

Comentarios al trabajo sobre cláusulas arbitrales infinitas de Ariana Cabrera Acevedo

María Elena Jara Vásquez*

Principia No. Especial 1–2025 pp. 29-34

Resumen: El texto comenta el trabajo de Ariana Cabrera sobre las cláusulas arbitrales infinitas, destacando su novedad y relevancia en el contexto de la ampliación excesiva del arbitraje por grandes corporaciones. Se analizan tres ejes: la indeterminación objetiva, relativa a la ausencia de vínculo entre la cláusula y una relación jurídica determinada; la indeterminación subjetiva, vinculada a la extensión indebida del convenio a partes no signatarias sin conexión relevante; y la tensión entre protección del consumidor y arbitraje en contratos de adhesión. El artículo concluye que la validez de estas cláusulas exige consentimiento real, información adecuada y una relación jurídica claramente determinada.

Abstract: The text comments on Ariana Cabrera's work on infinite arbitration clauses, highlighting its novelty and relevance amid the expanding use of arbitration by large corporations. It examines three key issues: objective indeterminacy, referring to the lack of a defined legal relationship underpinning the clause; subjective indeterminacy, concerning the improper extension of the arbitration agreement to non-signatory parties without meaningful connection; and the tension between consumer protection and arbitration in adhesion contracts. The article concludes that the validity of such clauses requires genuine consent, adequate information for consumers, and a clearly identified legal relationship underpinning the arbitration agreement.

Palabras Claves: Arbitraje | Cláusulas infinitas | Contratos de adhesión | Consentimiento | Consumidores

Keywords: Arbitration | Infinite clauses | Adhesion contracts | Consent | Consumers

* Docente de planta de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador; Docente del seminario de arbitraje de la University of Missouri-Columbia.

Sumario: I. Sobre la indeterminación objetiva de las cláusulas infinitas, II. Sobre la indeterminación subjetiva de este tipo de cláusulas, III. Sobre la compleja interacción entre los campos de protección a consumidores y arbitraje

Celebro mucho que en esta edición se publiquen los trabajos de investigación realizados por los estudiantes de la primera edición en español del LL.M. en Dispute Resolution de la University of Missouri-Columbia. Este programa abre un fructífero espacio de diálogo internacional y reflexión sobre la situación de medios alternativos de solución de conflictos. Adicionalmente, me siendo honrada de comentar el artículo de Ariana Cabrera, a quien recuerdo de forma especial por su entusiasta participación en el Seminario de Arbitraje.

En su artículo, Ariana estudia solventemente un tipo de cláusulas arbitrales que, a partir del artículo del Profesor David Horton en 2020, se empezaron a denominar *infinitas*. Se trata de un tema novedoso, que tiene relación con la ampliación extraordinaria del alcance de cláusulas arbitrales que se ha observado en los últimos años por parte de algunos conglomerados empresariales de gran magnitud, especialmente en Estados Unidos de América. Quisiera referirme a algunos aspectos abordados en el artículo de Ariana, tomando siempre como punto de partida el consentimiento para someterse a arbitraje, pues, como conocemos, el arbitraje es fundamentalmente una creatura contractual.

I. Sobre la indeterminación objetiva de las cláusulas infinitas

El profesor Horton, explica que hasta hace poco, un acuerdo para someter a arbitraje “cualquier reclamación o controversia que surja o esté relacionada con” el contrato del contrato que la contiene, era “el paradigma mismo de una cláusula amplia de arbitraje”. Sin embargo, ahora, mediante cláusulas infinitas, se supone que los consumidores, empleados, pacientes médicos y sus familiares están aceptando “someter a arbitraje todas las reclamaciones que pudieran surgir alguna vez” contra un demandado y sus asociados¹. Como se advierte, el problema más evidente de este tipo de cláusulas arbitrales consiste en que la aplicación de las mismas puede intentar forzarse para conflictos emergentes de relaciones jurídicas diferentes a aquella en cuyo contexto las partes se obligaron a someter sus disputas a arbitraje.

Ordinariamente, se ha entendido que las cláusulas arbitrales están relacionadas con una relación jurídica determinada. Así se consigna, por ejemplo, en las opciones I y II del art. 7 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, la misma que ha sido muy influyente en las modernas legislaciones de arbitraje:

¹ David Horton, “Infinite Arbitration Clauses,” *University of Pennsylvania Law Review* 168 (2020): 687.

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* (énfasis añadido)

La determinación de la relación jurídica a la que se aplicará la cláusula arbitral permite entender el alcance del consentimiento para someterse a arbitraje. Si las partes firman un contrato para la prestación de un servicio X y ese contrato contiene una cláusula arbitral redactada en forma muy amplia, cubriendo cualquier conflicto que podría surgir entre las partes y sus relacionadas ¿Podría válidamente inferirse la voluntad de someterse a arbitraje para una relación jurídica que al tiempo de la suscripción de la cláusula arbitral las partes no tenían en mente?. ¿Podría entenderse que con una cláusula colocada en un contrato las partes consintieron en que la misma cláusula se aplique a un conflicto de orden extracontractual, como en el caso de Disney con el que Ariana empieza su artículo? Desde mi perspectiva, no se podría asumir que las partes consintieron someterse a arbitraje para relaciones jurídicas diferentes a aquella que las partes claramente conocían al momento de suscribir la cláusula arbitral. De lo contrario, en términos del derecho de contratos, podría existir un vicio del consentimiento (un error, pues se tendría en mente una relación jurídica, cuando en realidad, se estaría estipulando arbitraje para otra). Más aún, en las legislaciones

que han seguido a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional en cuanto a la regulación del convenio arbitral, este tipo de cláusulas infinitas estarían en abierta contradicción con la exigencia normativa de que exista una conexión entre el convenio arbitral y una relación jurídica determinada.

II. Sobre la indeterminación subjetiva de este tipo de cláusulas

En principio, el convenio arbitral alcanza a quienes lo suscribieron. Sin embargo, desde hace varias décadas, la teoría de partes no signatarias se ha ido desarrollando y aceptando en varias legislaciones. A la luz de esta teoría, suele entenderse que, de forma excepcional, el convenio arbitral alcanza a quienes, sin suscribirlo, tuvieron una conexión importante con el negocio jurídico al que se refiere el convenio arbitral, ya sea en la negociación, ejecución o terminación del contrato. Sin embargo, la posibilidad de que personas naturales o jurídicas relacionadas con un firmante -como una compañía que hace parte del mismo grupo empresarial- que no tuvieron conexión de ninguna naturaleza con la relación jurídica en el contexto de la cual se acordó la cláusula arbitral, debe ser rechazada, porque en este supuesto también existiría una ausencia de consentimiento para someterse a arbitraje.

III. Sobre la compleja interacción entre los campos de protección a consumidores y arbitraje

El efecto más preocupante de estas cláusulas excesivamente amplias es la desprotección de los consumidores, especialmente en caso de bienes o servicios de alcance masivo, que hoy por hoy se distribuyen a escala global mediante la web. Una parte del artículo de Ariana está orientado a analizar la validez de las cláusulas arbitrales insertas en contratos con consumidores.

Esta forma de contratación, la cual opera a través de cláusulas predispuestas², resulta indispensable en la economía moderna. Es imposible pensar en un contrato negociado con cada adquirente de bienes y servicios.

En los contratos de adhesión, la autonomía de la voluntad del consumidor se expresa de diferente manera: existe libertad de conclusión (es decir, de contratar o no, y de escoger al contratante), pero no existe la libertad de configuración (es decir, de negociar su contenido y de ser

el caso, modificarlo durante su vigencia)³. Como contracara de esta contratación de la autonomía de la voluntad para el consumidor, los sistemas jurídicos ordinariamente contraen también el alcance del *pacta sunt servanda*⁴. Consecuentemente el contenido de contratos de adhesión, particularmente cuando intervienen consumidores, admite mayor margen de revisión, el cual puede llegar inclusive al desconocimiento de la validez de ciertas previsiones contractuales en la medida en que estas se consideren abusivas. En derecho comparado podemos ver diferentes tendencias a la hora de evaluar la inserción de cláusulas arbitrales integradas en contratos con consumidores⁵:

En algunas legislaciones, la cláusula arbitral integrada en contratos de adhesión resulta abusiva, de tal forma que solo se admiten cláusulas arbitrales cuando ya surgió la controversia. Esta posición se ha adoptado en algunas legislaciones europeas⁶. En España, por ejemplo, se han considerado nulos los pactos arbitrales distintos a aquellos que someten a los

² Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual* (Buenos Aires: Zavalia, 2005), 185 (explicando que, en la doctrina alemana, en lugar de hablar sobre cláusulas predispuestas y contratos de adhesión, expresión de origen francés, se habla de condiciones generales de contratación, y que, en algunos casos, se usa indistintamente la referencia a cláusulas predispuestas o condiciones generales de contratación).

³ *Ibidem*, 128-33.

⁴ Rubén Stiglitz, “El nuevo orden contractual en el proyecto de Código Civil.” <http://www.nuevocodigo-civil.com/un-nuevo-orden-contractual-en-el-proyecto-de-codigo-civil-por-ruben-stiglitz/>

⁵ María Elena Jara Vásquez, *Tutela Arbitral Efectiva* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones/UASB-E, 2017), 75-84.

⁶ Sección 6, inc. 1ero, Ley de arbitraje de 1999, Suecia: “Cuando una disputa entre una empresa y un consumidor se refiera a bienes, servicios y cualquier otro producto provisto para uso privado, un acuerdo arbitral no puede ser invocado cuando fue pactado en forma previa a la disputa [...]”. Sección 617, parágrafo (1), Ley de arbitraje de 2006, Austria: “(1) Los convenios de arbitraje entre empresas y consumidores serán válidos únicamente para disputas que ya se han producido”.

justiciables al Sistema Arbitral de Consumo, regido por reglas particularísimas⁷. Y en Latinoamérica, la Corte Constitucional Colombiana optó por anular cláusulas arbitrales integradas en contratos de crédito para vivienda⁸.

En otros contextos, las cláusulas arbitrales incluidas en contratos con consumidores son válidas, aun cuando pueden existir condicionamientos. En el extremo más liberal, se encuentra la posición asumida por varias sentencias estadounidenses desde los años ochenta⁹. Bajo tal aproximación subyace el argumento de que favorecer al arbitraje sobre la litigación en cortes estatales constituye una política pública que debe promoverse en toda situación.

Por otra parte, la Unión Europea ha cultivado una perspectiva diferente, que si bien admite la validez de cláusulas arbitrales incluidas en contratos de adhe-

sión, exige mayores resguardos para proteger el acceso a la justicia del consumidor. En este sentido, la Directiva 93/13/CEE¹⁰, estableció que una cláusula es abusiva, y por lo tanto no ejecutable, cuando está encaminada a “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales, en particular obligándole [al consumidor] a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas”¹¹. Pese a la ambigüedad de este texto, de él se infiere el reconocimiento condicionado de la validez de las cláusulas arbitrales incluidas en contratos de adhesión con consumidores, pues éstas se consideran válidas y por lo tanto libremente consentidas, siempre que pueda entenderse que se celebraron de buena fe. En estos casos, la buena fe se vincula con el suministro de información adecuada al consumidor y con la inexistencia de condiciones contractuales desequilibradas¹².

⁷ Ver por ejemplo Raúl Jiménez, “El convenio arbitral: los requisitos para su existencia y validez. Fuentes normativas y panorama jurisprudencial español,” en *Tratado de Derecho Arbitral*, t. II, en Carlos Alberto Soto Coaguila, dir., *Tratado de derecho arbitral*, t. II (Bogotá: PUJ-FCJ / Ibañez / IPA, 2011) 61–62. “Los tribunales españoles se han pronunciado de forma unánime y reiterada respecto a la nulidad de los laudos arbitrales basados en un convenio arbitral incluido en un contrato de adhesión en el que la parte adherente era un consumidor [...] y los Tribunales han acogido de oficio la nulidad del laudo, en otras palabras, aun cuando ninguna de las partes lo había impugnado [...] basándose en que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, o que el laudo era contrario al orden público”. Posteriormente, (p. 63), el autor explica cómo este razonamiento ha diferido radicalmente al tratarse de contratos de adhesión en los cuales no han intervenido consumidores.

⁸ *Corte Constitucional de Colombia*, Sentencia C-1140/00 (30 de agosto de 2000).

⁹ Ver por ejemplo Jean Sternlight, “Creeping Mandatory Arbitration: Is It Just?,” *Stanford Law Review* 57, no. 5 (abril 2006): 1636–42, (explicando, a partir de un análisis histórico de jurisprudencia norteamericana, cómo las cortes han admitido arbitrajes impuestos en contratos de adhesión y en contratos laborales desde los ochenta, en contra de la doctrina que primaba previamente, la cual consideraba al arbitraje como un mecanismo apto para solución de conflictos entre empresas, y cómo gran parte de la industria norteamericana ha optado por imponer cláusulas arbitrales a sus consumidores y empleados, que si bien están escritas, al tenor de la interpretación realizada en cortes, no requieren siquiera estar firmadas).

¹⁰ De 5 de abril de 1993, Diario Oficial L 95, 21 de abril de 1993.

¹¹ Lit. q) del Anexo (cláusulas contempladas en el apartado 3, art. 3.1.) de la Directiva 93/13/CEE.

¹² Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, 237.

En este orden de ideas, algunas legislaciones, han admitido la validez del sometimiento a arbitraje en contratos de adhesión siempre que el consumidor manifieste expresamente su consentimiento, lo que generalmente está atado a expresiones adicionales de consentimiento, como comenta Ariana con relación a la legislación venezolana. Claro está, esta aproximación no está libre de polémica, pues un consumidor promedio difícilmente conocerá los efectos de las cláusulas arbitrales pese a que las ratifique de forma individual y separada -menos aún, si esta cláusula está redactada como una cláusula arbitral infinita-.

En todo caso, aun en el supuesto de que en un ordenamiento se admitan las cláusulas arbitrales en contratos de adhesión con consumidores, estas:

- Para ser obligatorias, deberían adecuarse a las exigencias de la jurisdicción en las cuales se encuentran quienes suscriben el documento. Tal vez es por esta razón que Ariana ha constado la diferencia de redacción de la cláusula arbitral por segmentación geográfica en los servicios de streaming de Disney.
- Deberían referirse a una relación jurídica determinada. De no ser así, en mi concepto, no podría asumirse el consentimiento de los consumidores.

Finalmente, tal como lo establecen la Directrices para la Protección del Consu-

midor de las Naciones Unidas, la cooperación internacional es clave a fin de definir mecanismos efectivos de protección al consumidor en transacciones internacionales. Esta es una gran tarea pendiente.