP, sacrifica su principal ventaja, esto es, la informalidad e incrementa el riesgo de los demandados ante la ausencia de mecanismos de revisión de la decisión arbitral. Por lo tanto, la procedencia de la class arbitration requiere de una base contractual de la cual se pueda establecer el consentimiento de las partes, de modo que el pacto arbitral silencioso debe interpretarse en contra de la citada modalidad de arbitraje.

- En Colombia, de conformidad con la jurisprudencia de la CSJ, los tribunales arbitrales por regla general no son competentes para conocer de las acciones de clase, toda vez que la decisión que en ella se profiera vincula a todas las personas que se encuentren en “condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales” (art. 3, Ley 472 de 1988). Situación que es incompatible con los alcances del pacto arbitral en los casos en que todos los miembros de la clase no

lo hubiesen suscrito. Por lo tanto, otra es la conclusión cuando el grupo esté conformado únicamente por personas que han aceptado el pacto arbitral.

- En arbitraje de inversión se ha considerado que el silencio del Reglamento del CIADI respecto de procedimientos colectivos es una laguna y no una prohibición. En consecuencia, el tribunal tiene la facultad de llenarla a la luz del artículo 44 del citado instrumento, en virtud del cual le corresponde a los árbitros decidir las cuestiones de procedimiento no reguladas en el reglamento ni por la voluntad de las partes. Por lo tanto, no es necesario un consentimiento expreso complementario para la forma de cada arbitraje.
- La acción de clase es una herramienta de gran importancia para reivindicar los derechos de grupos de personas, puesto que, por un lado, elimina la multiplicidad de procesos con base en los mismos fundamentos de hecho y de derecho, evitando así decisiones contradictorias; por otro lado, permite el acceso a la justicia a los demandantes cuyas pretensiones son de poca cuantía para justificar un procedimiento individual; y, por último, impide a los infractores de la ley obtener un beneficio de su conducta inadecuada.
- Las únicas reglas institucionales existentes respecto del procedimiento de la acción de clase en sede arbitral, esto es, las AAA Rules y las JAMS Procedures, las cuales serán un punto de referencia en la materia, adoptan el sistema opt-out de determinación de la clase, que



es contrario a la naturaleza consensual del arbitraje. Efectivamente, con base en el citado sistema serán miembros de la clase todas aquellas personas que se abstengan de manifestar su deseo de no hacer parte de esta y, en consecuencia, serán vinculadas por la decisión adoptada en la class arbitration sin manifestar su voluntad, la cual es el fundamento de la competencia del tribunal arbitral y, por ende, de la obligatoriedad de la decisión tomada por este.

- De conformidad con los criterios derivados del principio de interpretación autónoma del pacto arbitral se puede concluir que la acción de clase en sede arbitral es procedente en caso de silencio de la cláusula compromisoria, dado que, en primer lugar, la class arbitration es un mecanismo de solución de controversias previsible; en segundo lugar, permite una efectiva organización del procedimiento arbitral; y, por último, la cláusula compromisoria que guarda silencio al respecto debe interpretarse en contra de quien la redactó.
- El sistema opt-in para determinar los miembros de la clase es un instrumento idóneo para armonizar la naturaleza consensual del arbitraje y la naturaleza representativa de la acción de clase, permitiendo obtener las ventajas que estos dos procedimientos ofrecen. Lo anterior, toda vez que el sistema en comento tiene como fundamento el consentimiento de las partes para ser miembro de la clase y la competencia del tribunal arbitral está determinada por la voluntad manifestada por los contratantes.
- La adopción del sistema opt-in permite que el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral no se vea afectado, dado que, en primer lugar, supone la notificación de los miembros acerca de la existencia del procedimiento arbitral, lo cual a su vez les permite hacer valer sus medios de defensa; en segundo lugar, el árbitro actúa dentro de sus funciones cuando determina la procedencia de la acción de clase en caso de silencio del pacto arbitral; en tercer lugar, las controversias que se resuelven mediante acciones de clase en sede arbitral —según muestra la experiencia— son arbitrables (Strong, 2013, pág. 355); y, por último, la procedencia o improcedencia de la acción de clase en sede judicial o arbitral no puede ser considerada como una cuestión de orden público internacional.
- Las decisiones de fondo proferidas dentro de una class arbitration deben gozar de la misma presunción de ejecutabilidad que recae sobre los laudos emitidos dentro de un arbitraje bilateral, inclusive en los casos de silencio de la cláusula compromisoria (Strong, 2009, pág. 1021). De otra parte, la existencia de una acción de clase en sede arbitral no configura en sí misma una causal de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. De igual forma, las causales que existen al respecto deben ser interpretadas restrictivamente.
- Las reglas institucionales de los centros de arbitraje son deseables para regular la class arbitration, considerando las diferencias existentes entre las normas procesales de derecho interno y la dinámica del arbitraje, máxime si

se tiene en cuenta que la regulación de la acción de clase adoptada en diferentes jurisdicciones no ostenta las mismas características. Por lo tanto, se propone tanto a nivel nacional como internacional la emisión de reglas institucionales que regulen la materia adoptando el sistema opt-in de determinación de la clase.

## Referencias

1. Allor, E. (1983). Keating v. Superior Court: Oppressive Arbitration Clause in Adhesion Contracts. *California Law Review*, 71(4), 1239-1257.
2. American Arbitration Association [aaa]. (2003). Supplementary Rules for Class Arbitrations.
3. Baker, W. (2009). Class Action Arbitration. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 10(2), 335-368.
4. Barrera, C. (2004). Las obligaciones en el derecho moderno. Las fuentes. El acto jurídico. Bogotá: Temis S. A.
5. Born, G. (2012). Introduction to International Arbitration. En G. Born, *International Arbitration: Law and Practice* (págs. 3-42). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
6. Born, G. (2014). *International commercial arbitration*. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.
7. Born, G. y Salas, C. (2012). United States Supreme Court and Class Arbitration: A Tragedy of Errors, the Symposium. *Journal of Dispute Resolution*, 2012(1), 21-48.
8. Buschkin, I. (2005). 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 Law Review*, 90(6), 1563-1600.
9. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2011). Tribunal Arbitral, *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*. ICSID Case n.º ARB/07/5 (December 8, 2011).
10. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1958). *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*. Nueva York: cnudmi.
11. Comisión Europea. (Febrero 4 de 2011). *Consulta Pública – Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo*. Bruselas: Autor.
12. Comisión Europea. (2013). *Recomendación 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*.



13. Corte Suprema de California. (1982). *Keating v. Superior Court*, 31 Cal.3d 584. S. F. No. 24242 (June 10, 1982).
14. Corte Suprema de Canadá. (2007). *Dell Computer Corp. v. Union des Consommateurs*, 2 S.C.R. 801, 2007 SCC 34.
15. Corte Suprema de Estados Unidos. (2003). *Green Tree Financial Corporation v. Lynn Bazzle*, 539 US.
16. Corte Suprema de Estados Unidos. (2010). *Stolt-Nielsen S.A. et al. v. Animalfeeds International Corp.* No. 08-1198 (April 27, 2010).
17. Corte Suprema de Estados Unidos. (2011). *AT&T Mobility LLC v. Concepcion Et Ux.* No. 09-893 (April 27, 2011).
18. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. (2001). *Valencia v. Bancolombia*. Exp. 1100122030002001-0183-01 (M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, mayo 11 de 2001).
19. Cremades, A. (2010). La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado. *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2010(8), 151-164.
20. De Fontmichel, M. (2008). Arbitrage et actions de groupe – Les leçons Nord-Américaines. *Revue de l'Arbitrage*, 2008(4), 641-658.
21. Eisler, M. (2007). Difficult, Duplicative and Wasteful?: The NASD's Prohibition of Class Action Arbitration in the Post-Bazzle Era. *Cardozo Law Review*, 28(4), 1891-1922.
22. Gaillard, E., & Savage, J. (1999). The Law Governing the Procedure and the Law Governing the Merit. In Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (págs. 633-654). The Hague/Boston/London: Kluwer Law.
23. Hagans, F., & Rustay, J. (2006). Class Actions in Arbitration. *Review of Litigation*, 25(2), 293-310.
24. Hanotiau, B. (2001). Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts–Parties–Issues. An Analysis. *Journal of International Arbitration* 18(3), 251-360.
25. Hanotiau, B. (2004). A New Development in Complex Multiparty-Multicontract Proceedings: Classwide Arbitration. *Arbitration International* 20(1), 39-54.
26. Hanotiau, B. (2006). Classwide Arbitration. En *Complex Arbitration: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions* (págs. 257-280).
27. Judicial Arbitration and Mediation Services [jams]. (2009). *JAMS Class Action Procedures*.
28. Leiby, L. (2013). Class Arbitrations Under Attack – But Survive. *Journal of the American College of Construction Lawyer*, 7(1), 311-339.

29. Lew, J., & Mistelis, L. (2003). Arbitration Agreements – Validity and Interpretation. En J. Lew, S. Kröll, & L. Mistelis, *Comparative International Commercial Arbitration* (págs. 129-164).
30. Lipshutz, J. (2005). The Court's Implicit Roadmap: Charting the Prudent Course at the Juncture of Mandatory Arbitration Agreements and Class Action Lawsuits. *Stanford Law Review*, 57(5), 1677-1720.
31. Lockridge, A. (2003). Silent treatment: Removing the Class Action from the Plaintiff's Toolbox without Ever Saying a Word – Bazzle v. Green Tree Fin. Corp., The. *Journal of Dispute Resolution*, 2003(1), 255-270.
32. Martínez, S., y Martínez, P. (2010). El futuro incierto de las class arbitrations. *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2010(8), 183-188.
33. Nater-Bass, G. (2009). Class Action Arbitration: a New Challenge? *ASA Bulletin*, 27(4), 671-690.
34. Norton, A. (2005). Rules for a New Game: Finding a Workable Solution for Applying Class Actions to the Arbitration Process. *Journal of Dispute Resolution*, 2005(2), 495-510.
35. Park, W. (2012). La jurisprudence américaine en matière de "class arbitration": entre débat politique et technique juridique. *Revue de l'Arbitrage*, 2012(3), 507-538.
36. Park, W. (2012). The Politics of Class Action Arbitration: Jurisdictional Legitimacy and Vindication of Contract Rights. *American University International Law Review*, 27(4), 837-868.
37. Real Decreto 231/2008 [Ministerio de la Presidencia de España]. Por el cual se regula el sistema arbitral de consumo. Febrero 15 de 2008.
38. Sternlight, J. (2000). As mandatory binding arbitration meets the class action, will the class action survive? *William and Mary Law Review*, 42(1), 1-126.
39. Strong, S. (2008). Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concerns. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 30(1), 1-100.
40. Strong, S. (2009). The Sounds of Silence: Are U.S. Arbitrator's Creating Internationally Enforceable Awards when Ordering Class Arbitration in Cases of Contractual Silence or Ambiguity? *Michigan Journal of International Law*, 30(4), 1017-1904.
41. Strong, S. (2013). *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law*. Oxford: Oxford University Press.
42. Talero, S. (2008). *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*. Bogotá: Ediciones Uniandes/Editorial Temis S. A.

43. Talero, S. (2010). Extensión del pacto arbitral a no signatarios: perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje. *Arbitration*, 2010-2011(4), 71-99.
44. Waincymer, J. (2012). Complex Arbitration. *En Procedure and Evidence in International Arbitration* (págs. 495-608).
45. Warren, M. (2013). The Prospects for Convergence of Collective Redress Remedies in the European Union. *International Lawyer*, 47(3), 325-342.