

Cláusulas arbitrales infinitas

Ariana Cabrera Acevedo*

Principia No. Especial 1–2025 pp. 7-28

Resumen: El caso *Piccolo* revela el alcance problemático de las “cláusulas arbitrales infinitas”, aceptadas inadvertidamente en contratos de adhesión como los de Disney Plus. Estas cláusulas extienden el arbitraje a disputas, personas y tiempos ilimitados, generando tensiones entre autonomía de la voluntad, consentimiento válido y protección del consumidor. La doctrina estadounidense (Horton, McCartin y Russo) busca limitar su exigibilidad mediante el requisito de un nexo contractual, mientras que en Venezuela su validez depende del consentimiento expreso y de evitar cláusulas abusivas. Aunque podrían ser válidas entre partes sofisticadas, en consumo masivo deben considerarse abusivas por exceder la expectativa razonable del adherente.

Abstract: The *Piccolo* case illustrates the problematic reach of “infinite arbitration clauses,” which are often inadvertently accepted in adhesion contracts such as Disney Plus’s terms. These clauses extend arbitration to unlimited disputes, parties, and timeframes, creating tensions between party autonomy, valid consent, and consumer protection. U.S. scholars (Horton, McCartin, and Russo) seek to limit their enforceability through the requirement of a contractual nexus, while in Venezuela their validity depends on express consent and avoiding abusive terms. Although such clauses may be valid between sophisticated parties, in mass-consumer contexts they should be deemed abusive because they exceed the reasonable expectations of the adhering party.

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

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

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, LL.M en Dispute Resolution de la Universidad de Missouri, egresada del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila y Magister en Gestión de Empresas de la Universidad Carlos III de Madrid. Líder de práctica del departamento laboral de Agora Abogados

Sumario: I. Análisis de HORTON, MCCARTIN y RUSSO bajo la FAA, II. Nuestra evaluación y análisis sobre las cláusulas infinitas, A. Principio de autonomía de la voluntad y el consentimiento, B. Extensión de la “infinitad”, 1. Infinitad de disputas, 2. Infinitad de partes, 3. Infinitad de tiempo, 4. Otras circunstancias complejas, III. Conclusiones

El 5 de octubre de 2023, el Sr. Jeffrey Piccolo se encontraba en un restaurant en Disney Springs, Orlando, Estados Unidos de América, disfrutando de una cena con su esposa. Una hora después de salir del restaurante, la esposa del Sr. Piccolo, la Sra. Kanokporn Tangsuan, había sido declarada muerta por un shock anafiláctico producido como consecuencia de una reacción alérgica alimentaria presuntamente por lo ingerido en dicho restaurante. Esto no debió haber ocurrido porque el matrimonio había advertido numerosas veces al mesero de las alergias de la Sra. Tangsuan.

Por lo ocurrido, el Sr. Piccolo demandó al restaurant y a Walt Disney Parks and Resorts por negligencia, exigiendo alrededor de USD 50.000 en daños. El conocimiento de este reclamo correspondió a la Ninth Judicial Circuit Court de Florida. Lo que el Sr. Piccolo y, probablemente nadie esperaba era que Disney solicitara la desestimación de la demanda por considerar que los Tribunales ordinarios no eran competentes para conocer el reclamo, sino que debía conocerlo un tribunal arbitral.

Esto debió haber sido una gran sorpresa para el Sr. Piccolo, porque el nunca aceptó acudir a arbitraje con Disney por un hecho como este. Lo realmente sor-

prendente fue que el Sr. Piccolo en efecto aceptó el arbitraje cuando: (i) aceptó los términos y condiciones de una prueba gratuita del servicio de streaming con Disney Plus en 2019; y (ii) compró entradas – que ni siquiera pudo utilizar por la muerte de su esposa – para visitar el parque de atracciones Epcot, también propiedad de Disney.

Seguramente en esa situación estaríamos tan sorprendidos como el Sr. Piccolo ya que es difícil imaginar que la cláusula de arbitraje inserta en los términos y condiciones que aceptó para probar gratuitamente el servicio de streaming o para visitar un parque terminaría siendo utilizada para cuestionar la jurisdicción del reclamo por la muerte de su esposa en un restaurant lo cual nada tiene que ver con el servicio de streaming o el parque que nunca llegaron a visitar.

Esto hace que nos cuestionemos qué tipo de cláusula es esta que fue presuntamente aceptada por el Sr. Piccolo, que se extiende a hechos acaecidos a su esposa, por bienes y servicios que no tienen ninguna relación temporal o espacial con lo ocurrido el 5 de octubre de 2023.

El Profesor David Horton, de la Universidad de California, ilustra y define muy bien la situación del Sr. Piccolo en su artículo denominado “Infinite Arbitration

Clauses” o, en español, Cláusulas de Arbitraje Infinitas.

Tal como lo explica Horton con varios precedentes ocurridos en los Estados Unidos de América¹, en el pasado, las cláusulas arbitrales estaban atadas a las disputas que surgieran de los contratos. No obstante, dichas cláusulas arbitrales fueron evolucionando hasta el punto de convertirse en “infinitas” por tener alguna de las siguientes características:

1. No está limitada a disputas relacionadas con el contrato donde se pactó la cláusula arbitral, sino por cualquier disputa entre las Partes, relacionadas o no con el contrato suscrito.
2. No está limitada a las partes que suscribieron el contrato donde se previó la cláusula arbitral, sino que su redacción puede extender la cláusula a subsidiarias, empresas relacionadas, empleados, agentes, sucesores y cualquier otra persona que pueda tener vinculación.
3. No tienen un periodo de terminación, pueden ser aplicadas a todas las controversias pasadas, presentes o futuras. Estas cláusulas pudieran

sobrevivir incluso a la terminación del contrato que las contiene.

Para Horton, las cláusulas arbitrales infinitas parecen no ser provisiones contractuales sino una especie de esclavitud arbitral.

Para entender la vinculación de este tipo de cláusulas con el caso del Sr. Piccolo podemos dar una mirada a cómo está redactada la cláusula de arbitraje en los términos y condiciones de Disney Plus que muy probablemente el Sr. Piccolo aceptó en 2019. De ella veremos que están presentes los elementos señalados por Horton ya que las disputas, las partes y el tiempo son ilimitados:

You and Disney agree to arbitrate, as provided below, all disputes between you (including any related disputes involving The Walt Disney Company or its affiliates), that are not resolved informally, except disputes relating to the ownership or enforcement of intellectual property rights. “Dispute” includes any dispute, action, or other controversy, whether based on past, present, or future events, between you and us concerning the Service or this Agreement, whether in contract, tort, warranty, statute, regulation, or other legal or equitable basis².

¹ *Mey v. DIRECTV, LLC*, 971 F.3d 284 (4th Cir. 2020); *Haasbroek v. Princess Cruise Lines, Ltd.*, 286 F. Supp. 3d 1352 (S.D. Fla. 2017); *Jabbari v. Wells Fargo & Co.*, 2021 WL 6061736 (N.D. Cal. Dec. 22, 2021).

² Traducción libre “Usted y Disney acuerdan acudir a arbitraje, según lo dispuesto a continuación, todas las disputas entre Usted (incluyendo cualquier disputa relacionada que involucre The Walt Disney Company o sus afiliadas), que no sean resueltas informalmente, excepto las disputas relacionadas con la propiedad o la exigibilidad de derechos de propiedad intelectual. “Disputa” refiere a cualquier disputa, acción u otra controversia, basado en hechos pasados, presentes o futuros, entre Usted y nosotros relacionado con el Servicio o este Acuerdo, ya sea del contrato, agravio, garantía, regulación o cualquier otra base legal o de equidad” No obstante, en la versión en español la redacción es distinta, ya que señala

A los fines de este análisis, no solo nos interesa la redacción de la cláusula, sino especular cómo el Sr. Piccolo aceptó la cláusula que mencionamos. Aunque no tenemos detalle sobre ello, si intentamos hacer la suscripción a Disney Plus³, al momento de ingresar el correo por primera vez, la aplicación o la página web nos redirecciona a una nueva página donde nos indica las instrucciones para crear la cuenta, seleccionando una contraseña. Después de crear la contraseña, antes de llegar al botón de “Aceptar y Continuar” existe un recuadro que señala “We may use your data as described in our Privacy Policy, By clicking Agree & Continue, you agree to the Disney Terms of Use with respect to your MyDisney account and acknowledge that you have read our Privacy Policy and Cookies Policy.”

Los Términos de Uso de Disney están en un hipervínculo que no necesitas acceder o visualizar para continuar. El usuario con los mayores estándares podría aventurar hacer click y encontrará un do-

cumento de 17 páginas con los términos de uso⁴, el cual tiene una variedad de normas. En la sección que se denomina “Legal” también podemos observar que existen cuatro pestañas que contienen: (i) Política de Privacidad; (ii) Términos de Uso de Disney – para Estados Unidos de América; (iii) Política de “Cookies”; y (iv) Acuerdo de suscripción. Tanto los Términos de Uso como el Acuerdo de suscripción tienen cláusulas arbitrales. Debemos entender que el usuario acepta todos estos documentos al hacer click en el botón de “Aceptar y continuar”. Generalmente éstas políticas pueden ser actualizadas regularmente, lo cual podría implicar también ajustes a la cláusula arbitral, sin que el suscriptor conozca previamente sobre dichos cambios⁵.

Ahora bien, esto no es una práctica exclusiva de Disney como podemos observar de los ejemplos que narra Horton. Empresas como Uber⁶, McDonald’s y Whatsapp en los Estados Unidos de América, también incluyen cláusulas arbitrales amplias, sino infinitas, en sus

“Usted y Disney aceptan someter a arbitraje cualquier disputa, como se describe más abajo, excepto en el caso de aquellas disputas relativas a la exigibilidad o ejecución de nuestros derechos de propiedad intelectual. El término “disputa” se refiere a cualquier disputa, acción u otra controversia que se suscite entre usted y nosotros relativa al Servicio o al presente Acuerdo, ya sea por responsabilidad contractual, extracontractual, garantía, ley o regulación, así como cualquier otro sustento legal o de equidad.” Ver <https://www.disneyplus.com/legal/subscriber-agreement>

³ Ver <https://www.youtube.com/watch?v=mjETA0ZQduE>

⁴ <https://www.disneyplus.com/legal/disney-terms-of-use>

⁵ En la práctica vemos que éste tipo de políticas advierten que podrán ser ajustadas y algunas suelen notificar la modificación vía correo electrónico. Ellos entienden que el usuario aceptó estos cambios porque continúa utilizando los servicios.

⁶ Recientemente Uber tuvo un caso similar al relatado en este estudio. La hija menor de edad de una persona aceptó los términos y condiciones del servicio de comida a domicilio de Uber y posteriormente, la real suscriptora de Uber tuvo un accidente usando sus servicios de taxi. Matthew Lyon, “‘Infinite’ Clauses Stretch Arbitration Boundaries to Their Limit,” *Tennessee Bar Association*, consultado en <https://www.tba.org/?pg=Articles&blAction=showEntry&blogEntry=117992>

términos de uso. Es curioso que, las mismas empresas, cambian la redacción de la cláusula arbitral cuando no está dirigida a ciudadanos americanos; en el caso de Disney, la redacción en inglés es distinta al español. Cuando accedemos desde Venezuela podemos observar que una sección menciona “Acuerdo de Suscripción a Disney+ (Venezuela)” y en la misma página web ubicamos otra sección que señala “ENGLISH –DISNEY TERMS OF USE– UNITED STATES”. Podemos suponer que Disney comprende que bajo otros ordenamientos jurídicos, sería difícil hacer exigible este tipo de cláusulas.

No podemos ignorar que en el ejemplo de Disney Plus hay varios asuntos concomitantes que valen la pena estudiar. Nosotros hemos escogido las cláusulas arbitrales infinitas, pero en el caso narrado también se abre la discusión sobre: (i) la validez del arbitraje en contratos de adhesión; y (ii) la aceptación de contratos por medios electrónicos.

Visto que los tres elementos mencionados por Horton están presentes en una

sola cláusula, nos plantea dudas sobre la verdadera validez y eficacia de la cláusula de Disney Plus.

Este trabajo intentará aproximarse principalmente a la validez y eficacia de las cláusulas arbitrales infinitas. Para ello, primero revisaremos la posición de los autores Horton⁷, McCartin⁸ y Russo⁹ quienes han escrito sobre este tipo de cláusulas, para entender las soluciones dadas a estos casos en los Estados Unidos de América bajo la Federal Arbitration Act (FAA). Después, analizaremos y confrontaremos estas posiciones con otros argumentos, incluyendo su visión desde el ordenamiento jurídico venezolano.

Queremos adelantar que este tema no tiene necesariamente una solución fácil. De hecho, tras lo ocurrido en el caso del Sr. Piccolo, Disney decidió “renunciar” a su derecho de ir a arbitraje y continuar en tribunales; sospechamos, tal y como lo sugiere el reportaje de The New York Times, que esta decisión fue porque la noticia afectó la imagen de Disney¹⁰. Así, notamos que, al menos en este caso, hay

⁷ David Horton, “Infinite Arbitration Clauses,” *University of Pennsylvania Law Review* 168 (2020): 633, consultado en

https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9691&context=penn_law_review

⁸ Ava McCartin, “Reigning in Infinite Consumer Arbitration Agreements: A Comment on the Eleventh Circuit’s *Calderson v. Sixt Rent a Car*,” *Arbitration Law Review* 15, consultado en <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1315&context=arbitrationlawreview>

⁹ Michael Russo, “A Simple Solution to an Infinite Problem: Curbing Arbitration Provisions That Exceed the Scope of the Federal Arbitration Act,” *St. John’s Law Review* 97, no. 1 (2023), consultado en <https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7267&context=lawreview>

¹⁰ Clair Fahy, “Disney desiste de un acuerdo extrajudicial en una demanda por homicidio,” *The New York Times* (edición en español), consultado en <https://www.nytimes.com/es/2024/08/20/espanol/disney-demanda-homicidio.html>; Philip Marcelo, “Disney no pedirá desestimar demanda por alergia y muerte presentada por suscriptor de Disney+,” *Los Angeles Times* (edición en español), consultado en

una sensación de injusticia que debemos racionalizar y entender si en efecto la cláusula era válida.

I. Análisis de Horton, McCartin y Russo bajo la FAA

Horton explica que las compañías han desarrollado y mejorado la redacción de sus cláusulas arbitrales para: (i) no limitarlas solo a las disputas derivadas del contrato sino para llevar todo tipo de disputas a arbitraje y evitar que existan demandas colectivas en su contra; (ii) incluir a todas las personas que pudieran estar relacionadas con ellas para que estén arropadas por la cláusula arbitral; y (iii) delegar la decisión sobre la arbitrabilidad del caso exclusivamente a los tribunales arbitrales. Russo coincide en que la motivación para acudir a arbitraje es que este medio es más económico, rápido y confidencial; y, que en el contexto de empresas de consumo se ha convertido en una herramienta para limitar la responsabilidad derivada de acciones colectivas.

Al inicio, las Cortes americanas negaban la eficacia de las cláusulas infinitas aplicando principios tradicionales de interpretación de los contratos, desestimándola por ser excesiva o aplicando la doctrina de “unconscionability” o de injusticia intrínseca, porque una interpreta-

ción a favor llevaría a conclusiones absurdas o porque eran cláusulas tan amplias que las situaciones que pudieran ocurrir son imprevisibles para un consumidor razonable. En algunos casos, las cortes rechazaban la cláusula sin siquiera fundamentar o motivar su decisión.

No obstante, bajo la FAA, las Cortes han adoptado posiciones pro arbitraje, considerando que no se debe usar la doctrina de unconscionability para discriminar al arbitraje y han declinado la decisión de la eficacia de estas cláusulas para ser decididas exclusivamente por el propio tribunal arbitral cuando existe tal delegación en la cláusula.

De hecho, tal como lo cita un breve artículo de Gaela Normile, asociada de WoodsRogers, en los casos de DIRECTV/AT&T, dos tribunales llegaron a decisiones contrarias en casos muy similares respecto a favorecer o no al arbitraje frente a una cláusula infinita¹¹. Estos casos también son comentados por Horton y Russo.

Ante tal evolución, Horton propone los límites al lenguaje infinito, explicando por qué éstas cláusulas no son siempre exigibles, ya que pueden sufrir de dos defectos: (i) desafíos en el acuerdo, donde el demandante puede alegar que no existe consentimiento, ya sea porque

<https://www.latimes.com/espanol/ceuu/articulo/2024-08-20/disney-no-pedira-desestimar-demanda-por-alergia-y-muerte-presentada-por-suscriptor-de-disney>

¹¹ Gaela Normile, “To Infinity and Beyond Immediate Parties: The Fourth and Ninth Circuit Split on the Enforceability of ‘Infinite Arbitration Clauses,’” *WoodsRogers*, consultado en <https://www.woodsrogers.com/insights/publications/to-infinity-and-beyond-immediate-parties-the-fourth-and-ninth-circuit-split-on-the-enforceability-of-infinite-arbitration-clauses>

él no aceptó la cláusula arbitral, o que no la aceptó frente a un demandado en particular¹², o que no lo hizo para toda su vida; y (ii) desafíos en el alcance, que implica que aunque el demandante aceptó la cláusula, la controversia no es arbitrable, ya que no tiene ninguna relación con el contrato que contiene la cláusula arbitral.

Mccartin, por su parte, analiza la solución del caso *Calderon v. Sixt Rent a Car*. Señala que el Eleventh Circuit de los Estados Unidos de América establece que incluso las cláusulas infinitas tienen sus límites y ofrece protección a los consumidores que desean hacer valer sus derechos en tribunales. En este caso, *Rent a Car* quiso imponer la cláusula arbitral que firmó el demandante en los términos y condiciones de la empresa intermediaria que ofrecía servicios turísticos. El análisis de la mayoría fue que el concepto de reclamos bajo cláusula arbitral no podía extenderse a reclamos no derivados de los servicios acordados en el contrato que lo contiene, por razones de sentido común y tres razones sobre la interpretación del contrato: (i) la definición de servicios, de acuerdo al contrato solo refiere a los servicios de la empresa intermediaria y no en favor de terceros; (ii) cualquier disputa debía ser dirigida en primer lugar al administrador de reclamos de la intermediaria, siendo ilógico que el demandante, para iniciar un reclamo contra terceros tenía que usar la empresa

intermediaria, contra quien no tenía reclamos; y (iii) que el acuerdo especificaba que los servicios de terceros estaban regidos por sus propios términos y condiciones.

Para Mccartin, la posición de la Corte fue correcta, pero considera que el sustento real es que la FAA exige una relación o nexo entre el reclamo, la cláusula arbitral y el contrato que la contiene.

Finalmente, para Russo, el problema de las decisiones de las cortes americanas, específicamente en el caso *Revict v. Directv*, es que para resolver si la disputa debe ser resuelta por arbitraje, las cortes revisan el lenguaje de la cláusula y no se centran en lo estipulado por la FAA. Esta es una posición muy parecida a la de Mccartin, al señalar que lo más importante es que exista un nexo contractual. Para Russo, es una solución simple a un problema infinito: las disputas que tengan una relación genuina y discernible con el contrato que contiene la cláusula arbitral son las que pueden ser objeto de arbitraje.

II. Nuestra evaluación y análisis sobre las cláusulas infinitas

Al revisar la posición de Horton, Mccartin y Russo, admiramos especialmente el análisis de Horton al identificar qué es y cuáles son los elementos determinantes de las cláusulas arbitrales infinitas.

Al análisis de Horton nos gustaría agregar que, desde nuestro punto de vista, lo

¹² Mccartin, “Reigning in Infinite Consumer Arbitration Agreements.”

“infinito” es una consecuencia de la indeterminación de relaciones jurídicas, siendo que el único nexo es entre las partes principales que pactan la cláusula arbitral; es una cláusula arbitral cuyo objeto son las personas, no relaciones jurídicas. Ahondaremos más en este asunto en la sección b. siguiente.

Por su parte, la solución sencilla, como lo expone Russo, es lo que no nos termina de convencer, por dos razones principales: (i) porque parece que existe un juicio de valor negativo contra el arbitraje, una especie de “intuición” que sugiere que el arbitraje es “malo” y entonces hay que encontrarle una solución a por qué dichas cláusulas no pueden ser válidas; y (ii) por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Si gracias al principio de libertad, las Partes pueden hacer todo aquello que no esté prohibido y lo acordado es ley entre las partes, entonces lo primero que hay que preguntarnos es, cómo las cláusulas infinitas, son prohibidas o inválidas a pesar de existir el consentimiento de las Partes.

Porque en todos estos casos hay una realidad, existe una cláusula en términos amplísimos que ambas partes aceptaron. Pero, qué es aquello que nos hace sentirnos tan incómodos, cuál es esa percepción de que hay algo incorrecto en ellas.

Imaginemos, por ejemplo, que soy una persona que cree que el arbitraje es la mejor forma de solucionar todos sus conflictos. Que considero que el hecho

de poder escoger a los árbitros, gestionar el procedimiento de modo tal de hacerlo más eficiente e incluso que sea confidencial son aspectos que valoro por encima de la jurisdicción ordinaria. Y sí, admito que es posible que el arbitraje tenga costos asociados importantes, pero que, a fin de cuentas, prefiero invertir en un arbitraje que tendrá una decisión oportuna, a costear un juicio por un procedimiento ordinario que podrá durar años.

Siendo lo anterior así, ¿por qué no podríamos acordar que cualquier tipo de disputa, que sea objetiva y subjetivamente arbitrable, sea decidida mediante arbitraje?

Porque, además, hay algo de lo que debemos partir: en principio, no hay nada esencialmente malo en el arbitraje. Es un mecanismo de resolución de conflictos que igualmente se rige por normas de derecho y principios de justicia. El arbitraje no significa ni que los conflictos vayan a ser resueltos siempre a mi favor ni que esté violando principios y valores fundamentales. ¿A qué estoy renunciando cuando acudo a arbitraje?

Entonces, por qué el elemento común de los artículos estudiados es a rechazar este tipo de cláusulas, por qué estamos buscando una “salida” para invalidar dichas cláusulas. En nuestro criterio, hay un elemento que no discuten Horton y Maccartin, y que Russo solo menciona tangencialmente, es que el elemento común de los casos discutidos en las cortes

americanas, y el caso de Disney, son los contratos de adhesión, en consumo masivo, donde millones de personas, en cuestión de segundos, sin ninguna capacidad de negociación y sin un análisis y revisión pormenorizada de la relación, acuerdan ceñirse a los términos y condiciones impuestos por las empresas que prestan sus productos y servicios.

Russo comenta que estas cláusulas pueden estar presentes en servicios que son vitales para participar en la vida económica y social. En ese sentido, entre dos partes sofisticadas, la negociación, formación del contrato y el consentimiento son parte de un proceso que se desarrolla en igualdad de condiciones. Ello no sucede en el contexto del consumo masivo y contratos de adhesión, donde el consumidor acepta los términos y condiciones preestablecidos antes de la compra de los servicios, sin conocimiento, sin ninguna negociación ni espacio para discutir las cláusulas que serán aceptadas.

Dicho esto, lo que intuitivamente nos hace sentir rechazo en las cláusulas infinitas, consideramos que puede estar más atado al consentimiento, al derecho que tengo, como consumidor, de elegir cómo dilucidar mis conflictos y cuáles

conflictos, sin imposiciones y en un contexto verdaderamente paritario¹³.

Cabe destacar que en un estudio publicado por el National Bureau of Economic Research, realizado por Mark L. Egan, Gregor Matvos & Amit Seru y titulado *Arbitration with Uninformed Consumers* (Arbitraje con consumidores desinformados)¹⁴, los autores concluyen que, en arbitraje, las empresas de consumo tienen una ventaja sobre los consumidores y los resultados de estos arbitrajes son más favorable a las industrias que al consumidor; estiman que dicha ventaja representa un 40% en contra de los consumidores. En su estudio determinaron que: (i) algunos árbitros son sistemáticamente más favorables a las industrias, en parte, porque existe una competencia entre los árbitros que los motiva a favorecer a las industrias para seguir siendo escogidos en el futuro; y (ii) las industrias tienen una ventaja informativa sobre los consumidores para escoger árbitros favorables a ellos.

En una nota de Jackson Weatherall en el *Business Law Review* de la Universidad de Miami¹⁵ menciona que las industrias también tienen amplios recursos disponibles que los ayudan a elegir mejor los

¹³ El derecho americano tiene una arista adicional y es que estas cláusulas suelen venir acompañadas de una renuncia a intentar acciones colectivas, que ello escapa del presente estudio y debería ser analizado en otro trabajo, basado en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de América.

¹⁴ Mark L. Egan, Gregor Matvos, y Amit Seru, "Arbitration With Uninformed Consumers," *National Bureau of Economic Research*, NBER Working Paper Series, consultado en <https://www.nber.org/papers/w25150>

¹⁵ Jackson Weatherall, "Is the Magic of Disney Hiding a Dark Legal Strategy? A Look into Arbitration Clauses and Their Power," *Business Law Review*, Miami Law, University of Miami School of Law, consultado en <https://business-law-review.law.miami.edu/is-the-magic-of-disney-hiding-a-dark-legal-strategy-a-look-into-arbitration-clauses-and-their-power/>

árbitros y que la confidencialidad del proceso y su resultado, así como el hecho de que generalmente las decisiones no pueden ser apeladas, protegen a las compañías de daños reputacionales. Incluso, recomiendan que mientras no haya una regulación expresa o las cortes aclaren el alcance de las cláusulas arbitrales infinitas, los consumidores deberían revisar cuidadosamente los términos y condiciones en los contratos.

Frankel¹⁶ menciona que los críticos al arbitraje señalan que (i) existen sesgos sistemáticos en arbitrajes forzosos que favorecen a grandes corporaciones en contra de los consumidores (aunque indica que las evidencias no son concluyentes), (ii) que los procedimientos son llevados en forma secreta y con una revisión judicial limitada, y (iii) que el arbitraje obstaculiza el crecimiento y desarrollo de los principios jurídicos. Así mismo, compara estos argumentos con los que promueven el arbitraje, quienes señalan que el arbitraje es una alternativa más rápida,

económica y eficiente que litigar, e incluso que pudiera dar acceso a individuos que no pueden acudir a tribunales porque el litigio se ha vuelto muy costoso y consume mucho tiempo¹⁷.

Ante esta realidad, empresas financieras advierten a los consumidores sobre las cláusulas de arbitraje, indicándoles que dichas cláusulas están redactadas de tal forma que no sean perceptibles al consumidor, quien las acepta inadvertidamente, ya que están escritas en lenguaje complejo y técnico, con una fuente, tamaño o estilo diferente, ubicadas en una sección separada o al final del documento¹⁸. Esto también es mencionado por Frankel cuando señala que, en el contexto de consumidores, las empresas intencionalmente redactan las cláusulas arbitrales de tal forma que son difíciles de entender para que no se den cuenta de qué los usuarios no se den cuenta a cuáles derechos están renunciando. No obstante, nos parece inconsistente sugerir la necesidad de revisar con detalle los

¹⁶ Richard Frankel, "The Arbitration Clause as Super Contract," *Washington University Law Review* 91: 531, consultado en https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6054&context=law_lawreview

¹⁷ En el trabajo "Unfair" arbitration clauses" de Christopher R. Drahozal también menciona las críticas al arbitraje obligatorio en consumo, por su carácter obligatorio – si el consumidor no acepta no tiene derecho a los bienes o servicios, lo consideran injusto por usar un procedimiento de Discovery limitado, no hay decisión por jurado ni apelación, ventaja de las industrias en la selección de árbitros por su carácter de jugador habitual, evita las demandas colectivas y que existen gastos excesivos para los individuos. Las cláusulas también pueden ser injustas al incluir locaciones lejanas para las audiencias, impide el cobro de costos y costas del proceso, acorta los plazos para iniciar reclamaciones, entre otras. No obstante, en su revisión, considera que dichas cláusulas no son tan comunes como muchos doctrinarios pretenden indicar y que algunas de sus provisiones no son necesariamente injustas, al punto que una parte bien informada podría beneficiarse de ellas. Además, que desde el punto de vista reputacional, las corporaciones y las instituciones arbitrales tienen interés en promover procesos arbitrales justos. Visto en <https://illinoislawreview.org/wp-content/uploads/2001/04/Drahozal.pdf>

¹⁸ <https://fastercapital.com/es/contenido/Clausula-de-arbitraje-del-consumidor--proteccion-de-los-derechos-de-sus-clientes.html>

términos y condiciones cuando, al menos en el caso que introduce este estudio, hay más de 231,6 millones de suscriptores al servicio de Disney Plus¹⁹.

De esta forma, la resolución que dan en común Horton, Maccartin y Russo a las cláusulas infinitas, coincidiendo que, de acuerdo con la FAA, debe existir nexo contractual, podría ser un intento de dar una solución más justa al contexto del consumo masivo, pero esto no parece ser suficiente frente a los principios de libertad y de autonomía de la voluntad de las partes en otros tipos de relaciones más paritarias.

Partiendo de estas asunciones, intentaremos proponer nuestro razonamiento y soluciones al tema planteado.

A. Principio de autonomía de la voluntad y el consentimiento

No hay ninguna duda de que el pilar del arbitraje es la autonomía de la voluntad y el consentimiento.

Una definición que nos parece esclarecedora sobre la autonomía de la voluntad la encontramos es la siguiente “*la actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva, de relaciones*

jurídicas; relaciones que ya están disciplinadas, por normas jurídicas existentes. Es un principio del derecho privado permitir a los particulares ejecutar los actos jurídicos que deseen y determinar libremente su contenido y efectos, con ciertas limitaciones”²⁰.

De Freitas menciona que “*Podría decirse que sólo “en principio” lo patrimonial no tiene limitación porque igualmente las condiciones o cláusulas que rompen el equilibrio de las prestaciones o aquellas que intensifica la desigualdad de las partes—los débiles jurídicamente—serían improcedentes.*”²¹

El principal límite que presenta la autonomía de la voluntad de las partes es la ley, el orden público y las buenas costumbres (Código Civil²², artículo 6).

El consentimiento, es un requisito esencial de la autonomía de la voluntad de las partes. Así, no hay autonomía de la voluntad ni contrato si las partes no expresaron su consentimiento.

En el arbitraje, la Ley Modelo UNCITRAL, así como la ley venezolana, exigen que la cláusula arbitral conste por escrito, como un requisito *ad probatio-*

¹⁹ https://es-us.finanzas.yahoo.com/noticias/150-millones-usuarios-disney-suscribieron-19300002-1.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAADDNy9PB24JQ63ngm16w8qDdL2swHvy94uUSVprk6JlpWWO2Fo6Fm0yQBS9dkUmJIEI2eIUBphBihX8wkV5BNfRvf-9TAHCtmy4jypUnVwJEFm_PCh5T9zBGCoO-BuAUOaA3vmOcvqYU2fBnWCOxHusze5vZXXSf4nIDnoMwGmZoA

²⁰ Edilia De Freitas De Gouveia, “La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural,” *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 45, consultado en <https://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2015/06/37-182.pdf>

²¹ De Freitas De Gouveia, “La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural,” 51.

²² Código Civil, publicado en Gaceta Oficial Nro. 2.990 Ext. del 26 de julio de 1982.

nem, para demostrar que existió el consentimiento para arbitrar las controversias.

Como explica Domínguez, el consentimiento es el alma del contrato, el consentimiento es el acuerdo o concordancia de las dos o más voluntades declaradas de las partes que celebran el contrato. Supone una voluntad libre, que la manifestación de voluntad esté exenta de irregularidades, anormalidades o vicios que invaliden el acto. “El contrato es, técnicamente, una estructura consensual: la concordancia de las declaraciones de voluntad de las partes contratantes (acuerdo consensual). Es el consentimiento el más importante de los elementos porque define, por sí, el contrato”²³

Analizado lo anterior, es oportuno mencionar que: (i) no conocemos límites legales a las cláusulas arbitrales infinitas, salvo que se consideren que son contrarias al orden público y a las buenas costumbres; y (ii) siendo que el consentimiento es esencial al contrato, y, en este caso, al acuerdo de arbitraje, debemos analizar cómo es dicho consentimiento en torno a las cláusulas arbitrales infinitas.

Este es un asunto medular, ya que, a primera vista, en el caso de Disney, efecti-

vamente el Sr. Piccolo dio su consentimiento para acudir a arbitraje, en los términos señalados por Disney.

Pero como comentamos hace unas líneas atrás, el Sr. Piccolo dio su consentimiento en el marco de un contrato de adhesión, que además, fue hecho en forma electrónica.

En este contexto, *prima facie* no parecería correcto equiparar un contrato de adhesión suscrito en los términos descritos, con un contrato acordado y negociado entre pares. Por ello hace sentido diferenciar las cláusulas arbitrales infinitas insertas en contratos de adhesión, a aquellas que están incluidas en contratos donde las partes están en igual de condiciones y tienen la potestad de discutir y negociar los términos contractuales.

En un trabajo muy completo de Madrid²⁴ sobre contratos de adhesión, haciendo alusión a varios autores, menciona que en este tipo de contratos no es que exista ausencia de libertad o insuficiencia en las negociaciones sino “la ausencia y la imposibilidad misma de estas: el contrato de adhesión está concebido in globo et ne verietur (o se acepta todo o se rechaza todo)”. Citando a Melich Orsini, destaca que los elementos objetivos de los contratos de adhesión son: (i) el carácter

²³ María Candelaria Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III- Obligaciones*, 491, consultado en <https://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2017/01/libro-Curso-de-Derecho-Civil-III-Obligaciones-ilovepdf-compressed-468-610.pdf>

²⁴ Claudia Madrid Martínez, “Las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión. Una mirada desde el silencio del Derecho venezolano de los contratos,” *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Edición Especial 2021, consultado en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/ESPECIAL/R-VDM_2021_E_237-263.pdf

contractual de la relación; (ii) la existencia de predeterminación de las cláusulas; y (iii) negación de toda oportunidad de negociación por la parte contratante que acepta las cláusulas predispuestas. En este último elemento, la situación deriva de la debilidad económica o jurídica frente al prestador de bienes y servicios.

Sin perjuicio de lo anterior, las normas no suelen exigir que exista una negociación y discusión libre para que el contrato sea válido, ya que lo único que se requiere es un consentimiento libre.

Este tipo de contratos ha sido reconocido como una herramienta útil para el tráfico jurídico, pero, aunque no es “en sí mismo violatorio de normas imperativas”, por sus características tan especiales, la doctrina considera que pueden prestarse a que el proponente imponga cláusulas abusivas. Por tal razón, los ordenamientos jurídicos han adoptado la interpretación *contra proferentem*, bajo la cual las cláusulas deben ser interpretadas en contra de quien la impuso y prohíben la inclusión de cláusulas abusivas²⁵. En el ordenamiento jurídico venezolano no hay normas que expresamente ordenen la nulidad de cláusulas abusivas en contratos de adhesión, no obstante, Madrid considera que la nulidad es la consecuencia necesaria por violación del orden público, por la actuación de mala fe por parte del prestador de bienes o servicios.

Las cláusulas abusivas son aquellas que perjudican al adherente, si “pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”²⁶. Madrid equipara las cláusulas abusivas con las cláusulas sorprendivas, las cuales son “aquellas que, siendo cláusulas estándar, no han podido ser previstas por una persona razonable puesta en las mismas circunstancias del aceptante.” Para los principios UNIDROIT estas cláusulas carecen de eficacia, salvo que hayan sido expresamente aceptadas. Para analizar si califican como sorprendivas “se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación”.

Madrid, analizando la posición de la jurisprudencia venezolana, determina que las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión son contrarias al orden público porque rompen “groseramente” el equilibrio de las prestaciones. Dentro de las cláusulas que pueden denominarse abusivas, incluye: “las cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad; que impliquen renuncia a derechos; que inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; que permitan al proveedor de bienes y servicios modificar unilateralmente el contenido del contrato o le autoricen a darlo por terminado unilateralmente; que establezcan condiciones injustas o discriminatorias; que establezcan un domicilio especial distinto de

²⁵ Madrid Martínez, “Las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión,” 253.

²⁶ Madrid Martínez, “Las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión,” 254.

aquel del consumidor; **las que le obliguen a ir a arbitraje**, son comúnmente consideradas como posiblemente abusivas” (Resaltado nuestro).

Cabe destacar que, la Ley de Arbitraje Comercial²⁷ (LAC) venezolana no niega la posibilidad de acordar cláusulas arbitrales en contratos de adhesión, sino que exige que la manifestación de voluntad debe ser en forma expresa e independiente (Ley Arbitraje Comercial, artículo 6), es decir, que están permitidos, bajo ciertas condiciones. Bajo esta misma premisa, Baena²⁸ estudia la exigibilidad de la cláusula arbitral para las personas venezolanas que aceptan los términos y condiciones de uso de empresas extranjeras, concluyendo que, bajo el derecho venezolano, esas cláusulas no son exigibles porque no cumplen con el requisito de la LAC. En nuestro criterio, ello sería así en la medida que el derecho venezolano sea el que rija la cláusula arbitral. En lo que concordamos, que también menciona Acedo²⁹, es que la exigencia de la LAC evita que la parte que redacta el contrato imponga un arbitraje al

adherente para que pueda acceder al bien o servicio; bajo esta visión, el arbitraje no sería impuesto sino facultativo.

Para Acedo³⁰, los acuerdos de arbitraje (sin analizar las cláusulas arbitrales infinitas) sólo serían abusivos en un contrato de adhesión si dificulta el acceso a la justicia.

En el caso argentino, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha tenido distintas posiciones sobre si los contratos de adhesión pueden incluir arbitrajes. Hinojosa reseña dichas resoluciones y discrepancias en su publicación “La cláusula arbitral en los contratos de adhesión. Análisis jurisprudencial del Fuero Nacional en lo Comercial”³¹, concluyendo que la jurisprudencia ha ido aceptando la posibilidad de pactar cláusulas compromisorias en contratos de adhesión cuando las partes están en igualdad de condiciones, como puede suceder en contratos entre empresas como los de franquicia, conceción, agencia, distribución.

²⁷ Ley de Arbitraje Comercial, publicada en la Gaceta Oficial Nro. 36.430 del 7 de abril de 1998.

²⁸ Josmel Baena, “Arbitraje en Términos y Condiciones de Uso de empresas extranjeras suscritos por personas venezolanas,” *Guayana Moderna*, no. 12 (diciembre), consultado en <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/guayanamoderna/articulo/download/6403/6354/22869>

²⁹ Carlos Eduardo Acedo Sucre, “Derogatoria de la definición legal de contrato de adhesión y alcance de la exigencia legal de una manifestación de voluntad expresa e independiente para someterlo a arbitraje,” consultado en <https://acienpol.abcdonline.info/bases/biblo/texto/coleccion-digital/053/053.pdf>

³⁰ Carlos Eduardo Acedo Sucre, “Contratos de Adhesión y Cláusulas sobre Arbitraje,” consultado en <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2015/11/Contratos-de-adhesio%CC%81n-y-cla%CC%81usulas-sobre-arbitraje.-Carlos-Eduardo-Acedo.pdf>

³¹ David Hinojosa, “La cláusula arbitral en los contratos de adhesión: análisis jurisprudencial del fuero nacional en lo comercial,” consultado en <https://pagbam.com/articulos/la-clausula-arbitral-en-los-contratos-de-adhesion-analisis-jurisprudencial-del-fuero-nacional-en-lo-comercial/>

Frankel, al criticar la doctrina de las cortes americanas que han interpretado el arbitraje como un “super contrato”, pone en entredicho el hecho de que la política de favorecer el arbitraje se ha aplicado en contra de la doctrina *contra proferentem* que también aplica en el derecho anglosajón. Critica que este tipo de cláusulas están muy presentes en contratos de adhesión que no da oportunidad de negociación o enmiendas, ocasionando que los individuos renuncien a sus derechos en formas que no pudieron percatarse cuando suscribieron el contrato principal.

En un comentario de Felipe Riffo sobre el caso de Disney Plus publicado por *Idealex.press*³² cita la opinión de Adrián Simons, quien es socio de Simons & De Noriega, firma especializada en litigios y arbitraje en Lima, Perú, donde señala que la cláusula arbitral propuesta por Disney puede ser considerada abusiva desde el punto de vista internacional, porque no hay una verdadera negociación, en ese sentido, no es aplicable al consumidor ya que lo somete a una posición asimétrica.

En dicho reportaje también cita a Andrea Vissani, vicepresidente de la Corte de Arbitraje en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías del Colegio de Abogados de Córdoba, quien opina que un

“arbitraje supone el ejercicio de la autonomía de la voluntad en su máxima expresión” añadiendo que en casos como los de Disney Plus la capacidad de negociación es prácticamente nula.

En definitiva, ¿a qué queremos llegar con esta explicación?

Para Maduro Luyando³³, el consentimiento es “una manifestación de voluntad deliberada, consciente y libre, que expresa el acuerdo de una persona respecto de un acto externo ajeno”. No nos cabe duda de que no podemos equiparar la voluntad expresada entre iguales a la voluntad expresada en contratos de adhesión, por bienes y servicios de consumo masivo cuyos contratos se crean y ejecutan en cuestión de segundos gracias a las bondades del internet con cláusulas son absolutamente imperativas.

Desde nuestro punto de vista, en estos últimos casos hay un consentimiento “precario” ya que al débil jurídico se le imponen una cantidad de cláusulas que, como máxima de experiencia, no leyó ni se asesoró – no hay una verdadera consciencia -, ni es plausible esperar que millones de personas alrededor del mundo lo hagan. Y ello no solo porque muy probablemente la valoración de lo que están contratando comparado con el esfuerzo que tienen que hacer para acceder a otros enlaces, leer y comprender dece-

³² Felipe Riffo, “Disney, Airbnb y Walmart: cuando el abuso del arbitraje es una posibilidad,” consultado en https://idealex.press/disney-airbnb-y-walmart-cuando-el-abuso-del-arbitraje-es-una-posibilidad/#-google_vignette

³³ Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones: Derecho Civil III*, t. 2 (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2009), 609.

nas de páginas sobre el servicio no valga la pena, sino porque una cláusula arbitral dentro de estos contratos no forma parte de lo que para un suscriptor es esencial para decidir si desea suscribirlo o no (tal como sería el precio y los bienes y servicios que recibirá).

En contraste, cuando nos encontramos en relaciones jurídicas entre pares, con capacidad de negociar el contrato, el consentimiento es “pleno” y debemos respetar lo acordado por las partes.

La teoría general del contrato suele contrastar las teorías del sistema volitivo (qué es lo que realmente quería la parte) y el declarativo (qué es lo que la parte declaró) cuando estudiamos el consentimiento. Nos parece correcto afirmar que en estos casos tan especiales como el expuesto sobre el Sr. Piccolo, debemos atender no sólo a lo volitivo – qué es lo que la parte realmente quería, sino lo que es la expectativa razonable que una parte puede tener al suscribir el contrato.

En conclusión, consideramos que:

- i. Al tratarse de contratos de adhesión que incluyen cláusulas arbitrales infinitas cuya aceptación es obligatoria (de lo contrario, no podríamos adquirir los bienes y servicios que pretendemos adquirir), en los términos estudiados en este trabajo, si bajo el ordenamiento jurídico aplicable la cláusula arbitral es válida, el carácter indefinido o infinito podría considerarse “sorpresivo” o fuera de la expectativa razonable del consumidor,

por lo que debe ser considerada abusiva y no puede ser aplicable ni exigida sobre su extensión indeterminada. El consumidor, al aceptar la cláusula, no puede prever que su aplicación en personas y disputas vaya a exceder del servicio concreto que está contratando. La expectativa razonable es que ese acuerdo de arbitraje tenga un nexo, como lo menciona Horton, al contrato que lo contiene. La precariedad en la expresión de la voluntad se ve diáfamanamente evidenciada en lo que en mercadeo llamarían el “costumer journey”, que son esas etapas que el cliente transita desde que descubre la marca, hasta su compra y posterior fidelización. En el *journey* del Sr. Piccolo, que señalamos al inicio del trabajo, vemos que hay una gran probabilidad de haber aceptado los términos y condiciones sin acceder al hipervínculo que lo redireccionaba al texto que incluía la cláusula arbitral.

Cabe destacar que tal y como son redactadas las cláusulas, el problema no es de ambigüedad sobre si una disputa cae o no cae en el alcance de la cláusula, ya que como mencionamos, hay indeterminación de relaciones jurídicas y, por lo tanto, de disputas. Así que la solución no es una interpretación contra proferentem como propone Frankel sobre el caso de cláusulas arbitrales en contratos de adhesión (no menciona específicamente las cláusulas infini-

tas). De hecho, la redacción es muy clara sobre la indeterminación en todos los sentidos;

- ii. Si estamos entre pares, no vemos justificación real para desobedecer o desaplicar el acuerdo de las partes, ya que, en todo caso, no hay prohibición de acordar este tipo de cláusulas ni evidenciamos una violación a la ley, buena fe, orden público y buenas costumbres. De hecho, incluso en el marco de un contrato de adhesión, si la cláusula hubiese sido adoptada como lo exige la LAC (un acuerdo separado e independiente, que no es imperativo sino facultativo) tendríamos serias dudas de si puede desestimarse la cláusula, ya que el consumidor no estaba obligado a aceptarla para contratar el servicio; salvo el caso en que hubiese sido sorprendido en su buena fe³⁴.

B. Extensión de la “infinitad”

Derivado de lo discutido, concluimos que hay circunstancias en las que la cláusula arbitral infinita podría ser considerada abusiva (caso de contratos de adhesión en consumo masivo, donde no hay paridad entre las partes y la cláusula es obligatoria) y otras, donde nos encontramos ante partes en igualdad de condiciones, donde la cláusula debería reputarse

válida por los principios de libertad y de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, aceptando la validez de la cláusula debemos comprender la extensión de la misma.

Como mencionamos, el carácter infinito de las cláusulas que estudiamos es consecuencia de una redacción que sugiere la indeterminación de las relaciones jurídicas de donde pueden nacer las disputas sometidas a arbitraje. Y la extensión de dicha cláusula dependerá de su redacción.

Para considerarla “infinita” al menos las disputas deben ser indeterminadas. Pero también podría extenderse casi indeterminadamente a las partes. Sin duda, siempre existirán partes definidas o principales, ya que la cláusula debe nacer en algún lugar, pero hemos observado cómo varias cláusulas de este tipo dan pie a incluir otras personas que no suscriben el acuerdo, y que pueden ser indeterminadas en el presente o en el futuro.

Finalmente, el tiempo o vigencia de la cláusula también tiene una connotación especial, ya que pareciera que una vez acordada, nunca cesará.

1. Infinitad de disputas

Retomando el análisis sobre las cláusulas infinitas, Horton menciona que una de

³⁴ Un ejemplo de ello es que en ciertas páginas web que comercializan servicios de viajes, incluyen una aceptación de notificaciones muy peculiar: indican que si usted NO quiere recibir notificaciones tiene que hacer click en la casilla, lo cual es totalmente contraintuitivo y evidentemente busca llevar a las personas a confusión.

sus características es una infinidad de disputas. Esto ocurre, en efecto, porque la redacción sugiere que, aunque esté inserta en un contrato, la obligación de acudir a arbitraje surge por cualquier disputa que pueda surgir entre las partes, independientemente de la relación jurídica subyacente.

Esto nos da a entender que hay una indeterminación de situaciones jurídicas de las cuales pueda suscitarse una disputa con dicha parte.

En favor de lo explicado por los autores Horton, McCarthy y Ruso, y viéndolo bajo la lupa de la LAC y la ley modelo CNUDMI, observamos que ambos textos normativos acogieron redacciones que podemos asimilar a la FAA en el sentido que interpretan los autores americanos:

- Ley Modelo CNUDMI: “Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje 1) 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.” (Resaltado nuestro).
- LAC: “Artículo 5: El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido

o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.” (Resaltado nuestro).

En ambas redacciones, aunque la disputa puede provenir de una fuente contractual o extracontractual, refieren a “una (determinada) relación jurídica” lo cual pareciera limitar a que exista una relación previa al acuerdo de arbitraje, de la cual podrían derivar las disputas. Esto sería un argumento para limitar las cláusulas arbitrales infinitas, similar al expuesto por los autores americanos.

Pero volvemos a la discusión inicial: no hay limitaciones legales para este tipo de cláusulas. Lo propuesto por los autores es una cuestión de semántica que en nada nos serviría sin una prohibición expresa de adoptar las cláusulas arbitrales infinitas, ya que estamos habilitados a hacer todo aquello que no esté prohibido. Una interpretación en contrario limitaría el accionar de las partes injustificadamente, ya que tendrían que ceñirse exclusivamente a lo que la ley los habilita.

Si a esto le añadimos el principio de separabilidad del contrato, bajo el cual la doctrina comprende que la cláusula arbitral constituye un contrato autónomo dentro de otro contrato, existen aún más razones que avalan la validez de la cláusula. Si bien el objetivo de la separabili-

dad de la cláusula arbitral es evitar que la misma siga la suerte del contrato que lo contiene (por ejemplo, la cláusula no se entiende resuelta si el contrato que la contiene terminó o se resuelve), no podemos darle carácter de autónomo en ciertos sentidos y en otros no.

Una pregunta adicional que podríamos hacernos es si dos partes sofisticadas pueden dar su consentimiento - consciente - frente a disputas absolutamente imprevisibles. Al respecto, la autonomía de la voluntad es tan amplia que la doctrina ha aceptado que las partes puedan pactar que el deudor responda inclusive si ocurre una causa extraña no imputable, a pesar de ser una eximente de responsabilidad³⁵. Ello quiere decir que aún en el caso donde las partes no tienen el control de la ocurrencia de la fuerza mayor (imaginemos una disputa) aún así el deudor está obligado a responder (o en el supuesto estudiando, ir a arbitraje) si así las partes lo pactan.

2. Infinidad de partes

En conexión a lo comentado líneas más arriba, pareciera que el supuesto que activa el arbitraje es la existencia de dos partes que pactaron arbitrar cualquier disputa, independientemente de la relación jurídica subyacente.

Lo realmente determinable en este tipo de cláusulas son al menos dos partes principales. La indeterminación o aspecto infinito ocurre cuando en la redac-

ción de la cláusula agregan otras personas, que no son parte firmantes en la cláusula, que se relacionan directa o indirectamente con una o ambas partes.

En este supuesto, Horton ha criticado que no puede haber consentimiento con partes no signatarias.

La teoría de partes no signatarias que están obligadas a acudir al arbitraje, suele referirse a personas que podemos forzar a participar en el arbitraje porque de alguna forma se benefició del contrato a pesar de no haberlo suscrito (primer supuesto).

En el caso de Disney y otros que hemos observado, vemos que ejecutan las cláusulas infinitas en un sentido contrario. Partes que no firmaron el contrato, por su vinculación con la contratante, podrían forzar a la contraparte (quien si suscribió la cláusula) a ir a arbitraje, ya que fueron incluidos expresamente en la cláusula arbitral (segundo supuesto).

El primer supuesto puede ser fácil de desestimar, ya que mal podría uno de los contratantes obligar a un tercero a acudir a arbitraje salvo que se cumpla la teoría comentada, quienes son obligadas porque son verdaderas partes dentro del acuerdo.

No obstante, en el segundo supuesto, la exclusión de los no signatarios es más discutible. En uno de los casos de Directv estudiados por las cortes americanas, los tribunales desecharon la exten-

³⁵ Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III- Obligaciones*, 295.

sión de la cláusula arbitral a Directv por que la empresa no fue parte del contrato al momento de la suscripción del acuerdo, por lo que mal podría beneficiarse de la cláusula. No obstante, en nuestro criterio, la persona contra quien se está haciendo valer la cláusula arbitral sí aceptó y reconoció la cláusula en los términos redactados, aceptando que aplicaría incluso contra personas relacionadas de su contraparte. De esta forma, podríamos interpretar que el individuo/cliente/consumidor dio su aceptación abierta para arbitrar, solo basta el consentimiento de la otra parte – no signataria – para que la cláusula sea exigible. Para este supuesto tan especial, Frankel, bajo la visión del ordenamiento jurídico americano, explica que las cortes han sostenido que un no signatario no puede ser obligado ni tiene derecho a obligar al arbitraje.

Horton en una publicación en Columbia Law School³⁶, refiere a un contrato suscrito en una casa de cuidado que incluía una cláusula arbitral. Al morir la persona, la casa de cuidado quiso imponer la cláusula arbitral a los herederos. Horton discute si la cláusula podría abarcar a los herederos, no por los daños del contrato de cuidados, sino por los propios daños emocionales causados a los herederos por la muerte de su pariente, extendiendo la cláusula arbitral no sólo al paciente, sino a sus parientes.

En nuestro criterio, que coincide con el de Horton, es evidente que la casa de cuidado no puede forzar a los parientes a discutir controversias que no están relacionadas con el contrato de cuidados mediante arbitraje, ya que el paciente no podía obligar a familiares que no firmaron el contrato. Caso contrario sería si la controversia nace del contrato, ya que los parientes estarían reclamando subrogándose en la misma posición del paciente fallecido (por ejemplo, si la casa de cuidados debía una devolución de un monto pagado en exceso).

3. Infinitud en el tiempo

El asunto del tiempo o la vigencia de la cláusula tiene una particularidad especial.

Si lo pensamos detenidamente, en las cláusulas arbitrales tradicionales, el “tiempo” no es una variable que consideremos. No solemos preguntarnos por cuánto tiempo está vigente la cláusula porque ella está circunscrita a disputas derivadas de una relación jurídica en concreto.

Lo anterior está íntimamente relacionado con el principio de la separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral. Bajo dicho principio, “la cláusula arbitral contenida en un contrato es separable de éste y goza de una relativa autonomía o independencia, en virtud de la cual no se ve necesariamente afectada por las vicisi-

³⁶ David Horton, “The Case Against Infinite Arbitration Clauses,” *The CLS Blue Sky Blog*, Columbia Law School, consultado en <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2019/03/25/the-case-against-infinite-arbitration-clauses/>

tudes que puedan perjudicar la existencia o validez del contrato que la contiene”³⁷. Tal y como explica Caivano, tratar a la cláusula arbitral como accesoria del contrato que la contiene llevaría a situaciones absurdas porque es una cláusula “pensada para sobrevivir el contrato”.

Lo que expresa Caivano nos hace comprender, mucho mejor, el efecto del principio de separabilidad o autonomía, ya que sostiene que se trata de un acuerdo distinto que puede nacer y sobrevivir en forma independiente del contrato porque es un acuerdo que recae sobre el derecho de acción, no sobre los derechos y obligaciones del contrato que la contiene; haciendo referencia a Schwebel y Mayer, son dos negocios jurídicos distintos.

De acuerdo con lo anterior, si estuviésemos hablando de una cláusula arbitral tradicional contenida, por ejemplo, en un contrato de compraventa, aunque hayan pasado más de 15 años después de que el contrato se ejecutó, cualquiera de las partes podría acudir a arbitraje a pesar de que la reclamación se encuentre prescrita. Así como el derecho a acudir a la jurisdicción ordinaria no tiene un tiempo de vigencia, tampoco tendría que tenerlo el acuerdo de arbitraje. El derecho de acción siempre puede ejercerse,

independientemente de que el derecho se encuentre extinguido.

La diferencia entre una cláusula arbitral tradicional y una cláusula arbitral infinita, es que de la cláusula tradicional las disputas sólo podrán surgir de una relación jurídica en concreto, lo cual no sucede con la cláusula arbitral infinita. Esa es la razón por la que tenemos la sensación de que la cláusula es infinita, la misma sensación de Horton de estar ante una esclavitud. La realidad es, que ello persiste en toda cláusula arbitral, salvo que exista un acuerdo posterior o una renuncia al arbitraje por las partes.

4. Otras circunstancias complejas

No hay discusión en cuanto a la cantidad de circunstancias complejas que podría derivar este tipo de cláusulas, incluso en los casos que nos parecen aceptables. Por ejemplo, qué pasa si posteriormente se celebran otros contratos con cláusulas distintas o reconociendo la jurisdicción ordinaria ¿cuál debe prevalecer? ¿hay un mutuo disenso en cuanto a la cláusula arbitral infinita?

Uno de los casos que menciona Frankel es, en el marco de una relación de trabajo (que no tratamos ni estudiamos en este trabajo), ¿qué pasa cuando el empleador incluye dentro de las posibles partes a otros empleados? ¿entonces tendrías que arbitrar con compañeros de trabajo

³⁷ Roque Caivano, “El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene,” *Derecho y Ciencias Sociales*, no. 13 (octubre 2015): 13–39, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, FCJ y S, UNLP.

por disputas no derivadas de la relación de trabajo?

¿Qué pasa si la cláusula se pactó, no en una relación de consumo, pero sí entre una parte que es económicamente fuerte frente a la otra y puede imponer la cláusula?

III. Conclusiones

A lo largo del trabajo, discutimos varios aspectos clave relacionados con las cláusulas arbitrales infinitas. Analizamos el enfoque y opiniones de expertos en la materia desde el punto de vista del derecho americano, los cuales confrontamos con nuestra opinión del tema y su posible aplicación en el derecho venezolano. Discutimos sobre lo que para nosotros es la razón principal por la cual la cláusula tiene este carácter infinito en disputas, personas y tiempo: por la indeterminación de las relaciones jurídicas de donde pueden surgir las disputas.

En esta discusión, determinamos que los casos estudiados por los autores americanos ocurrieron en el marco de contratos de adhesión por bienes y servicios de consumo masivo (como es el caso de telefonía, banca, servicios turísticos, entre otros). Hicimos una diferenciación sobre la autonomía de la voluntad y el consentimiento entre contratos de adhesión suscritos en el marco de productos y servicios de consumo masivo y aquellos contratos que son objeto de negociación entre partes iguales, concluyendo que, si la cláusula arbitral infinita es impuesta en

el primer supuesto, en su aspecto infinito debería ser juzgada como abusiva.

Aunque reconocemos la validez de la cláusula arbitral infinita cuando es acordada entre partes sofisticadas, lo hacemos bajo la convicción de que la autonomía de la voluntad es una base fundamental de nuestro derecho continental y anglosajón. Dicho esto, no es una cláusula que en lo personal recomendaríamos suscribir. Es una cláusula problemática que puede dar lugar a situaciones de inseguridad jurídica por su indeterminación e imprevisibilidad.

A pesar de lo anterior, una vez acordada, no podemos suplir la responsabilidad y diligencia de las partes, especialmente cuando son sofisticadas, quienes deben estar atentos a este tipo de cláusulas y sus posibles consecuencias.