

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

Giacomo PAILLI **

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

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

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

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

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

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

I. Introducción

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

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

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

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

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