

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal**

**«Aplicación de la acción de clase arbitral estadounidense en el Perú»**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal**

**AUTOR:**

Luciano Barchi Campuzano

**ASESOR:**

Ricardo Antonio León Pastor

**CÓDIGO DEL ALUMNO:**

2011 1676

**AÑO:**

2020

## RESUMEN

La finalidad de esta investigación es determinar si resultaría conveniente la aplicación de las acciones de clase arbitrales estadounidenses en nuestro país, tomando en consideración la amplia cultura arbitral que se ha desarrollado en él, así como la existencia de diversos tipos de arbitraje como, por ejemplo, el derecho de consumo, el derecho ambiental y el derecho laboral. Sin embargo, debemos tener presente que en el Perú no existe una regulación integral respecto a procesos colectivos lo que genera que los derechos supraindividuales no sean tutelados adecuadamente; en consecuencia, se utilizaría el arbitraje de manera experimental para medir la viabilidad de estos mecanismos procesales que agrupan un gran número de personas y, debido a esta posible situación, consideramos que sería pertinente que, previo a ella, se requiera una regulación completa sobre procesos colectivos y que los jueces desarrollen jurisprudencia sobre ella.



## ÍNDICE

<b>Introducción</b> .....	1
<b>1. Marco Conceptual</b> .....	2
<b>1.1 Arbitraje</b> .....	2
<b>1.2 Convenio arbitral</b> .....	3
<b>1.3 Acciones de clase</b> .....	3
<b>1.4 Acción de clase arbitral</b> .....	4
<b>2. Funcionamiento de las acciones de clase arbitrales</b> .....	5
<b>2.1 Requisitos o elementos esenciales</b> .....	5
<b>2.2 Funcionamiento de las acciones de clase arbitrales estadounidenses</b> .....	7
<b>2.3 Acciones de clase arbitrales en el Civil Law</b> .....	8
<b>2.4 Acciones de clase y arbitrajes de clase en el Perú</b> .....	10
<b>2.5 Supuestos de posible aplicación</b> .....	12
<b>2.5 Posición</b> .....	15
<b>3. Conclusiones</b> .....	17
<b>Bibliografía</b> .....	17

## **Introducción**

Cuando nos hablan de acciones de clase, lo primero que se nos viene a la mente es la historia de Erin Brockovich la cual, en el año 2000, llegó al cine. En esta película, se pudo ver cómo, a partir de un caso jurídico particular, se encontró cientos de casos similares que tenían una causa común: la contaminación del agua subterránea de Hinkley (California) por parte de la empresa *Pacific Gas and Electric Company*. Por ese motivo, la protagonista de la historia decidió convencer a los residentes de dicho lugar para que se unan a una acción colectiva contra esa empresa.

Este breve resumen nos permite apreciar que un grupo numeroso de personas demandaron, en un mismo proceso, a una empresa; de esta manera, se puede apreciar que los tiempos cambian y el derecho evoluciona al mismo tiempo.

En un primer momento, el proceso (y el proceso civil, en concreto) era visto como la herramienta para solucionar conflictos de intereses entre sujetos individuales como, por ejemplo, el caso de la resolución de un contrato de arrendamiento que involucra solamente al arrendado y al arrendatario. Actualmente, nos encontramos con situaciones en las que ya no se discuten únicamente derechos individuales, sino también derechos supraindividuales como, por ejemplo, el derecho al medio ambiente o productos defectuosos que afectan, por ejemplo, la salud de una pluralidad de consumidores, entre otros.

Sin embargo, la tutela de dichos derechos cuenta con disposiciones muy puntuales en el amplio universo normativo que existe en el Perú. En el plano del derecho arbitral como medio alternativo de resolución de conflictos no hay referencia expresa a la tutela de aquellos derechos pese a que, en nuestra opinión, podría desarrollarse arbitrajes de clase.

El objetivo de esta investigación es analizar si resulta aplicable el uso de las acciones de clase arbitrales estadounidenses en nuestro país, tomando en cuenta la regulación actual y haciendo referencia sistemas de *Civil Law* como el brasileño, el argentino y el colombiano.

Para ello, en primer lugar, desarrollaremos el marco conceptual referido al arbitraje y a las acciones de clase; en segundo lugar, explicaremos el funcionamiento de las acciones de clase arbitrales estadounidenses y la experiencia de países que cuenta con un sistema similar al nuestro; y, finalmente, fijaremos nuestra posición sobre la aplicación de las acciones de clase arbitrales en el Perú.

## **1. Marco Conceptual**

En el presente capítulo desarrollaremos conceptos que serán utilizados constantemente en este artículo académico con la finalidad de que el lector se familiarice con ellos para, posteriormente, desarrollar nuestra hipótesis indicada en la introducción.

### **1.1 Arbitraje**

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias mediante el cual dos o más partes, quienes tienen intereses contrapuestos que han generado un conflicto entre ambas se plantean resolverlo a través del proceso; es decir, recurriendo a la decisión de un tercero no interesado.

Lo indicado en el párrafo anterior es compartido por CAIVANO, quien expresa, además, que el arbitraje es una herramienta mediante la cual se resuelven los conflictos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales (CAIVANO, 2008, pág. 47).

Los particulares a los que hace referencia el autor mencionado son los árbitros, quienes podrían ser definidos como los jueces privados designados por aquellos quienes desean que resuelva su controversia.

Por otro lado, es pertinente hacer referencia a la naturaleza jurídica del arbitraje, la cual ha generado un amplio debate, en tanto no se ha encontrado una solución universalmente aceptada. En consecuencia, existen diversas teorías que tratan de definirla como la jurisdiccional y la contractual.

La primera de ellas postula que los árbitros ejercen una verdadera función jurisdiccional y se apoyan en el carácter público de la administración de justicia. Por su parte, la teoría contractual sostiene que el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales y, en consecuencia, tanto el acuerdo como el laudo arbitral reflejan el carácter contractual de arbitraje.

En nuestra opinión, el arbitraje es un sistema de justicia privado creado contractualmente; es decir, somos partidarios de la teoría mixta. BORN, respecto a esta posición, indica que: «Although deriving its effectiveness from the agreement of the parties, as set out in the arbitral agreement, arbitration has a jurisdictional nature involving the application of the rules of procedure» (BORN, 2009, pág. 186).

Consideramos que esta postura es la correcta debido a que es el marco legal el que reconoce la autonomía de voluntad de las partes plasmada en un convenio arbitral

limitando la intervención judicial; sin embargo, dicha autonomía influye significativamente en la configuración del arbitraje y en el establecimiento de su reglas. Por lo tanto, se advierte que es un acuerdo de voluntades con efectos jurisdiccionales.

### **1.2 Convenio arbitral**

El convenio arbitral es la expresión de la autonomía privada y de la libertad contractual de dos o más partes debido a que cuando estas deciden someter la solución de sus futuras controversias al arbitraje, lo que están haciendo es, precisamente, convenir el acceso a dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos y renunciar al fuero judicial.

Asimismo, la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su artículo 7 ofrece dos opciones para definir el convenio arbitral. Nosotros optamos por la segunda de ellas, cuyo tenor es el siguiente: «El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no»<sup>1</sup>.

De esta manera, advertimos que el convenio arbitral es la base fundamental del arbitraje, debido a que, como se señaló anteriormente, las partes manifiestan su voluntad de someterse a este medio de resolución de controversias.

### **1.3 Acciones de clase**

GIDI define a la acción de clase de la siguiente manera: «Una acción colectiva es la acción promovida por un representante, para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas, y cuya sentencia obligará al grupo como un todo». como aquella presentada por un demandante con representación para proteger un derecho que pertenece a un grupo de la población, al cual obliga la sentencia en su conjunto (GIDI, 2004, pág. 31).

HANOTIAU, por su parte, define a la acción de clase de la siguiente manera: «The class action is a procedural device allowing plaintiffs to sue not only for injury done to themselves but on behalf of other persons similarly situated for injury done to them» (HANOTIAU, 2005, PÁG. 260).

---

<sup>1</sup> La opción I del artículo 7, en su numeral (1), señala que: «El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente». Esta opción, sin embargo, también hace referencia a la forma del convenio arbitral.

Teniendo en consideración lo expresado por los autores citados en los párrafos precedentes, podemos advertir que estas acciones se caracterizan por su numerosidad, en tanto están referidas a grupos de la población. Asimismo, la clase podrá ser determinada, determinable y también indeterminable, dependiendo de la naturaleza de los intereses en discusión en cada caso.

Las acciones de clase, por lo tanto, son un mecanismo diseñado con la finalidad de que un amplio número de personas afectadas pueda obtener tutela jurisdiccional de forma eficiente a través de un representante y, principalmente, en un solo proceso. Si las pretensiones del grupo fuesen discutidas de manera individual, no podrían ser eficientemente tituladas; es decir, al ser la clase tan numerosa, resultaría inviable tramitar dicho proceso con los mecanismos tradicionales.

#### **1.4 Acción de clase arbitral**

En virtud de los conceptos anteriormente definidos, podríamos indicar que la acción de clase arbitral o arbitraje de clase se origina en la combinación de dos instituciones distintas: el arbitraje y las denominadas acciones de clase propias del *Common Law*.

Lo afirmado es compartido por FITZPATRICK y THOMAS quienes sostienen que una acción de clase arbitral es, básicamente, un acción de clase que se presenta en el arbitraje y no en una corte judicial y, de esta manera, será un árbitro o un tribunal arbitral el que resuelva la controversia (FITZPATRICK, BRIAN T. & THOMAS, RANDALL S., 2020, p. 217).

BLAVI y VIAL al definir el arbitraje de clase, expresan que: «Class arbitration may be defined as a form of arbitration that enables one or a number of parties to bring a claim before an arbitral tribunal on behalf of other in a similar position. (...) The party initiating the proceeding asserts to represent a group of claimants» (BLAVI & VIAL, 2016, p. 794).

Por su parte, PARK indica que, en una acción de clase arbitral, uno o o más demandantes se designan como representantes de los otros miembros de la colectividad alegando reclamaciones similares y, de esta manera, será el tribunal arbitral el que decida si el procedimiento resulta aplicable tomando en consideración los requisitos para las acciones de clase judiciales (PARK, 2013, p. 15).

La acción de clase arbitral, entonces, puede ser definida como el procedimiento arbitral mediante el cual una pluralidad de individuos, bajo similares circunstancias de hecho o de derecho, son representados como parte procesal por un único sujeto que se erige como

representante de la clase, para efectos de presentar pretensiones ante un tribunal arbitral, cuya decisión habrá de afectar a la totalidad de los miembros de la respectiva clase.

## **2. Funcionamiento de las acciones de clase arbitrales**

En este capítulo, desarrollaremos el funcionamiento de las acciones de clase arbitrales, haciendo referencia a los elementos esenciales para que estas puedan operar; así como los sistemas de acciones de clase existentes. Asimismo, recurriremos al análisis de la situación de diversos países pertenecientes al *Civil Law*; posteriormente, explicaremos los posibles supuestos de aplicación del arbitraje de clase en el Perú y, finalmente, expresaremos nuestra posición sobre esto.

### **2.1 Requisitos o elementos esenciales**

Las cuatro condiciones para que una acción de clase sea certificada están contenidas en la Regla Federal N° 23 de las Reglas Federales del Procedimiento Civil de los Estados Unidos de América.

En primer lugar, encontramos la numerosidad. Según este requisito, la multitud de eventuales reclamantes debe ser tal que no permita la reclamación en juicio de manera conjunta y estando apersonado individualmente cada reclamante, esto es, a través de mecanismos tradicionales como, por ejemplo, el litisconsorcio.

El segundo requisito, en el *Common Law*, es llamado *Commonality* y, en virtud de este, deben existir cuestiones fácticas o jurídicas comunes a los distintos miembros del grupo que sean claramente más relevantes que las circunstancias particulares de cada uno de aquellos.

El tercer requisito para que exista una acción de clase es llamado *Typicality*, mediante el cual la reclamación iniciada por el representante del grupo debe ser representativa o típica de la reclamación que habría iniciado cada uno de los miembros de la clase. En otras palabras, el representante debe formar parte de la clase y, en consecuencia, su interés tiene que encontrarse en concordancia con el de los demás miembros de ella.

El cuarto y último requisito consagrado en la legislación estadounidense es el de la representación adecuada, vinculado al anteriormente desarrollado. Así, se trata de asegurar que quien represente a la clase lo haga de forma adecuada, por lo que el análisis de la representación se concentra, esencialmente, en las características personales del representante.

De esta forma, una acción de clase requiere que se cumplan estos cuatro requisitos. A partir de este cumplimiento se emitirá la certificación de clase; es decir, la determinación de la procedencia de la acción de clase como tal. La certificación es un elemento fundamental para que la acción de clase pueda llevarse a cabo de manera válida.

Sin embargo, en el caso de las acciones de clase arbitrales debemos considerar un requisito adicional: un convenio arbitral similar entre los miembros de la clase. Esto puede advertirse, por ejemplo, en lo expuesto por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *Green Tree Financial* contra *Bazze* del año 2003: «If the relevant arbitration clause is adequately drafted, classwide arbitration is posible, even if it raises a number of delicate issues and practical concerns»<sup>2</sup>.

Por otro lado, HANOTIAU manifiesta que, de acuerdo con Ley Federal de Arbitraje estadounidense « (...) arbitration agreements must be enforced according to their terms and consequently the court may certainly not refer to the parties to class arbitration if this is inconciliable with the terms of the agreements» (HANOTIAU, 2005, pág. 265).

Asimismo, la *American Arbitration Association* (en adelante, AAA), la cual es la institución arbitral estadounidense más reconocida, cuenta con un reglamento llamado «Supplementary Rules for Class Actions», en el cual ha regulado todos los requisitos de una acción de clase y a los cuales se ha añadido la similitud de los convenios arbitrales. Esto ha sido expresado de la siguiente manera:

«4. Class Certification

(a) (...)

6) each class member has entered into an agreement containing an arbitration clause which is substantially similar to that signed by the class representative(s) and each of the other class members (...).»

Tomando en consideración lo expuesto, podemos advertir que, efectivamente, se requiere un convenio arbitral similar entre los miembros de la clase para que proceda la acción de clase arbitral. Esto podría presentarse, por ejemplo, en casos de contratos por adhesión vinculados al derecho de consumo.

Por otro lado, en relación con esta cláusula arbitral es pertinente identificar si la misma autoriza o prohíbe la acción de clase arbitral. En primer lugar, encontramos aquellos

---

<sup>2</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Caso: *Green Tree Financial v. Bazze* (2003). Consulta: 19 de diciembre de 2020. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/444/case.pdf>>.

supuestos en lo que no existe una cláusula general que exima el arbitraje de clase. Sobre estos, HANOTIAU expresa que «In the United States, most courts enforce arbitration agreements that are imposed as contracts of adhesion, absent other problems with the clause» (HANOTIAU, 2005, pág. 266). Asimismo, manifiesta que «Most courts have considered that the mere fact that a suit is captioned as a class action does not render it exempt from being sent to arbitration» (HANOTIAU, 2005, pág. 266).

En segundo lugar, se presentan aquellos convenios arbitrales que autorizan las acciones de clase arbitrales y, por lo tanto, no generan problemas específicos; sin embargo, estos raramente se presentan en la práctica.

En tercer lugar, tenemos los casos en los que la cláusula arbitral prohíbe la acción de clase y el principal cuestionamiento se presenta respecto a la validez de este convenio. Este supuesto amerita análisis casuístico en virtud de la jurisprudencia de cortes estadounidenses.

En cuarto lugar, se presentan casos en los que los convenios arbitrales no hacen referencia a la posibilidad de las acciones de clase arbitrales. HANOTIAU expresa que «When the parties' agreement provides for arbitration of all disputes but is silent on the issue of classwide arbitration, several courts have held a court may order the arbitration to be handled as a class action» (HANOTIAU, 2005, pág. 271). Sin embargo, hay cortes que podrían no autorizar la acción de clase arbitral.

## **2.2 Funcionamiento de las acciones de clase arbitrales estadounidenses**

Para explicar el funcionamiento de la acción de clase arbitral, debemos hacer referencia, nuevamente, al caso *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle* en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América indicó que son los tribunales arbitrales (y no las cortes) los que deben decidir si esta herramienta procesal se encuentra permitida o no en función del convenio arbitral alegado por alguna de las partes. En otras palabras, lo que hicieron los jueces fue reafirmar el principio *kompetenz-kompetenz*, mediante el cual son los mismos árbitros quienes deciden sobre el cuestionamiento de su competencia y, en el caso del arbitraje de clase, decidirían sobre la procedencia o improcedencia de este.

No obstante, pronunciamientos posteriores emitidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds International Corp.* y *A&T Mobility v. Concepción* habrían limitado de alguna manera la posibilidad utilizar las acciones de clase arbitrales, tal como expresan BORN y SALAS: «(...) the Supreme Court

issued two decisions that performed a fairly complete about-face, effectively overruling its earlier holding in *Bazzle* and largely closing the door on class arbitration under the FAA» (BORN & SALAS, 2012, pág. 22).

Hemos señalado anteriormente, además, que la AAA ha regulado en uno de sus reglamentos las acciones de clase arbitrales. BLAVI y VIAL expresan que: «The AAA procedure adapts the requirements of class actions in the nature of traditional arbitration, including special decisions regarding the applicability for the arbitration to proceed as class arbitration and the practice of notices to the potential members of the class (...)» (BLAVI & VIAL, 2016, pág. 803).

La *American Arbitration Association* regula tres fases. La primera de ellas es la llamada «Clause Construction Award», en la que el árbitro determinará si el convenio arbitral permite la acción de clase arbitral a través de un laudo y, luego de la emisión de este, deberá suspender el proceso durante treinta días como mínimo para que, eventualmente, cualquiera de las partes recurra a la corte competente para que lo confirme o anule.

La segunda etapa consiste en el «Class Determination Award», en virtud del cual el árbitro determinará si certifica la clase propuesta en base a los criterios como numerosidad, la comunidad de las cuestiones de hecho y derecho, la tipicidad y la representación adecuada, así como también el requisito anteriormente mencionado respecto al convenio arbitral sustancialmente similar suscrito por los miembros de la clase. La certificación debe establecerse en un laudo motivado y, nuevamente, el proceso será suspendido por otros treinta días para que cualquiera de las partes solicite la revisión judicial de este.

La tercera y última etapa es aquella en la que se emite el laudo final. Luego de que se notifica a todos los miembros de la clase que puedan ser identificados a través de un esfuerzo razonable, el arbitraje pasa a fase de méritos y, sea favorable o no, el laudo debe definir la clase con especificidad, indicar a quién se le dio la notificación del proceso e identificar si alguien se excluyó del grupo. En esa fase también se permite la revisión judicial del laudo.

### **2.3 Acciones de clase arbitrales en el *Civil Law***

Conforme se ha expresado anteriormente, las acciones de clase tienen su origen en los Estados Unidos de América, el cual se rige por el *Common Law*. Esto nos lleva a cuestionarnos si es que países del *Civil Law* como el Perú cuentan con acciones de clase

y, en específico, las referidas a posibles arbitrajes; por ese motivo, nos basaremos en Brasil, Argentina y Colombia.

Brasil es considerado el pionero en las acciones colectivas en el sistema de derecho civil, ya que cuenta con diversas normas como la Ley de la Acción Civil Pública, a través de la cual se creó un procedimiento adecuado para la acción colectiva con mandamiento judicial de hacer o no hacer y para los daños globales sufridos por el grupo (Gidi, 2004, pág. 21). Asimismo, la nueva Constitución Federal de Brasil de 1988 protegió numerosos derechos de grupo.

Respecto a los arbitrajes de clase, en el artículo 114.1 de su Constitución se establece la posibilidad de recurrir a arbitrajes de clase laborales<sup>3</sup>. Asimismo, en el 2017, accionistas minoritarios, representados por una entidad, reclamaron ante la corte contra Petrobras por el escándalo de corrupción que se hizo público en 2014; sin embargo, esta desestimó la demanda y remitió el caso a un arbitraje en virtud de los estatutos de Petrobras<sup>4</sup>, lo cual podría ser entendido como una opción para el arbitraje de clase.

Por otro lado, en Argentina, las acciones de clase fueron aplicadas por primera vez por la Corte Suprema de Justicia impulsó, en la sentencia del caso Halabi de fecha 24 de febrero de 2009, el reconocimiento de la tutela jurisdiccional de los derechos individuales colectivos y, especialmente, respecto a los derechos individuales homogéneos. Asimismo, en dicha sentencia se reconoce la ausencia de legislación referida a la materia.

En la misma línea, Barusso expresa que, pese a los lineamientos establecidos en el precedente Halabi, la ausencia de una regulación general de los aspectos procesales hace que el trámite de una pretensión colectiva en Argentina sea imprevisible, ya que los jueces no estarían capacitados para este tipo de litigios, lo que genera que se improvisen soluciones a un procedimiento que se está iniciando recientemente (Barusso, 2012, pág. 207).

¿Cuál es la situación del arbitraje argentino? En 11 septiembre de 2018, Petróleo Brasileiro S.A. fue notificada de una demanda arbitral Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa ante el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, cuyo objeto, según la empresa, se basaba en la presunta

---

<sup>3</sup> Artículo 114: «Es competencia de la Justicia del Trabajo conciliar y juzgar los conflictos individuales y colectivos entre trabajadores y empleados (...) 1. Frustrada la negociación, las partes podrán elegir árbitros».

<sup>4</sup> Ver: <https://latinlawyer.com/jurisdiction/1006443/brazil>. Consulta: 19 de diciembre de 2020.

responsabilidad por parte de esta en relación con la pérdida de valor de mercado de las acciones de la empresa debido a los procesos vinculados a la corrupción señalada en el caso brasileño<sup>5</sup>. Este proceso, sin embargo, concluyó antes de que pudiera discutirse en la sede arbitral.

Finalmente, en el caso colombiano es menester indicar que cuentan con la Ley 472 de 1998, la cual, en su artículo N. 46, regula las acciones de clase, que cuentan con una finalidad exclusivamente patrimonial. Además, esta norma indica expresamente que el grupo deberá estar conformado por veinte personas como mínimo y que entre ellas existan condiciones uniformes respecto de la causa que originó perjuicios; es decir, regula expresamente los requisitos de numerosity y commonality.

Al igual que en los casos anteriores, en Colombia la práctica del arbitraje de clase no se ha consolidado. No obstante, en 2004, ante la Cámara de Comercio de Bogotá se emitió el laudo del proceso entre Luis Alberto Durán contra Bancolombia S.A., el cual versó sobre una controversia relativa a los derechos de los accionistas minoritarios en el marco del proceso de fusión del Banco de Colombia S.A. y el Banco Industrial Colombiano S.A.<sup>6</sup>

Este caso se originó a partir de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de dicho país en 2001 ya que, inicialmente, la acción de grupo fue presentada ante el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá en el que la parte demandada interpuso una excepción de cláusula compromisoria (lo que en el sistema peruano sería una excepción de convenio arbitral) contenida en los estatutos de Bancolombia S.A., motivo por el cual el juez decidió remitir a las partes a arbitraje.

Esta decisión fue impugnada y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión y sosteniendo que procedencia de las acciones de clase en el arbitraje requiere que todos los miembros del grupo hayan suscrito el acuerdo arbitral con la parte convocada.

#### **2.4 Acciones de clase y arbitrajes de clase en el Perú**

En base a lo desarrollado en el capítulo 2.3 de este artículo podemos advertir que diversos países del *Civil Law* han desarrollado, en mayor o menor medida, las acciones de clase e,

---

<sup>5</sup> Ver: [https://abogados.com.ar/arbitraje-de-clase-en-argentina-a-prueba-y-error/25666#\\_edn2](https://abogados.com.ar/arbitraje-de-clase-en-argentina-a-prueba-y-error/25666#_edn2). Consulta: 19 de diciembre de 2020.

<sup>6</sup> El laudo puede ser revisado en: <https://jurisprudencia.vlex.com.co/vid/-355231302/> Consulta: 19 de diciembre de 2020.

incluso, se han presentado situaciones referidas a arbitrajes de grupo.

Nuestro país no cuenta con una regulación integral de procesos colectivos; por el contrario, existe un vacío normativo respecto a ellos. Por ejemplo, tenemos el artículo 82 del Código Procesal Civil, el cual hace referencia a los derechos difusos; es pertinente señalar que, a la fecha, existe un proyecto de reforma en este cuerpo normativo, el cual establece una amplia sección sobre procesos colectivos.

Además del artículo mencionado, existen otras disposiciones normativas en la Ley General del Ambiente, el Código Procesal Constitucional y la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo que establecen que cualquier persona puede presentar una demanda que tenga por finalidad la protección de intereses difusos.

Por otro lado, también tenemos los artículos 9.2 y 18 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, en los cuales se hace referencia a intereses supraindividuales. El primero de ellos establece que cuando se afecte algún derecho que corresponda a un grupo de trabajadores, podrán demandar el sindicato, los representantes de estos o cualquier trabajador del ámbito. El segundo de ellos, por su parte, regula los efectos de una sentencia que declarada fundada una demanda que reconoce la afectación del derecho de un grupo de trabajadores.

Finalmente, en el Perú contamos con el Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual dedica un título especial a la tutela colectiva. Asimismo, contiene un reglamento que establece las pautas sobre los procesos judiciales en los que se procura la tutela de los intereses colectivos de los consumidores.

En relación con el arbitraje, es menester recordar que en el 2008 el Poder Ejecutivo se promulgó el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, Ley Peruana de Arbitraje), en un contexto de promoción de las inversiones y, especialmente, en el marco de la implementación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América.

Esta norma no hace referencia expresa a los arbitrajes de clase por lo que debemos repasar los artículos pertinentes para determinar si es posible aplicar el modelo de la acción de clase arbitral estadounidense en el Perú.

De esta manera, el artículo 2.1 de la Ley Peruana de Arbitraje establece que es posible someter a arbitraje controversias que versen sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

Podemos advertir que este hace referencia a las materias que pueden ser resueltas mediante arbitraje y, para ello, la norma utiliza como criterio el de la disponibilidad. CANTUARIAS indica que en este artículo se amplía al máximo el ámbito de las materias arbitrables y, por ello, evita enumerar una lista de materias no susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje (CANTUARIAS, 2011, pág. 9).

Debemos tener en consideración el artículo 15 referido a convenios arbitrales contenidos, por ejemplo, en contratos de adhesión, ya que, si tomamos como referencia el modelo estadounidense, diversas acciones de clase se producen en materias de derecho de consumo, en el cual suelen presentar ese tipo de contratos.

Por otro lado, advertimos el artículo 37 de la Ley Peruana de Arbitraje referido a la representación. Este establece que las partes podrán comparecer personalmente ante el tribunal arbitral o estar representadas por un abogado o cualquier otra persona con autorización por escrito. Asimismo, señala que la representación conferida para actuar dentro de un arbitraje autoriza al representante a ejercer todos los derechos y facultades previstos en la Ley Peruana de Arbitraje, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales, salvo pacto en contrario.

Consideramos que a efectos de la aplicación de las acciones de clase de grupo en el Perú también debe considerar el artículo 41 que reafirma el principio *kompetenz-kompetenz*, mediante el cual los tribunales arbitrales son los únicos competentes para decidir sobre su propia competencia; de esta forma, estos serían quienes determinen si es posible interponer una demanda arbitral que vincule a un grupo o clase.

Finalmente, otro artículo que creemos debe ser tenido en consideración es el 59 en el cual se regulan los efectos de laudo, el cual es de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Sin embargo, en materia de arbitraje de clase habría que determinar qué sucede con aquellos miembros del grupo que no formaron parte del proceso arbitral.

### **2.5 Supuestos de posible aplicación**

Respecto a la aplicación de las acciones de clase en los Estados Unidos de América, HANOTIAU sostiene que: «Most of them are damages class actions involving antitrust, civil rights, securities, fraud, consumer, mass tort, environmental and product liability claims» (HANOTIAU, 2005, p. 263).

En el contexto peruano, además de la Ley Peruana de Arbitraje, la cual puede ser

entendida como la ley general, también existen diversas leyes que regulan arbitrajes «especiales».

En primer lugar, encontramos el arbitraje de consumo que se encuentra regulado en el Perú por el Código de Protección y Defensa del Consumidor y por el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo. Como expresa DEL ÁGUILA, su objetivo es resolver de manera sencilla, gratuita, rápida y con carácter vinculante, los conflictos entre consumidores y proveedores (DEL ÁGUILA, 2012, p. 44).

En este arbitraje, la competencia subjetiva está dada en las personas del proveedor y del consumidor por lo que la controversia debe derivarse de una relación de consumo existente entre dichos sujetos. La competencia objetiva, por su parte, se vincula a las controversias derivadas de las relaciones de consumo entabladas entre usuarios y proveedores; es decir, los conflictos deben versar sobre derechos reconocidos al consumidor y deben ser materias arbitrables (DEL ÁGUILA, 2012, pág. 55).

El artículo 32 literal 'b' del citado Reglamento establece que las pretensiones que busquen lograr un pronunciamiento sobre intereses colectivos o difusos no pueden someterse al arbitraje de consumo. Es pertinente mencionar la clasificación de los derechos supraindividuales, tomando en consideración lo desarrollado por Glave (GLAVE, 2011, pág. 113):

- i. Derechos difusos: caracterizados porque están referidos a un número indeterminado e indeterminables de titulares, cuyo bien jurídico afectado es de naturaleza indivisible e indisponible.
- ii. Derechos colectivos: pertenecen a un número indeterminado, pero determinable de un grupo de personas, cuyo bien jurídico afectado es relativamente indivisible.
- iii. Intereses individuales homogéneos: referidos a derechos subjetivos ontológicamente individuales y a la divisibilidad del bien jurídico entre la comunidad de afectados, pero se tratan colectivamente porque tiene por origen común la conducta de la parte contraria.

De esta forma, podríamos afirmar que en un arbitraje de consumo podrían plantearse pretensiones que involucren intereses individuales homogéneos y, en consecuencia, eventuales arbitrajes de clase. Esto podría presentarse, por ejemplo, en supuestos de contratos de adhesión mediante los cuales los consumidores, valiéndose del convenio

arbitral regulado en aquellos, podrían buscar ser resarcidos por productos defectuosos.

En segundo lugar, la Ley General del Ambiente, Ley N 28611, en su artículo 151 establece la posibilidad de recurrir al arbitraje para la resolución de conflictos ambientales. El artículo 152 de este cuerpo normativo señala cuales son las controversias o pretensiones ambientales que pueden someterse al arbitraje las cuales se caracterizan por ser determinadas o determinables que versen sobre derechos patrimoniales u otros que sean de libre disposición por las partes.

El arbitraje ambiental tiene como finalidad resolver las controversias respecto a la protección del derecho de la propiedad privada de eventuales daños causados por contaminación o perturbaciones ambientales provocadas por terceros (GAITÁN, 2008, pág. 259).

En este supuesto, sin embargo, creemos que el problema principal se centraría en el convenio arbitral ya que el arbitraje ambiental no podría realizarse si es que no existe dicho acuerdo entre las partes. VIDAL, por su parte, sostiene que los derechos ambientales patrimoniales individuales son factibles de arbitrabilidad con la suscripción de un convenio arbitral posterior al acontecimiento del daño ambiental (VIDAL, 2017, pág. 151).

El mismo autor sostiene que el origen de esta situación se debe a que en materia ambiental no existe un colectivo determinado e incluso determinable que posibilite su actuación como parte del proceso arbitral. Por este motivo, consideramos que en este tipo de supuestos podría resultar de aplicación un arbitraje de clase, en virtud de lo anteriormente expuesto sobre la acción de clase arbitral.

Nuestra tesis puede ser respaldada con lo afirmado por VIDAL quien indica que debido a la importancia que representan para nuestro país las inversiones en recursos naturales y las actividades extractivas, es necesario que el arbitraje ambiental cobre mayor importancia en tanto a que la Ley Peruana de Arbitraje y la Ley General del Ambiente concuerdan entre sus principios rectores que es factible que mediante un tribunal arbitral puedan ventilarse controversias ambientales (VIDAL, 2017, pág. 152).

Un caso que, por ejemplo, podría haberse tramitado en un arbitraje de clase es el de la Empresa Minera Yanacocha, en el cual se desarrollaron diversos procesos judiciales en los que uno de los petitorios de los pobladores de la Comunidad Campesina de Choropampa (la clase), se refería a los daños ambientales indemnizables.

Finalmente, en tercer lugar, nos planteamos el escenario del arbitraje laboral, el cual es

un mecanismo heterocompositivo a través del cual uno o más terceros resuelven un conflicto de trabajo (GIRAO, 2017, pág. 58).

GIRAO expresa que, en virtud de las clasificaciones propuestas por la Organización Internacional de Trabajo (OIT) es posible distinguir el arbitraje laboral en función del ámbito subjetivo y, de esta manera, podríamos encontrarnos ante un arbitraje individual y otro colectivo (GIRAO, 2017, pág. 59). Un arbitraje laboral colectivo sería aquel en el que se resuelve un conflicto que afecta intereses abstractos de una categoría.

Por otro lado, según el tipo de conflicto podemos encontrarnos ante arbitrajes de derecho o económicos. El primero de ellos está referido a aquel que resuelve una controversia en la que se discute la interpretación de una ley, convenio colectivo o un contrato individual de trabajo; mientras que el otro está referido a un conflicto que se suscita por diferencias relativas a la determinación de derechos y obligaciones futuras y, por lo general, es el resultado del fracaso de la negociación colectiva (GIRAO, 2017, pág. 59).

Los arbitrajes laborales de Derecho se encuentran regulados en la Sexta Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. ACEVEDO sostiene que, en materia de conflictos jurídicos laborales, la regla es que sean conocidos por el Poder Judicial y no por los árbitros, quienes solo podrán resolver un conflicto cuando se pacte el convenio arbitral por trabajadores que perciban una remuneración mensual de tal magnitud que evidencia una relación de menor asimetría negocial entre las partes (ACEVEDO, 2014).

Respecto al arbitraje laboral económico, esta figura estaba prevista en el Decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR; posteriormente se promulgó el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, a través del cual se introdujo el artículo 61-A al citado Reglamento. GIRAO manifiesta que, a través de este tipo de arbitrajes, los trabajadores pretenden mejorar sus ingresos y condiciones de empleo (GIRAO, 2017, pág. 59).

Tomando en consideración lo desarrollado sobre arbitrajes laborales, creemos que tanto en el jurídico como en el económico podrían proceder las acciones de clase arbitrales, ya que ambos permiten que se discutan intereses colectivos e intereses individuales homogéneos.

## **2.5 Posición**

Debemos tener en consideración que suele pactarse el arbitraje como un mecanismo

alternativo de solución de controversias, principalmente, porque el desarrollo de este suele ser más celerante que un proceso tradicional y, en base a ello, resulta ser más eficiente al momento de otorgar tutela judicial efectiva a las partes.

Entonces, ¿sería realmente eficiente que una numerosa cantidad de personas participe en un arbitraje? Esta inusual situación sería todo un reto en tanto podrían verse afectadas diversas características del arbitraje como la ya mencionada celeridad. Bastaría para ello tener en consideración el procedimiento establecido en la AAA, el cual llega a tener hasta tres etapas, las cuales concluyen con la emisión del laudo arbitral.

Por otro lado, ¿qué pasaría con aquellos miembros de clase que no quieren unirse al proceso colectivo? Habría que evaluar si la propuesta del arbitraje fue notificada a todos los involucrados para que manifiesten su voluntad y, al mismo tiempo, habría que determinar qué sucedería en el supuesto de que el laudo no resulte favorable para la clase. En consecuencia, habría que regular la manera en la que el laudo sería ejecutado.

Otra característica que podría vulnerarse en estos arbitrajes de clase sería la confidencialidad del proceso. Al estar ante un amplio número de personas relacionadas a este, ¿cómo podríamos asegurar que no se vulnera dicho principio?

Creemos que con la regulación arbitral actual un arbitraje de clase no resultaría eficiente, debido a que no habría certeza sobre sus efectos y el procedimiento para resolver las controversias. Sería pertinente modificar la Ley Peruana de Arbitraje y aquellas normas que regulan arbitrajes «especiales» para que los arbitrajes de clase puedan desarrollarse en el Perú.

No obstante lo mencionado en el párrafo precedente, consideramos que al utilizar el arbitraje para experimentar con acciones de clase cuando en nuestro Perú no existe una regulación integral sobre procesos colectivos y, además, se caracteriza por ser defectuosa, estaríamos forzando la figura para suplir estos defectos normativos.

En nuestra opinión, sería pertinente que, en vez de utilizar al arbitraje como un banco de pruebas para observar el funcionamiento de procesos colectivos, se promueva la modificación de la regulación general que existe en la actualidad para que, posteriormente, nuestros jueces, al aplicar o interpretar dichas normas, puedan generar un desarrollo jurisprudencial respecto a los procesos colectivos. En suma, las acciones de clase deberían ser tramitadas, en una primera etapa, únicamente ante el Poder Judicial y no en métodos alternativos como el arbitraje.

### **3. Conclusiones**

- Las acciones de clase arbitrales han sido ampliamente desarrolladas en los Estados Unidos de América e, incluso, diversas instituciones arbitrales han regulado sus reglamentos para que estos procesos puedan realizarse.
- En el Perú existe una amplia cultura arbitral; sin embargo, la norma general ni las normas específicas sobre arbitrajes hacen referencia a la posibilidad de aplicar las acciones de clase arbitrales, pese a que podrían ser utilizadas en supuestos de derecho de consumo, ambiental y laboral.
- El Perú, en materia de procesos colectivos, cuenta con una regulación escasa y dispersa en diversos cuerpos normativos, por lo que no se tutelan adecuadamente los derechos supraindividuales.
- En nuestra opinión, antes de utilizar al arbitraje de manera experimental para medir el éxito de los procesos colectivos, sería pertinente que exista una regulación completa e integral sobre estos, lo cual permitirá que los jueces desarrollen jurisprudencia sobre esto.

### **Bibliografía**

- Acevedo Mercado, J. L. (2014). Las diferencias entre el arbitraje laboral jurídico y el arbitraje laboral económico, y su incidencia en el control difuso. *Themis*(65), 145-219.
- Barusso, L. F. (2012). Acciones Colectivas en la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina. *Derecho & Sociedad*(38), 205-2014.
- Blavi, F., & Vial, G. (2016). Class actions in International Commercial Arbitration. *Fordham International Law Journal*, 39(4), 791-827.
- Born, G. (2009). *International Commercial Arbitration*. Países Bajos: Kluwer Law International .
- Born, G., & Salas, C. (2012). The United States Supreme Court and Class Arbitration: A Tragedy of Errors. *Journal of Dispute Resolution*, 21-48.
- Caivano, R. J. (2008). *Arbitraje*. Argentina: Ad Hoc.
- Cantuarias Salaverry, F. (2011). Comentario al artículo 2 de la Ley Peruana de Arbitraje. En C. Soto Coaguila, & A. Bullard González, *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Vol. I, págs. 7-20). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.

- Del Águila Ruiz de Somocurcio, P. (2012). La organización del sistema de arbitraje de consumo: ¿Un modelo para desarmar? *Arbitraje PUCP*(2), 44-51.
- Fitzpatrick, Brian T. & Thomas, Randall S. (2020). The Indian Securities Fraud Class Action: Is Class Arbitration the Answer? *Northwestern Journal of International Law & Business*, 40(2), 203-225.
- Gaitán Ochoa, L. F. (2008). Arbitraje ambiental: instrumentos para la solución de conflictos. *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*.
- Gidi, A. (2004). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Girao La Rosa, J. C. (2017). El arbitraje laboral económico como mecanismo de solución de conflictos en el Perú. *Themis*(71), 57-68.
- Glave Mávila, C. (2011). Modelos incompletos de procesos colectivos en el Perú. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*(38), 111-121.
- Hanotiau, B. (2005). *Complex Arbitrations. Multiparty, multicontract, multi-issue and class actions*. Países Bajos: Kluwer Law International.
- Park, W. (2013). La jurisprudencia estadounidense en materia de 'arbitraje colectivo' ('class arbitration'): Entre el debate político y el técnico jurídico. *Lima Arbitration*(5), 9-34.
- Vidal Ramos, R. (2017). El arbitraje ambiental y sus implicancias. *Advocatus*, 145-158.