

LOS RECLAMOS ARBITRALES COLECTIVOS COMO MECANISMO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS BAJO LA GUÍA JURÍDICA SOBRE AGRICULTURA POR CONTRATO DE UNIDROIT, FIDA & FAO

Bach. Viviana Méndez Valle¹

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La agricultura por contrato y su presente regulación en la Guía Jurídica de UNIDROIT, FIDA, y FAO. 3. La posibilidad de utilizar el arbitraje colectivo masivo en el contexto de la agricultura por contrato. 3.1. El arbitraje colectivo masivo: conceptos y alcances. 3.2. La arbitralidad del derecho agrario. 4. Las reglas procedimentales y el proceso arbitral colectivo masivo. 4.1. El consentimiento. 4.2. La ley aplicable a la cláusula arbitral debe permitir la posibilidad de interponer reclamos masivos arbitrales. 4.3. Los reclamos emergente de los diferentes contratos deben estar relacionados. 5. Beneficios de acudir al arbitraje en materia *ius agraria*. 6. Conclusiones.

1. Introducción

La posibilidad de interponer reclamos arbitrales colectivos² – un concepto relativamente nuevo en el mundo del arbitraje – se postula como una alternativa atractiva y económicamente viable para la resolución de

ciertos conflictos emergentes de los contratos agrícolas regulados por la Guía Jurídica sobre Agricultura por Contrato creada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), el Fondo Internacional para el Desarrollo Agrícola (FIDA) y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO).

A pesar del fenómeno de la industrialización y globalización en materia agraria, los contratos agrícolas continúan estando dotados de inequidad entre las partes contratantes, lo cual dificulta la redacción y ejecución del contrato, así como el acceso a la justicia en el caso de incumplimiento contractual del contratista.

Tras el lanzamiento de la Guía de Agricultura por Contrato, las instituciones redactoras de la misma se plantearon la interrogante de averiguar la viabilidad de utilizar los mecanismos alternos a la justicia colectivos para balancear la inequidad en el acceso y la resolución de conflictos entre productores agrícolas y contratistas.

1 Bachiller en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, actualmente egresada de la Licenciatura y próxima a defender su tesis. Fue pasante del Bufete especializado en Arbitraje Internacional, Three Crowns LLP en la oficina de Washington D.C., así como en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT) de las Naciones Unidas en Roma, Italia.

2 Los términos “reclamos arbitrales colectivos”, “reclamos masivos” “arbitrajes colectivos” o “arbitrajes masivos” son utilizados de manera neutra a lo largo del presente artículo sin referencia a las acciones colectivas propias de cada jurisdicción independiente.

Específicamente, se tenía la inquietud de saber si los reclamos colectivos en arbitraje podrían utilizarse para solucionar controversias que se originaran cuando un contratista incumplía (por las mismas razones) miles de contratos con sus diferentes productores agrícolas, y estos contratos eran similares o idénticos en término de contenido (generalmente conocidos como contratos estándares o adhesivos).

En un intento de analizar esta posibilidad, la Secretaría de UNIDROIT compiló un estudio preliminar sobre el tema, y algunas de las discusiones y consideraciones sobre este se pueden observar aquí. Estas incluyen: **(1)** el análisis del nuevo modelo propuesto por UNIDROIT, FIDA y FAO con respecto a la regulación de la agricultura por contrato; **(2)** la viabilidad de utilizar el arbitraje colectivo como un mecanismo equitativo de acceso a la justicia para los agricultores; y **(3)** las reglas procedimentales en el proceso arbitral colectivo masivo y **(4)** los beneficios de este proceso en materia *iusagraría*.

2. La agricultura por contrato y su presente regulación en la Guía Jurídica de UNIDROIT, FIDA, y FAO

La agricultura por contrato³ describe la relación contractual entre un productor agrícola y un contratista para la producción y venta de ciertos bienes agrícolas, usualmente de conformidad con los

términos y requerimientos del contratista, y/o con la ayuda financiera del mismo. La naturaleza de dicho tipo de contrato es extremadamente compleja pues excede la simple compraventa de mercancías entre un productor y un contratista. Por ejemplo, en ocasiones las partes acuerdan de antemano el cumplimiento de diversas obligaciones relativas a la producción, calidad y/o venta de los bienes.

Mientras la agricultura y los mercados agrícolas permanecen siendo claves para el desarrollo económico y el crecimiento de las diferentes regiones del mundo, hasta recientemente, la agricultura por contrato permanecía siendo un tópico no regulado por el derecho internacional.⁴ Naturalmente, esta falta de reglamentación resultó en la creación de problemas significantes en la redacción, ejecución, y resolución de contratos en el mercado agrícola, y se remontó como una prioridad legal que debía ser solucionada por la comunidad global.

Con la finalidad de aliviar los inconvenientes nacientes de estos contratos, este verano, UNIDROIT, FIDA y FAO lanzaron la “Guía Jurídica de Agricultura por Contrato.” Dicha Guía provee un instrumento comprensivo que discute ampliamente la distinta gama de contratos agrícolas, la formación y estructura de estos contratos, las diversas obligaciones que pueden ser adquiridas por cada parte, y finalmente, la variedad de mecanismos

3 Específicamente, la Guía describe la agricultura por contrato como “la producción agrícola y de mercadeo que se lleva a cabo bajo un acuerdo previo entre productores y sus compradores, sosteniendo la producción de una amplia variedad de comodidades agrícolas que crecen en varios países.” Ver: UNIDROIT, FAO & IFAD, Contract Farming Legal Guide, (2015), iii.

4 De hecho, a la fecha muchos países no regulan de manera expresa la agricultura por contrato en sus legislaciones domésticas. Tal es el caso de Alemania, Austria o Suiza que no hay habilitado leyes al efecto para esta fecha. Por ejemplo, ni el Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch, “BGB”), ni el Código de Comercio Alemán (Handelsgesetzbuch, “HGB”) contienen legislación específica en contratos agrícolas.

para la resolución de conflictos, incluyendo métodos de resolución alternativa de disputas.

Al regular la agricultura por contrato mediante un instrumento internacional, estos tres organismos buscan “incrementar la actividad agrícola, mejorar la calidad de vida presente en al pobreza rural, y jugar un rol en la prevención del éxodo rural,”⁵ todo mientras le otorgan a los agricultores y a los contratistas un marco legal que les permita reestructurar sus contratos y satisfacer las necesidades de cada parte. En este sentido, a pesar que la Guía no constituye un elemento legal exigible, sí sirve de base para reformar las legislación agraria de las varias jurisdicciones, y de esta forma, que sean las legislaciones de cada estado las que regulen esta problemática de formas más específicas en línea con cada gobierno.

Asimismo, como un instrumento reciente, la Guía Jurídica de Agricultura por Contrato busca explorar, *inter alia*, alternativas viables a los mecanismos de resolución de controversias que sean económicamente atractivas para los agricultores, quienes generalmente se ven afectados e impedidos de acudir a la justicia por su situación socioeconómica constreñida. En este tenor, la Guía intenta ofrecer variedad de opciones a los contratistas y los productores para la solución de controversias en el mercado agrícola y este mercado de producción.

Actualmente, la Guía propone varios mecanismos para solucionar controversias al amparo de la agricultura por contrato. Algunas de estas sugerencias incluyen redactar contratos que estipulen en sus cláusulas mecanismos de exigibilidad del cumplimiento del contrato, o acciones correctivas que disminuyan el efecto del incumplimiento de una de las partes.⁶ Otras sugerencias incluyen proveer mecanismos de quejas entre los agricultores y las compañías contratistas, para evitar tornar la disputa en un litigio individual con cada agricultor, lo que podría resultar lesivo para los intereses del agricultor. Finalmente, la Guía ofrece un capítulo que discute la interposición de recursos alternativos a la justicia convencional, en específico, la mediación y el arbitraje.⁷

En la Guía, la discusión con respecto a la interposición del recurso arbitral es bastante sencilla y generalizada, y se limita a explicar qué es el arbitraje, y qué deberán contemplar la partes contratantes para poderse someter a estos procesos. Se parte del entendimiento que la mayoría de los contratos agrícolas surten efectos dentro de un solo país,⁸ por lo cual la lectura del proceso arbitral se hace con énfasis al arbitraje doméstico.

Por consiguiente, el presente artículo presente expandir sobre los lineamientos básicos de la Guía, explorando la posibilidad de recurrir al arbitraje colectivo para solucionar disputas de agricultura por contrato y así otorgar mayor sustento al entendimiento y la ejecución de la Guía.

5 Ver UNIDROIT, FAO & IFAD, *Contract Farming Legal Guide*, (2015), iii.

6 Ver UNIDROIT, FAO & IFAD, *Contract Farming Legal Guide*, (2015), 163.

7 Ver UNIDROIT, FAO & IFAD, *Contract Farming Legal Guide*, (2015), 214 et seq.

8 Ver UNIDROIT, FAO & IFAD, *Contract Farming Legal Guide*, (2015), 17-18.

3. La posibilidad de utilizar el arbitraje colectivo masivo en el contexto de la agricultura por contrato

Los reclamos masivos arbitrales podrían ser utilizados para solucionar controversias que nazcan de la agricultura por contrato.

La posibilidad de utilizar el arbitraje colectivo masivo en el contexto de agricultura por contrato toca sobre dos temas cruciales en el arbitraje: (3.1) el concepto y el alcance de los reclamos colectivos en el arbitraje; y la (3.2) la arbitrabilidad de la materia agraria.

3.1. El arbitraje colectivo masivo: conceptos y alcances

La utilización del arbitraje como un método para la resolución de reclamos colectivos masivos es un tema nuevo, complejo, y relativamente poco explorado.

Para entender el concepto de arbitraje colectivo, o reclamos en masa en el proceso arbitral, es clave entender qué es el proceso arbitral. El arbitraje es un método de resolución alternativa de disputas⁹ en

el cual las partes de una disputa acuerdan en resolver sus controversias frente a un árbitro privado,¹⁰ y no ante una corte derecho. El proceso encuentra su sustento en el consentimiento de las partes de querer someterse a un tribunal arbitral, de esta manera declinando el derecho fundamental de acceder a la justicia convencional.¹¹

Existen varias modalidades de arbitrajes, las cuales pueden ser: internacional o doméstico (dependiendo del tipo de partes de la disputa, su lugar de negocios, el lugar donde se lleve a cabo el arbitraje, o la escogencia de ley aplicable)¹² comercial, de deportes, o de inversión (dependiendo de la materia), y *ad hoc* o institucional (dependiendo de las reglas e institución del proceso arbitral).

Tradicionalmente, el proceso arbitral implicó la resolución de un conflicto entre dos partes, una parte actora y otra demandada. Mas, conforme las transacciones comerciales se tornaron más complejas, se ha hecho más común que los casos arbitrales lidien con múltiples partes o múltiples contratos.^{13,14} Específicamente, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) reporta que casi un tercio de los procedimientos que se llevan a cabo en esta institución son procesos involucrando a múltiples partes.¹⁵ A pesar de ello, desde la

9 Fouchard, Emmanuel L'arbitrage commercial international, Dalloz, Paris (1965) p. 11.

10 COLLOT Mathias, DEBEAUD, Laurent. L'arbitrage international, disponible en la página: <http://www.annales.org/ri/2000/11-2000/03-09.pdf> (1991), p. 3.

11 FOUCHARD, Emmanuel. L'arbitrage commercial international. Editorial Dalloz, Paris, 1965.

12 MAZONI, Charles. International Arbitration: The Key Elements, (2004), estableciendo que el arbitraje doméstico está consternado preponderantemente con cuestiones nacionales o domésticas, y si "todo lo relacionado con ese arbitraje está relacionado con esa única jurisdicción, entonces se habla de arbitraje doméstico."

13 PARK, William W. Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma, en Permanent Court of Arbitration (ed.), Multiple Party Actions in International Arbitration, Oxford University Press (2009), pp. 1-31.

14 Esto se conoce como arbitraje multi parte o multi contrato.

15 WYSS, Lukas. Multi-party contract and multi-party arbitration proceedings in Switzerland: What commercial users should know, disponible en: https://www.bratschi-law.ch/fileadmin/daten/dokumente/newsletter/2014/2014-08-21_05_Finaler_Beitrags_LWY.pdf

década de los noventa al día de hoy se sigue intentando buscar soluciones para unificar el arbitraje multi parte y diseñar soluciones al número de problemas que se presentan aquí.¹⁶

En esta misma línea, ha surgido una discusión en cuanto al proceso arbitral colectivo, o de reclamos en masa en sede arbitral. Específicamente, este tema anudó la atención de especialistas en arbitraje a partir del año 2011, con el fallo de un Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en el caso de *Abaclat y otros contra la República de Argentina*.¹⁷

En *Abaclat*, el Tribunal afirmó su jurisdicción y admitió el caso para resolver una disputa presentada por ciento ochenta mil inversionistas (tanto personas físicas como jurídicas) contra la República de Argentina por el defecto de pago de su deuda soberana al amparo del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) entre Italia y Argentina.¹⁸

El caso de *Abaclat* ha servido como el pilar sobre el cual descansa la discusión del futuro de la utilización del proceso arbitral en reclamos masivos,¹⁹ y ha incitado explorar la posibilidad de utilizar estos procesos

colectivos en áreas distintas al arbitraje de inversión. A la fecha, el precedente de *Abaclat* ha sido reiterado en dos ocasiones por otros Tribunales del CIADI en el caso de *Giovanni Alemanni y otros contra la República de Argentina*, y el caso de *Ambiente Ufficio contra la República Argentina*.²⁰

A pesar de ello, el fallo de *Abaclat* ha dejado grandes interrogantes en cuanto a la naturaleza del proceso masivo, la definición del término “arbitraje colectivo masivo”, las áreas en las que podría utilizarse este proceso, o la regulación del procedimiento al lidiar con millones de partes.

La terminología “arbitrajes colectivos masivos” resulta una controversial, cuyo contenido y límites no han sido propiamente definidos por la jurisprudencia o la doctrina. La definición de este concepto se utilizó originalmente en el caso de *Abaclat* para intentar explicar el fenómeno que allí ocurría, y se basó en parte en un intento de diferenciar el procedimiento de reclamos masivos en sede arbitral específico al caso, a los procesos litigiosos colectivos que existen en otros países como lo son las acciones de clase, o el sistema de grupo de litigio inglés. En otras palabras, se pretendía diferenciar el tipo de reclamo del que se trataba de matices parroquiales propios de cada jurisdicción.

16 BOND Stephen. *Recent Developments in International Chamber of Commerce Arbitration*. Practicing Law Institute (ed.), New York, (1988), 55-101.

17 *Abaclat and others v. The Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, (4 Agosto de 2011), pp. 294-298.

18 Es importante notar que el Tribunal de *Abaclat* estableció que la cuestión de resolver reclamos colectivos en arbitraje era una cuestión de admisibilidad y no de jurisdicción.

19 WIESSNER Siegfried. *Democratizing International Arbitration, Mass Claims Proceedings in Abaclat v. Argentina*, *Journal of International and Comparative Law*, Miami (2014), pp. 55-83.

20 Ver por ejemplo. *Giovanni Alemanni and others v. The Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB/07/08, Decision on Jurisdiction and Admissibility (17 Noviembre. 2014); *Ambiente Ufficio v. The Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB 08/09, Decision on Jurisdiction and Admissibility (8 Febrero 2013).

No obstante, el fallo de Abaclat no definió el número de partes requeridos para que se pueda hablar de arbitrajes colectivos masivos, dejando así un vacío normativo en la regulación de este tema. Asimismo, la terminología “arbitraje colectivo masivo” no se ha utilizado por otros tribunales de CIADI en situaciones similares que involucren la acción de gran cantidad de actores. Estos tribunales han considerado que en situaciones que involucren a solo unos cientos de actores, el término arbitraje multi parte es suficiente;²¹ por ejemplo, esta fue la postura que tomó el Tribunal de Ambiente Ufficio contra Argentina, el cual consideró que por tratarse de noventa actores, el término arbitraje multi parte era más apropiado que el adoptado por Abaclat. La carencia del entendimiento de arbitraje masivo deja la interrogante de saber si el término arbitraje colectivo masivo se refiere a situaciones que involucren necesariamente a millones de partes, o si bien el término utilizado por el Tribunal de Abaclat es innecesario y podría simplemente utilizarse el arbitraje multi parte para explicar este tipo de situación.

En igual sentido, para continuar con la definición del término arbitraje colectivo masivo, es importante comparar la definición dada en Abaclat con la adoptada por la doctrina y las distintas jurisdicciones.

Si bien los reclamos masivos no han sido propiamente regulado en el arbitraje,²² estos sí pueden ser clasificados de distinta

manera en la doctrina. En ella, los reclamos masivos pueden ser agrupados en tres tipos de procedimientos: los procesos representativos,²³ los procesos agregados, o los procesos colectivos híbridos. Estas agrupaciones dependerán de la naturaleza de cada proceso, las partes de la disputa, y la manera en la cual estas interactúan con respecto al proceso contencioso.

Los procesos representativos se refieren al procedimiento bajo el cual un grupo de actores interpone una demanda en representación de los intereses de un grupo, o en defensa de los mismos. Esto significa que únicamente un grupo pequeño de actores se presentará en los escritos del proceso, pues este grupo representará a los demás. Los procesos representativos son mejor ilustrados en los Estados Unidos mediante la figura de las acciones de clases (class actions). Dichas acciones se regulan mediante la Regla número 23 de las Reglas de Procedimiento Federal, las cuales establecen los requisitos para interponer estas acciones. La acción de clase le permite a las partes la vindicación de sus reclamos que de manera contraria no podrían ser perseguidos de manera individual. La acción de clase consiste en otorgarle a un grupo la posibilidad de representar a un grupo mayor, para permitir que ciertos reclamos sean escuchados en conjunto cuando son similares en términos legales y de hecho.²⁴

21 Ver por ejemplo: *Giovanni Alemanni and others v. The Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB/07/08, Decision on Jurisdiction and Admissibility (17 Nov. 2014); *Ambiente Ufficio v. The Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB 08/09, Decision on Jurisdiction and Admissibility (8 Feb. 2013).

22 Born, Gary, Review of Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law, by S.I. Strong, Kluwer Arbitration Blog (20 Febrero. 2015), disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/02/20/review-of-class-mass-and-collective-arbitration-in-national-and-international-law-by-s-i-strong/> (Fecha de consulta 16 de septiembre de 2015).

23 Ver por ejemplo., Cooper Alexander, Janet, An Introduction to Class Action Procedure in the United States, available in: <https://law.duke.edu/groupplit/papers/classactionalexander.pdf> (Fecha de consulta 16 de septiembre de 2015).

24 Cooper Alexander, Janet, An Introduction to Class Action Procedure in the United States, available in: <https://law.duke.edu/groupplit/papers/classactionalexander.pdf> (Fecha de consulta 16 de septiembre de 2015).

Los procesos agregados son aquellos mediante los cuales cada parte consiente a someter sus reclamos a una corte o un tribunal arbitral y se representa de manera y a título personal. Los daños y perjuicios colectivos se presentan mediante una agrupación de reclamos, y no mediante la representación de un grupo. Un ejemplo de los procedimientos agregados es el utilizado mediante el mecanismo de facultativo establecido por el Grupo de Orden de Litigio inglés, en el cual se crea un registro judicial de reclamos individuales que surgen producto de los mismos hechos, y que luego se agregan y se le asignan a un mismo juez para el manejo de los mismos.

Finalmente, los procesos híbridos colectivos son aquellos procesos que inician como procesos agregados y se convierten en procesos representativos a lo largo del proceso. El ejemplo más evidente en este tema es el mismo de Abaclat, en el cual cada inversionista inició la acción y el reclamo arbitral a título personal, mas conforme avanzó la acción se materializó en una acción representativa en representación del grupo de ciento ochenta mil partes.

Por su parte, y en yuxtaposición con el proceso colectivo arbitral, existen tribunales internacionales²⁵ que sí han regulado reclamos masivos, al igual que otras jurisdicciones. Países como Estados Unidos,²⁶ Brasil,²⁷

25 Ver por ejemplo los Tribunales de Irán-Estados Unidos y el Tribunal de Naciones Unidas de Comisión para la Compensación.

26 En los Estados Unidos, los procesos masivos son permitidos en el proceso civil en la forma de procesos representativos que se conocen como acciones de clase o, en inglés "class actions." Para poder interponer una acción de clase existen varios requisitos que deben satisfacerse, los cuales se encuentran desglosados bajo la regla número 23 de las Reglas Federales de Proceso Civil. Bajo la Regla 23, una corte tendrá jurisdicción para aceptar acciones de clase cuando: (1) el requerimiento de 'numerosidad' se vea satisfecho (es decir que los miembros de la clase no sean tantos que puedan tornar la acción impráctica); (2) deben haber cuestiones de hecho y derecho similares en los diferentes reclamos; (3) los reclamos y las defensas deben ser típicos para ambos lados; (4) los representantes de la clase deben otorgar justa y adecuada protección para los intereses de la clase. En cuanto al arbitraje masivo, por su parte, en el caso de Stolt-Nielsen S.A. v. Animal Feeds International Corp., la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que los reclamos arbitrales en Estados Unidos se permitiría, sin embargo, las partes deben previamente acceder al reclamo masivo previo a poder participar en el procedimiento.

27 Los litigios de clase son permitidos en el procedimiento civil brasileño sujetos a la aplicación en materia de derechos difusos y colectivos, así como los derechos individuales homogéneos (principalmente derechos del consumidor o derechos laborales, determinados de manera específica la ley de protección del consumo y la ley de acción civil pública brasileña.) La ley brasileña contempla específicamente los tipos de procedimientos representativos y determinar qué partes tienen la legitimidad para poder presentar esos reclamos (asociaciones, uniones, la oficina de la procuraduría pública, entre otros.) Las partes se deben adherir a la decisión del proceso siempre y cuando el resultado sea positivo, de manera contraria, tienen la posibilidad de interponer un recurso a título individual.

Inglaterra,²⁸ Francia,²⁹ Dinamarca,³⁰ Noruega, Alemania,³¹ Italia,³² Finlandia y Suecia han desarrollado reglas que permiten que

numerosas partes actrices interpongan una acción de grupo para solucionar una controversia.

28 En Inglaterra, hay cuatro tipos distintos de procedimientos de arbitraje multi parte, contemplando ambos espectros de procesos representativos o agregados. De particular importancia, en Inglaterra se permite que un número ilimitado de partes se unan al procedimiento a través de la consolidación de casos o la unión al proceso de terceras partes.

29 Mientras no existieron por una gran cantidad de tiempo, con la introducción de la llamada ley "Hamon" de 2014, los reclamos masivos se introdujeron en la ley francesa, en los artículos L. 423-1 to L. 423-18 and R. 423-1 to 423-25 presentes en el código del consumidor francés. En Francia, esta acción solo puede iniciarse por los consumidores. Este procedimiento recae sobre el principio de "optar dentro del proceso" en yuxtaposición con el sistema americano donde las partes deben "optar fuera del proceso" para no ser unidos por la acción. En este sentido, la ley francesa obliga que las partes indiquen expresamente que quieren ser representados dentro de la acción por algún representante, generalmente una asociación. La iniciativa de interponer dichas acciones solo es posible, en este sentido, si es presentado por una asociación de consumo debidamente registrada, y mientras que la disputa en cuestión sea de la competencia y conocimiento de dicha asociación, lo cual se define en el estatuto de cada asociación. Asimismo, en Francia, la acción colectiva se reserva únicamente para los procedimientos civiles y no para los procesos arbitrales. De esta manera deberán aplicárseles las reglas ordinarias procesales civiles y el Tribunal competente será el Tribunal de Grande Instance. Asimismo, existe un procedimiento acelerado en cuanto a estas acciones que se dispone en el artículo 905 del Código de Procedimiento Civil. Finalmente, la ley de Hamon contiene una disposición que estas acciones colectivas podrán mediar, bajo el acuerdo que cualquier decisión deberá ser sometida ante una instancia judicial para la aprobación del acuerdo por parte de la corte. Para más información ver: <http://www.hfw.com/Entree-en-vigueur-effective-de-l-action-de-groupe-a-la-francaise-Octobre-2014>

30 Ver por ejemplo la nueva ley danesa de proceso civil.

31 Bajo la ley alemana, las acciones de clase son permisibles de manera restricta en sede arbitral y judicial. En el litigio civil, debe tenerse en cuenta que dichas acciones generalmente no son permisibles, y, particularmente, los procedimientos que se basan en un sistema de "optar fuera del procedimiento" (como el caso de Estados Unidos, no son mecanismos previstos por el Código de Procedimiento Civil (Zivilprozessordnung, referido como el ZPO). Inclusive podría verse que este tipo de procedimientos violentan la política pública alemana. La ley alemana permite unir acciones individuales en una sola en tanto en el proceso civil como arbitral en varios supuestos. En el litigio, tres supuestos pueden surgir. El primero se conoce como la unión de partes ("Streitgenossenschaft"); el segundo se conoce como la acción de grupo ("Verbandsklage"); y el tercero se conoce como el caso ejemplar ("Musterprozess"). Bajo el primer caso (unión de partes), la Sección 59 y 60 del ZPO le permite a las partes unir diferentes reclamos tramitados de manera individual en el proceso civil. Una acción se puede unir a otra si: a) las partes de los diferentes procesos tienen un interés común con respecto a un derecho en específico que les está siendo violentado (por ejemplo, derechos de propiedad, responsabilidad conjunta, partes que actúan como deudores solidarios); b) si su derecho u obligación se basa en la causa exacta legal (por ejemplo un contrato o un acto cometido de manera conjunta que pueda dar paso a responsabilidad extracontractual) o; c) si la base de hecho y de derecho de los reclamos son esencialmente similares, como es el caso cuando las partes han concluido contratos similares con un tercero y ahora están tramitando reclamos idénticos contra la tercera parte. En caso de aprobarse la unión de los reclamos de las partes, la evidencia presentada por una parte será válida para las demás partes (siempre y cuando sea aplicable), a pesar de ello las partes son libres de someter su propia evidencia para la consideración del juez. Las partes, en este tipo de procesos, también tienen la posibilidad de redactar escritos sin tener que consultar a las otras partes con quienes unieron la acción. Las partes también tienen la posibilidad de apelar cualquier decisión sin tener que apearse a las acciones de las demás partes. En cuanto al segundo tipo de situación bajo la cual se pueden tramitar acciones grupales, la ley alemana permite acciones de grupo de consumidores contra prácticas monopolísticas o competencia desleal (ver las Secciones 8-10 del "Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb"), así como contra el uso inválido de términos y condiciones abusivos (ver "Unterlassungsklagengesetz" Sections 1 et seq.) Finalmente, con respecto al caso ejemplar, la ley alemana permite a las partes en disputa a declarar en un caso que se encuentre pendiente a resolver que ellas quieren que se resuelva de manera similar a otro caso cuando las cuestiones legales sean esencialmente similares. Este acuerdo será válido únicamente entre las partes, teniendo ningún efecto sobre terceros. En lo que concierne al proceso arbitral, la unión de terceros al arbitraje (ya sea para la parte actora o demandada) es permisible y es sujeto a prácticamente las mismas reglas que en el litigio. Los terceros pueden unirse al proceso siempre y cuando las partes y el tribunal acuerden esto (Ver Schwab/ Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7th Ed. 2005, Part I, Chapter 16, IV, 2, d).

32 En Italia, como es el caso en Francia, las acciones de grupo están dirigidas a proteger los derechos del consumidor y el ambiente. Es decir, las reglas están diseñadas a proteger derechos colectivos. El derecho italiano presupone que las acciones grupales deberán ser interpuestas por una asociación registrada ante una corte. La disposición al efecto puede leerse en el artículo 140-bis del Código del Consumidor de esta nación. El ámbito de esta acción supone verificar la responsabilidad del actor del daño y de condenar al negocio de la reparación de costas, en el caso en que los derechos del consumidor hayan sido violados.

Cada una de estas jurisdicciones ha adoptado diferentes procedimientos colectivos (ya sea arbitrales o en sede civil) con algunos países como Estados Unidos optando por procesos grupales representativos, y otros como Inglaterra, adoptando distintas modalidades agregadas o representativas.

Sin embargo, la mayoría de los países (con la salvedad de jurisdicciones como Estados Unidos) han restringido en su legislación la acción colectiva, permitiendo su uso en circunstancias taxativas, relacionadas preponderantemente con la violación de derechos fundamentales colectivos (como el caso del ambiente), derechos laborales colectivos (como el caso de Brasil)³³ o bien en caso del derecho del consumidor, como es el caso de España o Brasil.

Asimismo, cada jurisdicción le ha dotado a estos procedimientos diferentes nombres (cuyos términos incluyen acciones de clases, reclamos masivos, arbitraje multi parte, procesos agregados, procesos representativos, entre otros), no obstante, la finalidad con la que cuentan es la misma: ofrecer una ventaja para el grupo de partes que interponen los reclamos masivos.

Las ventajas de litigar en grupo y no de manera individual le otorga a las partes una

reducción significativa en los costos, les evita la existencia de decisiones contrarias y duplicadas, y le otorgan a las partes individuales la posibilidad de litigar con altos estándares de representación legal.³⁴

En este sentido, el arbitraje colectivo también comparte la misma finalidad que el proceso colectivo en otras jurisdicciones. Sin embargo, lo que quizás diferencia el proceso arbitral colectivo del litigio colectivo es la versatilidad que este parece ofrecer al permitir que se constituyan acciones representativas o agregadas, siempre y cuando esto refleje la intención de las partes y no sea contraria a la ley aplicable al proceso arbitral.

De esta manera, no existen reglas taxativas que limiten o definan el contenido del proceso a ciertas acciones u otras, en el tanto las acciones sean relacionadas y encuentren su sustento en la existencia de un acuerdo arbitral.

3.2 La arbitrabilidad del derecho agrario

La arbitrabilidad del derecho agrario dependerá específicamente de la legislación de cada país, no obstante, en caso que estos temas no sean regulados (como no lo es en la mayoría de las jurisdicciones), esto no debería inhibir *prima facie* a un Tribunal

³³ Ver el artículo 14(2) de la Constitución de Brasil.

³⁴ Sushama, Deepu Jojo, Mass Claims in Investment Arbitration- The Need of the Hour, Kluwer Arbitration Blog, (4 Marzo 2015), available at: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/03/04/mass-claims-in-investment-arbitration-the-need-of-the-hour/>

Arbitral de conocer un reclamo masivo cuya controversia se origine de disputas de agricultura por contrato.

La agricultura por contrato intenta regular las relaciones comerciales existentes entre productores agrícolas y contratistas. Si bien muchas jurisdicciones analizan esta relación como una transacción comercial (sujeta al derecho comercial), en otros países se puede contemplar que esta relación cae fuera del derecho comercial, y bien dentro del derecho agrario.

En esta circunstancia, el tema de la posibilidad de arbitrar estas disputas colectivamente se pone en tela de duda, pues se establece la interrogante si el derecho agrario es un tema arbitrable.

El derecho agrario hace referencia a la legislación que regula la agricultura, y como esta se relaciona con otras disciplinas jurídicas, así como con el desarrollo de la humanidad.³⁵ Por su parte, el tema de la arbitrabilidad es regulado en el artículo II de la Convención de Nueva York. Hace referencia a la posibilidad de que la relación jurídica existente regulada por una cláusula arbitral sea capaz de ser sometida al arbitraje.³⁶³⁷³⁸ Existen ciertas materias que han quedado fuera del alcance del conocimiento de los Tribunales Arbitrales ya que han sido consideradas por los legisladores de los distintos países que pueden infringir sobre

el orden público. Tal es el caso por ejemplo de materias regulando temas de derecho penal, leyes de competencia y derecho del consumidor, transacciones de acciones, y fraude o corrupción.³⁹ En duda sobre la cuestión si una disputa es arbitrable o no, la mayoría de los Estados han adoptado una postura “pro-arbitraje”, es decir, permitiendo la posibilidad de arbitrar salvo acuerdo expreso en contrario.⁴⁰

En cuanto al tema de arbitrar colectivamente disputas agrícolas, este no es un tema que haya sido debatido (afirmativa o negativamente) por la mayoría de los países. En igual sentido, el tema tampoco es debatido por la Guía, quien simplemente estipula o asume que el arbitraje es una posibilidad para la resolución de los conflictos que puedan nacer al amparo de la Guía. Finalmente, las instituciones que han aceptado resolver acciones grupales lo han hecho estipulando que será permitido siempre y cuando así lo permita la ley aplicable.⁴¹ Consecuentemente, para analizar propiamente si podrían arbitrase disputas agrícolas de manera colectiva al amparo de esta Guía, debería analizarse la legislación de cada país, viendo en específico las regulaciones en cuanto a qué tipo de disputas se pueden arbitrar y quién puede someterlas a arbitraje. Esta interpretación debería de hacerse conforme a la presunción pro arbitraje en materia de arbitrabilidad, favoreciendo la posibilidad de arbitrar las disputas, salvo que la legislación estipule lo contrario.

35 ALVARENGA Ivo. El concepto de Derecho Agrario, disponible en: http://www.fder.edu.uy/agrario/doctrina/alvarenga_concepto.pdf (Fecha de consulta: 16 de Septiembre de 2015).

37 Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, The Hague, (2009), 1060.

38 DI PIETRO Domenico Applicable laws under the New York Convention. En FERRARI Franco, KRÖLL Stefan (Editores), *Conflict of Laws in International Arbitration*. Sellier European Law Publishers (2011), 72.

39 VAN DEN BERG, Albert Jan, *The New York Convention of 1958*, Boston, Kluwer (1981), 152-54.

40 LEW Julian D M, MISTELLIS LOUIS KRÖLL Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. The Hague (2003).

41 Ver por ejemplo el caso de Estados Unidos, Italia, Francia, Inglaterra, Alemania, y España.

Por ejemplo, si tomamos el caso de algunos países podría inferirse que arbitrar disputas en materia agrícola podría ser una posibilidad. En Costa Rica, la ley de resolución alternativa de conflictos en su artículo 18 establece que: “podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes (...) [t]odo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública.” De esto se concibe que las disputas agrícolas, siempre y cuando sean de carácter patrimonial y no infrinjan las leyes públicas o el orden público podrán ser arbitradas.

Similarmente, en Brasil, se estipula que cualquier persona que tenga capacidad para concluir un contrato también tendrá la capacidad de resolver las disputas patrimoniales ahí dispuesta mediante el arbitraje.⁴² Asimismo, en Estados Unidos se estipula que las disputas patrimoniales se pueden arbitrar colectivamente siempre y cuando haya anuencia de las partes al respecto.

De ello se desprende que el tema de la arbitrabilidad de la materia agraria (si así se han de considerar las relaciones contractuales que nacen de la agricultura por contrato) dependerá de la regulación aplicable a cada conflicto de manera independiente. No obstante, deberá tenerse en consideración que ante la ausencia de una ley que regule esto, no deberá descartarse dicha posibilidad de manera inmediata, sino deberá analizarse e interpretarse la ley aplicable en cada situación. Esto pues aunque las disputas agrarias pueden tocar una variedad de temas, en lo que concierne a la agricultura por contrato, las disputas serán en esencia “patrimoniales” permitiendo que se utilice el arbitraje como un método para dirimir dichas controversias.

4. Las reglas procedimentales y el proceso arbitral colectivo masivo

Retomando la cuestión inicial que se planteaban las instituciones que redactaron la Guía Legal de Agricultura por Contrato, estas querían saber – en caso que fuese posible – cuáles reglas procedimentales debían aplicarse y qué proceso debía seguirse en el caso de que surgiera una disputa entre varios agricultores y un contratista a raíz de diferentes contratos individuales estandarizados entre cada agricultor y el mismo contratista.

42 *Abaciat and others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, (4 Agosto 2011), pp. 294-298. Asimismo ver el artículo 1 de las reglas de JAMS de resolución de disputas de clase.

En afán de contestar dicha pregunta, debe iniciarse con responder cuáles podrán ser las reglas aplicables al proceso colectivo arbitral. A la hora de tramitar los reclamos masivos, las partes pueden utilizar las reglas procedimentales de una institución (si someten las controversias a una institución arbitral) o bien pueden designar sus propias reglas mediante el arbitraje *ad hoc*.⁴³

Si bien la mayoría de las instituciones arbitrales no han adoptado reglas procedimentales específicas a la resolución de reclamos masivos, muchas de las reglas proveen mecanismos para lidiar con pluralidad de partes. Por consiguiente, aún ante la ausencia de reglas específicas para lidiar con este tema, esto no debería impedir que este tipo de proceso se lleve a cabo.

Contrariamente, si las partes deciden utilizar el arbitraje *ad hoc*, las mismas pueden diseñar un procedimiento específico para lidiar con la pluralidad de partes, el nombramiento de árbitros dentro de otras cosas.

Al respecto se desprende que independientemente de lo novedoso que es arbitrar reclamos colectivos, es posible hacerlo mediante las reglas de una institución o propias para solucionar controversias que nazcan de la agricultura por contrato.

En cuanto a los requisitos procedimentales para establecer procesos arbitrales colectivos para el caso en concreto que se plantean UNDIROIT, FIDA y FAO, es importante

recaltar que los requisitos procedimentales para llevar a cabo estos procesos estos no han sido estipulados de manera uniforme, pues el derecho internacional y nacional han permanecido hasta ahora bastante silenciosos sobre el tema. No obstante, es posible determinar cuales podrían ser los requisitos al efecto mediante la interpretación de la ley o la analogía.⁴⁴

Para interpretar la ley y descifrar cuales deberían ser los requisitos para interponer reclamos en masa, se pueden observar las consideraciones y deliberaciones en el caso de Abaclat, se puede estudiar como otras instituciones arbitrales han resuelto problemas del arbitraje multi parte, y también puede observarse cuáles son los requisitos que establecen las diferentes jurisdicciones para solucionar este tipo de controversias.

En la perspectiva de Abaclat, el Tribunal determinó que la cuestión de admitir reclamos masivos es un tema de admisibilidad y no de jurisdicción, y que lo imperante no es determinar el consentimiento de las partes a arbitrar reclamos colectivos, mas la permisibilidad del TBI y la Convención de CIADI de permitir estos reclamos al amparo de su reglamentación.⁴⁵

En otra óptica, el arbitraje multi parte y el arbitraje multi contrato se refieren a la posibilidad de que varias partes que han concluido diferentes contratos pueden llevar a cabo un único proceso consolidado en el

⁴³ Ver el artículo 1 de la Ley 9,307/96 de Brasil.

⁴⁴ Ver UNIDROIT, FAO & IFAD, Contract Farming Legal Guide, (2015), pp. 208-209.

⁴⁵ Roberts, Anthea, Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System, available in: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Roberts_-_Clash_of_Paradigms_-_4_Dec_2012-1.pdf

cual se resuelvan todas las disputas entre las diferentes partes y los diferentes contratos.⁴⁶ En el arbitraje son la figura más similar a los reclamos en masa que tienen reglas expresas regulándolos, por lo cual sirven como una buena fundación para obtener las reglas que pueden aplicar al arbitraje multi parte. En estos casos, un Tribunal va a tener jurisdicción para resolver estas controversias siempre y cuando las partes hayan accedido a arbitrar las disputas multi partes⁴⁷ y siempre que la ley aplicable a la resolución de las disputas permita este procedimiento. Adicionalmente, el tema de si un Tribunal resolverá disputas de diferentes contratos es un tema de admisibilidad, el cual el Tribunal determinará casuísticamente, siempre y cuando los diferentes reclamos en los contratos se encuentren relacionados.⁴⁸ Similarmente, cuando se analizan diferentes sistemas legales nacionales, puede hacerse ver que la mayoría de las jurisdicciones contemplan esta posibilidad (ya sea de manera taxativa o amplia) siempre y cuando la acción de grupo sea congruente, es decir, que los reclamos sean similares,⁴⁹⁵⁰ y que el grupo tenga intereses comunes en el proceso.⁵¹⁵²

Por consiguiente, tras analizar estas distintas reglas (en el caso de Abaclat, mediante las reglas del arbitraje multi parte, y en el contexto del proceso civil de las diferentes jurisdicciones) se puede inferir razonablemente que un tribunal arbitral aceptaría llevar a cabo un proceso colectivo siempre y cuando: **(4.1)** las partes hayan consentido a arbitrar reclamos colectivos; **(4.2)** la ley aplicable a la cláusula de resolución alterna de conflictos permita que se lleve a cabo este procedimiento; y **(4.3)** los reclamos que den pie al proceso sean relacionados en hecho y derecho.

4.1 El consentimiento

Si las partes de un proceso arbitral de reclamos masivos no ha consentido arbitrar la disputa, es probable que cualquier laudo sea anulado⁵³ o bien no reconocido.⁵⁴

El arbitraje, como todo método de resolución alternativo de conflictos, recae en su totalidad sobre el consentimiento de las

46 Ver *Abaclat and others v. The Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, (4 Agosto 2011), pp. 489-492, 515.

47 HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: Multi Party, Multi Contract, Multi Issue, and Class Actions*. Kluwer Law International (2006), p. 3.

48 HANOTIAU Bernard. *Complex Arbitrations: Multi Party, Multi Contract, Multi Issue, and Class Actions*. Kluwer Law International (2006), 3.

49 PLATTE Martin, *When Should Arbitrators Join Cases*, *Arbitration International*, Vol. 18, Issue 1, (2002) pp. 82-83, 93.

50 Ver por ejemplo la nueva ley danesa de proceso civil.

51 Como se estableció supra, En los Estados Unidos de América, existen varios requisitos para que una corte pueda aceptar jurisdicción para resolver litigios grupales de caso lo cuales se detallan en la Regla 23 de las Reglas Federales del Proceso Civil. En este sentido deben satisfacerse el requisito de numerosidad, las cuestiones de hecho y derecho deben estar relacionadas, los reclamos y la defensa deben ser típicos entre sí y los representantes de la clase deben proveer una adecuada representación de intereses para el resto del grupo.

52 Nater-Bass, Gabrielle *Class Action Arbitration: A New Challenge?*, en Müller, Christoph; Rigozzi, Antonio (eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration*, Geneva (2008), 7.

53 Nater-Bass, Gabrielle *Class Action Arbitration: A New Challenge?*, en Müller, Christoph; Rigozzi, Antonio (eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration*, Geneva (2008), 3.

54 En este sentido ver el artículo 34 de la Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial de CNUDMI, y su comentario disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>

partes de someter sus disputas a estos procedimientos.⁵⁵ Esto pues la mayoría de los estados consideran que el derecho de acudir a la justicia convencional se constituye en un derecho fundamental,⁵⁶ por lo cual los acuerdos privados que depravan a las partes de esta posibilidad, como los acuerdos arbitrales, deben ser expresamente hechos.⁵⁷ Por ello, las partes deben probar que querían arbitrar, y en qué medida. En el caso que no logre demostrarse este acuerdo se concluirá que el laudo será nulo o no ejecutable.⁵⁸⁵⁹

Para demostrar el consentimiento, el mismo puede ser manifestado mediante una gama de opciones: ya sea de manera expresa⁶⁰⁶¹ o mediante una manera implícita (cuando a través de las acciones de las partes se indica el asentimiento de las partes a arbitrar una disputa).⁶²

En el caso de los reclamos masivos, nace la duda de si las partes deben acordar expresamente que quieren arbitrar reclamos

masivos o no. Es decir, que las partes deben aceptar a este proceso también.⁶³ Al respecto, en el caso de *Abacat*, se dispuso que este no debía ser el caso, mas que debía verificarse si las partes habían accedido a arbitrar, y debía verificarse que la ley aplicable que había sido de la escogencia de las partes permitía solucionar reclamos en masa.

No obstante, si llegara a disponerse que sí debe demostrarse el consentimiento de las partes a arbitrar reclamos masivos para que pueda darse este proceso esto también es factible. Generalmente, resultaría inusual que las partes expresamente incluyeran una disposición que manifestara que estas acceden a arbitrar reclamos masivos pues las partes generalmente incluyen cláusulas arbitrales estándares. A pesar de ello, en Estados Unidos se ha convertido una práctica establecer de manera contraria en el convenio arbitral que no se permite resolver reclamos masivos, por lo cual si estos se dispusiera quedaría expresamente

55 Leer el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958.

56 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, The Hague, (2009), p. 1141.

57 VILLALOBOS LÓPEZ, Adelina; PARÍS CRUZ, Mauricio, La cláusula arbitral a partes no signatarias, *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2013, 27.

58 SCHREUER, Christoph, Consent to arbitration, available at: http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf, University of Vienna (2007), 1-41.

59 Ver, por ejemplo, el artículo 34 de la Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial de CNUDMI.

60 PARK William W. Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma, en *Permanent Court of Arbitration* (ed.), *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press (2009), 1-31.

61 Un acuerdo arbitral sirve para excluir la jurisdicción de las cortes y acordar arbitrar las disputas en esta sede. El acuerdo puede ser escrito antes que surja la disputa o posterior a ella (lo que se conoce como un acuerdo de sumisión). Para más información sobre esto ver: RUBINO-SAMMARTANO, Mauro, *International Arbitration: Law and Practice*, 2nd. Ed., Kluwer Law International, The Netherlands (2001), 195 o BLACKABY, Nigel; Partasides, Constantine; Redfern, Alan; Hunter, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, New York (2009) ¶1-10.

62 Generalmente, un acuerdo arbitral es prueba fehaciente del consentimiento de partes de someter sus disputas al arbitraje. Ver, por ejemplo: GRAFFI, Leonardo, *Law Applicable to the Validity of the Arbitration Agreement*, en FERRARI, Franco, KRÖLL Stefan (Editores). *Conflict of Laws in International Arbitration*, Sellier European Law Publishers (2011), 21.

63 PARK William W. Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma, en *Permanent Court of Arbitration* (ed.), *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press (2009), 1-31.

declarado que las partes no querían arbitrar este tipo de reclamos.⁶⁴

No obstante, podría presumirse el consentimiento implícito de las partes a arbitrar reclamos masivos en determinadas circunstancias,⁶⁵ como si por ejemplo la escogencia de ley de las partes lo permitiese, o pudiera inferirse de la correspondencia de las partes que esto fue acordado. En este sentido, el Tribunal debería interpretar las acciones de las partes, sus declaraciones, y la ley aplicable para determinar si las partes tácitamente aceptaron a que se llevara a cabo un proceso de reclamos masivos.⁶⁶

Siempre y cuando un Tribunal pueda razonablemente inferir que las partes han consentido al arbitraje (ya sea al arbitraje colectivo o no) sería posible que se lleve a cabo este tipo de procedimiento.

4.2. La ley aplicable a la cláusula arbitral debe permitir la posibilidad de interponer reclamos masivos arbitrales

Para que puedan resolverse reclamos masivos en sede arbitral, es necesario que la ley aplicable a la cláusula arbitral⁶⁷ designada en los diferentes contratos permita resolver reclamos masivos en sede arbitral.

Si un laudo arbitral contradice las leyes bajo las cuales este fue hecho, esta decisión no será ejecutable de conformidad con el artículo V de la Convención de Nueva York.⁶⁸ Por ejemplo, en el caso de Abaclat, la parte demandada alegó que un Tribunal no podía resolver disputas que originar de reclamos masivos porque dicho procedimiento no era permisible bajo la Convención del CIADI o el TBI de Argentina- Italia.⁶⁹ Si la parte demandada tuviera razón, cualquier decisión que permitiese resolver los reclamos masivos pudo haber sido anulada. Sin embargo, la

64 Abaclat and others v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, (4 Agosto 2011), p 485 ss.

65 Los acuerdos arbitrales son creaturas contractuales: expresan un acuerdo entre partes de someter sus disputas al arbitraje y no a la jurisdicción ordinaria, y establecen cómo y en qué manera las partes querían arbitrar. En otras palabras, le permiten a las partes decidir el ámbito del convenio arbitral y el tipo de disputas que podrán ser arbitradas o conocidas por un tribunal. Por ende, en ocasiones las partes incorporan cláusulas arbitrales estrechas que estipulan que no se pueden resolver cierto tipo de disputas (por ejemplo disputas masivas) en un proceso arbitral. Esta práctica de excluir la arbitrabilidad de reclamos masivos mediante una cláusula arbitral se ha tornado más común. Consecuentemente, es recomendado que las partes que quieran arbitrar masivamente una disputa que nazca de la agricultura por contrato debe verificar que esta posibilidad no haya sido excluida por la cláusula arbitral.

66 PARK William W. Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma, en Permanent Court of Arbitration (ed.), Multiple Party Actions in International Arbitration, Oxford University Press (2009), p. 1.1.

67 LEW, Julian D M, MISTELLIS, Louis KRÖLL Stefan Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague (2003). pp. 7-60.

68 Es importante tener en cuenta que la ley aplicable al acuerdo arbitral no es necesariamente la misma ley que gobierna la ley del contrato mismo. Como el acuerdo arbitral es un contrato por sí solo, puede ser gobernado por su propia ley (independiente de la ley del contrato). Para mayor información al respecto ver: RUBINO-SAMMARTANO Mauro. International Arbitration: Law and Practice, 2nd. Ed., Kluwer Law International, The Netherlands (2001), 231.

69 BARRY Matthew The Role of the Seat in International Arbitration: Theory, Practice, and Implications for Australian Courts, Journal of International Arbitration, Vol. 32, Issue 3, Kluwer Law International (2015), 289-324.

mayoría del Tribunal determinó que la ley aplicable al proceso permitía que el Tribunal resolviera los reclamos de manera conjunta pues la ley permitía resolver arbitrajes multi parte, por lo cual no existía lógica en estipular que el Tribunal Arbitral perdería su competencia de resolver arbitrajes multi partes cuando el número de demandantes era tan masivo como en ese caso. Dicha lógica, concluyó el Tribunal, contradiría el propósito del TBI y el ethos de la Convención de CIADI.

Por consiguiente, es necesario definir que la ley aplicable a la cláusula arbitral permita reclamos masivos, de manera contraria cualquier decisión que se tome podría ser anulada o no ejecutada.

4.2 Los reclamos emergentes de los diferentes contratos deben estar relacionados

Para que múltiples reclamos sean resueltos bajo un mismo procedimiento interpuesto por multiplicidad de partes, es menester que los reclamos se relacionen entre sí.⁷⁰

La relación de los contratos es un término no unificado de manera internacional. Sin

embargo, en el contexto del arbitraje multi parte y multi contrato, así como bajo el sistema de acciones de clase de los Estados Unidos, una corte o un tribunal arbitral determinará que los reclamos se relacionan cuando surjan de cláusulas arbitrales “compatibles”⁷¹ y las circunstancias de hecho y derecho que dan pie a la disputa sean similares.⁷² En lo que concierne al primer requisito, el término ‘cláusulas arbitrales compatibles’ ha sido interpretado a significar que los diferentes acuerdos arbitrales que puedan encontrarse en cada contrato permitan que un mismo tribunal resuelva las controversias.⁷³ En este sentido, sería incompatible tener a un mismo tribunal resolver reclamos masivos cuando los acuerdos arbitrales dispongan que una disputa deberá ser resuelta bajo las reglas de la CCI y otra disponga que la disputa habrá de resolverse bajo las reglas del CIETAC. Por consiguiente, es necesario que los acuerdos permitan que se lleve a cabo el proceso de manera conjunta.

Por su parte, en cuando al segundo requisito, una corte o un tribunal encontrará que un reclamo se relaciona fácticamente con otro cuando existan elementos comunes, por ejemplo cuando exista una misma transacción económica o una misma operación conjunta.⁷⁴

70 *Abacat and others v. The Argentine Republic*, ICSID Caso No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, (4 Agosto. 2011), p. 481.

71 Este requisito trata sobre todo el tema de admisibilidad, en este sentido, la decisión de resolver reclamos masivos recae en parte sobre los poderes discrecionales de un tribunal.

72 Ver por ejemplo el artículo 10 de las reglas de CEPANI o el artículo 9 de las reglas de la CCI que disponen que las disputas que surjan de varios contratos pueden ser resueltas bajo un mismo proceso siempre y cuando los acuerdos arbitrales en los diferentes contratos sean compatibles (en el caso de la CCI se dispone que se resuelvan las disputas usando el mismo tribunal de CCI).

73 *PLATTE Marin* When should arbitrators join cases?, *Arbitration International* Vol. 18, Issue 1, (2002), 67-82.

74 Ver por ejemplo, el artículo 10 de las Reglas de arbitraje del CEPANI o el artículo 9 de las Reglas de arbitraje de la CCI.

Adicionalmente, una corte encontrará que un reclamo está legalmente relacionado con otro cuando comparte la misma base legal para la disputa.⁷⁵

Consecuentemente, siempre y cuando estos requisitos se satisfagan, y pueda establecer un vínculo entre el reclamo de un contrato y otro, es posible que un único tribunal resuelva todos los reclamos de manera conjunta – independientemente si se trata de miles de contratos.

Por consiguiente, se desprende que la posibilidad de recurrir al arbitraje colectivo masivo para resolver disputas contractuales agrícolas que surjan entre varios agricultores y un productor a raíz de un número de contratos individuales es factible, siempre y cuando las partes se aseguren de cumplir con los requisitos antedichos, y el tipo de disputa sea arbitrable bajo la ley aplicable.

5. Beneficios de acudir al arbitraje en materia *iusagria*

Si bien se ha establecido que es factible resolver contratos agrícolas mediante los arbitrajes colectivos masivos, es importante establecer cuáles serían las ventajas que ofrecería esta posibilidad a las partes de este tipo de contratos.

En este tenor, existen un número de razones por las cuales la utilización de reclamos masivos en materia de agricultura por contrato aparentar ser prometedoras si son resueltas mediante las reglas del arbitraje comercial.

En primera instancia, la posibilidad de interponer reclamos en un grupo de manera masiva en el contexto de la agricultura por contrato ofrece un beneficio incomparable: el costo. El proceso arbitral, de manera independiente, se conoce por ofrecer una serie de beneficios, pero los gastos asociados a este proceso no necesariamente son unos de ellos. El arbitraje comercial es costoso por varias razones, incluyendo el alto riesgo de la materia y la complejidad y tecnicidad que cada reclamo puede postrar. A esto debe sumársele los gastos de representación que deben pagar las partes, el pago de los árbitros, y en el caso del uso de una institución – también debe incurrirse en estos gastos.⁷⁶ No obstante, al permitir a las partes a interponer un recurso junto con otros actores, el arbitraje colectivo le posibilita a las partes a pagar altos estándares de representación y árbitros calificados pues se comparte los gastos entre todas las partes, y no las asume una parte de manera individual. Esto resulta altamente atractivo para agricultores o productores, quienes generalmente no cuentan con los recursos propios para asumir un proceso judicial o arbitral bajo su propia cuenta.

75 LEBOULANGER Phillipe. Multi-Contract Arbitration, Journal of International Arbitration, Vol. 13, Issue 4, (1996), 43-97.

76 PLATTE Marin. When should arbitrators join cases?, Arbitration International Vol. 18, Issue 1, (2002), 67-82.

Adicionalmente, el arbitraje comercial constituye una facción dominante en la gama de opciones relativas a la resolución alternativa de conflictos, y hay un número de razones por lo cual se ha mantenido de esta forma a lo largo de los siglos.⁷⁷ Principalmente, el arbitraje comercial ofrece un número de beneficios para las partes que forman parte del proceso. Dichos beneficios incluyen, *inter alia*, el control que ejercen las partes sobre el proceso arbitral, un mecanismo rápido para solucionar las disputas, la efectividad del proceso, flexibilidad, confidencialidad, y resultados definitivos mediante el principio de finalidad de los laudos arbitrales.⁷⁸

Mediante la rapidez y agilidad del proceso, el arbitraje se ha adoptado a las necesidades de los mercaderes y los comerciantes al proveer procedimientos versátiles que protejan los intereses comerciales: primordialmente, que el comerciante pueda continuar operando con su negocio, independientemente de los procesos litigiosos que se llevan paralelamente.

Similarmente, las necesidades de los agricultores o los productores no son ajenos a las necesidades del mercader convencional cuando estos tratan de solucionar sus controversias. Mientras que los agricultores usualmente no manejan operaciones masivas fuera de sus propios cultivos o su propia tierra, estos preservan el mismo interés de continuar con su línea de producción de manera ininterrumpida de la forma más rápida posible aún después que una disputa nazca.

Semejante a esto, el arbitraje también es beneficioso para las partes pues les permite escoger a sus propios árbitros. Esto resulta especialmente importante en el arbitraje comercial, pues los árbitros pueden entender de las prácticas y usos comerciales – algo que un juez no necesariamente comparte. Dicho beneficio es de crucial importancia en la agricultura por contrato, dada la especificidad de la línea de negocios en la que los agricultores se encuentran. Estos pueden verse beneficiados al poder escoger a sus árbitros, inclusive pues algunas instituciones permiten designar árbitros expertos en la materia lo cual le ahorra a las partes tener que designar peritos especializados.

En esta misma línea, los agricultores también pueden beneficiarse del factor confidencialidad. Las disputas agrícolas pueden gravemente repercutir sobre la reputación de una de las partes, lo cual puede liderar a la quiebra o repercusiones económicas del negocio del agricultor o del productor. Consecuentemente, las ventajas de secrecía en este procedimiento le otorgan a las partes algo que el sistema judicial no hará: completa secrecía en cuanto a las prácticas de cada industria y negocio.

6. Conclusiones

A manera de síntesis, se concluye que los contratos agrícolas bajo la Guía de agricultura por contrato pudiesen ser resueltos – en determinadas condiciones – mediante la utilización del arbitraje colectivo. Esto pues, dicho mecanismo permite el acceso a una justicia expedita y económica que logre resolver los conflictos específicos de este gremio de trabajo.

⁷⁷ BÜHLER Micha, Awarding costs in International Commercial Arbitration: an overview, 22 ASA Bulletin, (June 2004).

⁷⁸ SUSSMAN, Edna, WILKINSON, John, Benefits of arbitration for commercial disputes, American Bar Organization, available at: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/dispute_resolution_magazine/March_2012_Sussman_Wilkinson_March_5.authcheckdam.pdf

Sin embargo, resulta importante que a la hora de considerar dicho método como una alternativa a la resolución de conflictos, los agricultores se aseguren que los diferentes contratos que tienen con los productores:

- Contengan cláusulas arbitrales.
- Que dichas cláusulas arbitrales sean compatibles o similares.
- Que las cuestiones legales y de hecho se relacionen entre sí.
- Que las partes no hayan excluido la posibilidad de arbitrar reclamos colectivos masivos.

Teniendo estos supuestos en consideración, sería factible poder interponer reclamos colectivos masivos de contratos agrícolas en sede arbitral.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos de revista

BARRY Matthew *The Role of the Seat in International Arbitration: Theory, Practice, and Implications for Australian Courts*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 32, Issue 3, Kluwer Law International (2015).

BÜHLER, Micha. *Awarding costs in International Commercial Arbitration: an overview*, 22 ASA Bulletin, (June 2004).

LEBOULANGER, Phillipe. *Multi-Contract Arbitration*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 13, Issue 4, (1996).

PLATTE, Martin, *When Should Arbitrators Join Cases*, *Arbitration International*, Vol. 18, Issue 1, (2002).

VILLALOBOS LÓPEZ, Adelina; PARÍS CRUZ, Mauricio. *La cláusula arbitral a partes no signatarias*, *Revista de Ciencias Jurídicas*, (2013).

WIESSNER, Siegfried, *Democratizing International Arbitration, Mass Claims Proceedings in Abaclat v. Argentina*. En *Journal of International and Comparative Law*, Miami (2014).

Códigos, Leyes, y Reglas

Constitución de La República Federal de Brasil de 1988.

Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958

El Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch) de 1900.

El Código de Comercio Alemán (Handelsgesetzbuch) de 1900.

Código de Procedimiento Civil (Zivilprozessordnung) de 1879.

El Código de Procedimiento Civil Francés de

Reglas Federales de Proceso Civil de Estados Unidos de América con modificaciones de 1983.

Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial de CNUDMI, y su comentario disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>

UNIDROIT, FAO & IFAD, *Contract Farming Legal Guide*, (2015).

Jurisprudencia internacional

Abaclat and others v. The Argentine Republic, ICSID Caso No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, (4 Agosto. 2011).

Ambiente Ufficio v. The Argentine Republic, ICSID Caso No. ARB 08/09, Decision on Jurisdiction and Admissibility (8 Febrero 2013).

Giovanni Alemanni and others v. The Argentine Republic, ICSID Caso No. ARB/07/08, Decision on Jurisdiction and Admissibility (17 Noviembre. 2014).

Documentos electrónicos

ALVARENGA, Ivo, *El concepto de Derecho Agrario*, disponible en: http://www.fder.edu.uy/agrario/doctrina/alvarenga_concepto.pdf (Fecha de consulta: 16 de Setiembre de 2015).

COLLOT, Mathias, DEBEAUD, Laurent. *L'arbitrage international*, disponible en la página: <http://www.annales.org/ri/2000/11-2000/03-09.pdf> (1991).

COOPER Alexander, Janet. *An Introduction to Class Action Procedure in the United States*, available in: <https://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf> (Fecha de consulta 16 de septiembre de 2015).

ROBERTS, Anthea. *Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System*, available in: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Roberts_-_Clash_of_Paradigms_-_4_Dec_2012-1.pdf

SCHREUER Christoph. *Consent to arbitration*, available at: http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf, University of Vienna (2007).

SUSSMAN, Edna, WILKINSON, John. *Benefits of arbitration for commercial disputes*, American Bar Organization, available at: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/dispute_resolution_magazine/March_2012_Sussman_Wilkinson_March_5.authcheckdam.pdf

WYSS, Lukas. *Multi-party contract and multi-party arbitration proceedings in Switzerland: What commercial users*

should know, disponible en: https://www.bratschi-law.ch/fileadmin/daten/dokumente/newsletter/2014/2014-08-21_05_Finaler_Beitrags_LWY.pdf

Libros

BLACKABYNigel, PARTASIDESConstantine; REDFERN Alan Hunter, MARTIN. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, New York (2009).

BOND, Stephen. *Recent Developments in International Chamber of Commerce Arbitration*. Practicing Law Institute (ed.), New York, (1988).

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, The Hague, (2009).

DI PIETRO Domenico *Applicable laws under the New York Convention*, en Ferrari, Franco; Kröll, Stefan (eds.) *Conflict of Laws in International Arbitration*, Sellier European Law Publishers (2011).

FOUCHARD. Emmanuel. *L'arbitrage commercial international*. Dalloz, Paris (1965).

GRAFFI, Leonardo. *Law Applicable to the Validity of the Arbitration Agreement*, en Ferrari, Franco; Kröll, Stefan, (eds.) *Conflict of Laws in International Arbitration*, Sellier European Law Publishers (2011).

Hanotiau, Bernard *Complex Arbitrations: Multi Party, Multi Contract, Multi Issue, and Class Actions*, Kluwer Law International (2006).

LEW, Julian D M, MISTELLIS, Louis KRÖLL, Stefan *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, The Hague (2003).

MAZONI Charles. *International Arbitration: The Key Elements*, (2004).

NATER-BASS, Gabrielle. *Class Action Arbitration: A New Challenge?*. En MÜLLER, Christoph, RIGOZZI Antonio (eds.), *New Developments in International Commercial Arbitration*, Geneva (2008).

PARK, William W. *Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma*, en *Permanent Court of Arbitration* (ed.), *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford University Press (2009).

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration: Law and Practice*, 2nd. Ed., Kluwer Law International, The Netherlands (2001).

VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Convention of 1958*, Boston, Kluwer (1981).

Sitios web

BORN, Gary. *Review of Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law*, by S.I. Strong, Kluwer Arbitration Blog (20 Febrero. 2015), disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/02/20/review-of-class-mass-and-collective-arbitration-in-national-and-international-law-by-s-i-strong/> (Fecha de consulta 16 de setiembre de 2015).

SUSHAMA Deepu Jojo. *Mass Claims in Investment Arbitration- The Need of the Hour*, Kluwer Arbitration Blog, (4 Marzo 2015), available at: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/03/04/mass-claims-in-investment-arbitration-the-need-of-the-hour/>