

# Cláusulas arbitrales abusivas y disuasivas en la economía digital

GALO MARTÍN MÁRQUEZ RUIZ<sup>1</sup>

## RESUMEN

Mientras que la economía incursiona en la industria digital, los derechos de los consumidores se restringen y el interés de las empresas por innovar se limita. Esto plantea disyuntivas con respecto a la validez, efectos y practicidad de las cláusulas arbitrales contenidas en los términos y condiciones de plataformas digitales, aplicaciones y servicios en línea. De manera desapercibida, se han introducido prácticas cuestionables en la redacción de estas cláusulas, limitando aún más derechos sociales que de por sí no siempre han encontrado resguardo en precedentes judiciales.

Este artículo comienza estableciendo una aproximación doctrinal sobre la aplicación de dichas cláusulas, dado que todavía no se establece un parámetro uniforme doctrinal para estudiarlas. A partir de ello, se analizan las cláusulas arbitrales en plataformas digitales, que en años recientes han sido sujetos a investigaciones por prácticas anticompetitivas. Mediante este análisis, se propone un mecanismo para el estudio de reclamos derivados de la relación entre empresas digitales y los consumidores, así como el uso de términos objetivos para resolver los problemas jurídicos que inevitablemente resultarán de esta interacción entre la economía digital, los derechos de consumidores y la competencia económica.

**Palabras clave:** Derecho Económico Internacional; Consumidores; Competencia económica; Plataformas digitales; Cláusulas abusivas y disuasivas; Tecnología; Arbitraje internacional; Daños consecuenciales.

## ABSTRACT

As the economy makes inroads into the digital industry, consumer rights are restricted and the interest of companies to innovate is limited. This raises questions regarding

\* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n57.05>

1 Forma parte del equipo en Arbitraje Comercial y de Inversión en Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez, S.C. Estudios en la Licenciatura en Derecho por el Tec de Monterrey, y cuenta con estudios adicionales en arbitraje internacional. Ha publicado en Kluwer Arbitration, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones del CIAMEN, el Boletín de Arbitraje de la ICC, entre otros. Correo-e: galommr@gmail.com

the validity, effects and practicality of arbitration clauses contained in the terms and conditions of digital platforms, applications, and online services. Unnoticed, questionable practices have been introduced in the drafting of these clauses, further limiting social rights that not always find support on judicial precedents.

This article begins by establishing a doctrinal approach on the application of such clauses, given the academic and doctrinal inactivity on these matters in the digital sector. Based on this, it analyzes arbitration clauses in digital platforms that in recent years have been subject to investigations for anti-competitive practices. Through this analysis, a mechanism is proposed for the study of claims arising from the relationship between digital companies and consumers, as well as the use of objective terms to solve the legal problems that will inevitably result from the interaction between digital economy, consumer rights and economic competition.

**Keywords:** International Economic Law; Consumers; Antitrust; Digital Platforms; Abusive and Deterrent Clauses; Technology; International Arbitration: Follow up Damages.

## INTRODUCCIÓN

“Como resultado, los consumidores son forzados a usar el servicio con una pobre privacidad o renunciar al servicio en su totalidad” (*Subcomité en Competencia Económica. Congreso de Estados Unidos, 2020*)<sup>2</sup>

Las empresas en el sector digital con mayor frecuencia redactan cláusulas arbitrales disuasivas y abusivas, que restringen los derechos de una multiplicidad de usuarios digitales. La economía digital se ha impregnado en prácticamente todos los mecanismos de solución de controversias. El arbitraje internacional no es la excepción. La interacción del arbitraje con la economía digital ha presentado abusos por parte de las empresas en contra de los consumidores en los procedimientos arbitrales. Esta situación únicamente resulta más sensible con nuevos sistemas digitales de solución de controversias, que pueden restringir los derechos de las partes. A pesar de ello, poco se ha estudiado al respecto y la doctrina únicamente ha planteado soluciones para contextos particulares<sup>3</sup>.

2 Subcomité en Competencia Económica de los Estados Unidos. *Investigation of Competition in Digital Markets. Reporte de la Mayoría y Recomendaciones del Subcomité en Derecho de la Competencia Económica, Comercial y Derecho Administrativo del Comité en la Judicatura* (2020), p. 18.

3 Por ejemplo, ver Jonathan, F. (2017), quien señala que, en el contexto de productos financieros, las empresas prefieren ofertar productos con cláusulas arbitrales, pero que esto no se replica en los contratos comerciales con partes no consumidoras. Por lo cual, la afirmación en el sentido de que el arbitraje presenta un medio de solución de controversias no pareciera, en una primera instancia, estar soportado en la preferencia de las empresas en el sector financiero en Estados Unidos.

Este artículo tiene dos ejes principales. Primero, aborda los abusos en el arbitraje del sector consumidor derivado del crecimiento de la economía digital [I]. Posteriormente, se analizan la intersección entre la economía digital, la competencia económica y el arbitraje [II].

## EL ARBITRAJE CONSUMIDOR EN LA ECONOMÍA DIGITAL

La economía digital gira en torno a los consumidores. De esta manera, los arbitrajes en el sector consumidor derivados de la actividad económica digital repercuten en la competencia económica, derechos sociales, libertad de comercio y la protección de datos de los usuarios de las plataformas digitales<sup>4</sup>.

En esta industria, las empresas *big tech*<sup>5</sup>, el alcance de sus servicios con menor grado se limita a una circunscripción territorial (Cristanto, Ehrentraud *et al.*, 2021, p. 3). Esto continuamente repercute en el arbitraje internacional en el sector consumidor. En particular, se ha producido un incremento en las cláusulas arbitrales disuasivas y abusivas [A]. Este fenómeno permite la disrupción del financiamiento de terceros (*Third Party Funding*) (TPF) y abre un nuevo mercado [B]. En consecuencia, hay una creciente aplicación de reclamos basados sobre la paranoia del debido proceso (*Due Process Paranoia*) [C] y de daños consecuenciales [D].

### Cláusulas arbitrales disuasivas

La economía digital ha fomentado la creatividad de las empresas respecto de las cláusulas de resolución de controversias que se incluyen en los términos y condiciones de sus servicios (Oksanen *et al.*, pp. 4 y 11)<sup>6</sup>. Algunos de estos desarrollos han derivado en cláusulas arbitrales disuasivas y abusivas para los consumidores.

Para analizar estas cláusulas en los contratos a los que muchos consumidores se pueden enfrentar en su día a día, se revisaron las cláusulas arbitrales en los términos y condiciones de algunas de las plataformas de prestación de servicios digitales más recurridas [ver Tabla 1]. Algunas de ellas, como Facebook y Amazon, se encuentran en revisión por las autoridades competentes dadas sus susceptibles prácticas

- 4 Para un análisis de la percepción en los consumidores del impacto de las plataformas en línea sobre sus derechos, ver, Consumer. Reps., Platform Perceptions: Consumer Attitudes on Competition and Fairness in Online Platforms (2020), <https://advocacy.consumerreports.org/wp-content/uploads/2020/09/FINAL-CR-survey-report.platformperceptions-consumer-attitudes-september-2020.pdf>.
- 5 Las empresas *big tech* se han considerado por el Bank of International Settlements como aquellas empresas emergentes de capacidades tecnológicas vastas. Crisanto, Ehrentraud *et al.* (2021).
- 6 Oksanen *et al* mencionan que, si bien se han creado directrices para evitar este tipo de prácticas, como la Directa 93/13/ECC del 5 de abril de 1993, estos esfuerzos se han mantenido limitados a materias como la compraventa de software.

antimonopólicas<sup>7</sup>. Otras, como Tinder y Uber, siguen siendo punto de discusión sobre la responsabilidad que deben tener dichas plataformas por los daños, lesiones e incluso muerte de sus usuarios (Burnson, 2021). Por último, el más reciente giro en la economía digital ha derivado en las criptomonedas<sup>8</sup> (Lin Lin, 2019, p. 26), donde las plataformas para su adquisición todavía no toman una postura firme en cuanto al uso del arbitraje para la solución de conflictos derivado de sus servicios.

TABLA 1. CLÁUSULAS ARBITRALES EN PLATAFORMAS DIGITALES

Empresa	Cláusula de arbitraje	Institución arbitral	Lugar del arbitraje	Costos	Renuncia a Acciones colectivas	Otras características
Facebook	✓	AAA	✗	Facebook asume costas si estas son menores a 75.000 USD	✓	N/A
Amazon México	✓	CANACO	Ciudad de México	Amazon asume costas menores a \$145.000	✓	El arbitraje es optativo, se puede presentar reclamo ante la PROFEQ o CANACO
Tinder	✓	JAMS	✗	Cada uno asume su parte, pero las costas de la demandada sí podrán ser transferidas al demandante	✓	El Árbitro debe modificar cláusulas injustas para permanecer en el arbitraje
Uber	✓	CCI	Ámsterdam, Países Bajos	N/A	✗	No permite procedimientos expeditos

- 7 La Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos alega que Facebook ha aplicado un mecanismo de compra-o-entierro de otras empresas, para romper a la competencia, después de fallidos intentos en innovar. Inclusive, citando al CEO de Facebook y a un accionista mayoritario, quienes durante el 2010 expresaron su preocupación por ser eclipsados por otra red. Para ver la discusión al respecto, visitar: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2021/08/ftc-alleges-facebook-resorted-illegal-buy-or-bury-scheme-crush>
- 8 El incremento en las transacciones con cryptos ha venido aparejado de riesgos. La asimetría en la información en inversiones es constante dada la necesidad de implementar tecnología de alto nivel para el estudio del mercado. Esto, en adición a la complejidad en el uso de blockchain como medio de seguridad en la transacción de cryptos. Al respecto, *ver*, Lin Lin (2019). *Venture Capital in the Rise of Crypto Economy: Problems and Prospects*. NUS Law Working Paper 2019/003, p. 26.

Empresa	Cláusula de arbitraje	Institución arbitral	Lugar del arbitraje	Costos	Renuncia a Acciones colectivas	Otras características
Airb&b	✓	JAMS (para usuarios en EU); CIETAC y SIAC (para usuarios en China); tribunales aplicables (para el resto de los usuarios)	✗	Cada parte podrá solicitar al árbitro que condene a la otra por las costas	✓	El Árbitro debe modificar cláusulas injustas para permanecer en el arbitraje
eBay	✓	AAA/ICDR	No se define, pero obliga a residentes fuera de EUA a que la audiencia sea en Salt Lake City, Utah.	eBay pagará las costas si este es menor a \$10.000	✓	La cláusula de arbitraje permite resolver conforme a Derecho o equidad. Lo cual, podría permitir un arbitraje ex aquo et bono. Además, se puede rechazar la cláusula arbitral dentro de los primeros 30 días al uso del servicio
Bitcoin	✓	✗	✗	N/A	✗	✗
Zoom	✓	AAA	✗	Si Zoom obtiene un laudo favorable, el consumidor deberá pagar las costas	✓	N/A

Empresa	Cláusula de arbitraje	Institución arbitral	Lugar del arbitraje	Costos	Renuncia a Acciones colectivas	Otras características
Snapchat	✓	AAA	✗	Snap asume las costas con respecto a la tasa de la institución arbitral. Si Snap inicia el arbitraje, Snap pagará todas las costas	✓	Si la AAA no está disponible, las partes deberán elegir un foro de arbitraje alternativo. La parte que inicie el arbitraje tiene elección sobre la modalidad específica.
Bumble	✓	JAMS	✗	Bumble pagará las costas si el árbitro determina que el usuario de la plataforma no puede costearlo	✓	Si JAM no está disponible, las partes escogerán otra institución arbitral

Fuente: Elaboración propia.

De la Tabla 1, es identificable una diversidad de opciones en el uso de cláusulas arbitrales digitales. Las posturas sobre múltiples aspectos no siguen una trayectoria común. Empezando por la distinción entre la asignación de costos desde la cláusula arbitrales, la sede del arbitraje, la institución arbitral, e inclusive sobre la renuncia al derecho de interponer acciones colectivas<sup>9</sup> (Nace, s.f.). Algunas de estas prácticas serán analizadas en posteriores apartados. En este sentido, previo a su análisis, es relevante definir qué constituye una cláusula arbitral disuasiva y abusiva.

La primera (cláusula disuasiva) puede ser comprendida como una cláusula arbitral que para su ejecución impone una carga procesal, económica o intelectual, excesiva para una de las partes (CAD)<sup>10</sup> (Valenti, 2016). Mientras que por la segunda (cláusula abusiva), se puede definir como una cláusula arbitral que en su ejecución, sitúa a una de

- 9 Esta creatividad se ha transmitido en un "pase libre" para que las empresas nieguen los derechos que los consumidores podrían exigir ante las cortes. Abriendo así una puerta lateral en derecho que puede resultar perjudicial para los consumidores. Nace, C. Arbitration Clauses in Consumer Contracts May soon be Banned. Paulson&Nace.
- 10 Esta especie de cláusulas son comunes en transacciones del día a día, como pagos con tarjetas de crédito, checaras, tarjetas de prepago, etc. (Valenti, 2016).

las partes en una ventaja sobre la otra, usualmente una ventaja procesal, dado el poder económico de la parte beneficiada sobre la otra CAA. Ahora bien, en el universo de la existencia de ambas, todas las CAA constituyen de facto CAD, pero no todas las CAD equivalen a una CAA. Esto sigue un factor causal. Si una cláusula arbitral está diseñada para favorecer procesalmente a una de las partes, la otra parte estaría disuadida en comenzar un arbitraje donde consta la ventaja procesal de la otra<sup>11</sup> (Walker), mientras que una CAD no necesariamente equivale a una CAA. Esto, porque las CAD pueden tener un efecto disuasivo para ambas partes, constituyendo un efecto disuasivo en doble sentido o en doble efecto (CAD en 2E)<sup>12</sup>, o puede producir efectos disuasivos en una sola vía, impactando y desincentivando a una sola parte –i.e. produciendo el efecto en un sentido– (CAD en 1E)<sup>13</sup>.

En consecuencia, una CAD en 1E sí constituye una CAA, porque de facto impondría una ventaja procesal en favor de la parte que no recibe el efecto disuasivo de la CAD en 1E. Mientras que una CAD en 2E no puede derivar en una CAA, dado que el efecto disuasivo es bilateral y ninguna se encontraría con una ventaja procesal. Al respecto de las CAD en 2E que no puede constituir una CAA, el Manual de Cláusulas de JAMS establece la posibilidad de implementar una cláusula arbitral sobre la "parte vencedora", donde los árbitros deberán condenar a la parte no vencedora de los costos legales razonablemente incurridos por la parte vencedora. En su razonamiento, JAMS considera que este tipo de cláusula "[t]iende a disuadir frívolos reclamos, reconveniones y defensas" (JAMS 1). Entonces, tenemos una CAD en 2E que no perjudica los derechos procesales de una de las partes y tampoco otorga una ventaja a la otra. Sin embargo, sí constituye una CAD, pues efectivamente disuadiría a una parte a demandar en arbitraje consciente de la frivolidad de su reclamo. Lo anterior, puede ser comprendido como:

$$\begin{aligned} \text{Si } \text{CAA} \Rightarrow \text{CAD en 1E y CAD en 1E} \Rightarrow \text{CAA, entonces:} \\ (\text{CAA} \Rightarrow \text{CAD en 1E}) \wedge (\text{CAD en 1E} \Rightarrow \text{CAA}), \text{ pero:} \\ \text{CAA} \neq \text{CAD en 2E} \end{aligned}$$

De la Tabla 1 podemos visualizar que una de las tendencias en cláusulas arbitrales en contratos y términos y condiciones digitales es precisamente la asignación de costos desde la cláusula arbitral. El arbitraje ha sido fervientemente atacado por los altos costos en su uso. Estos costos cobran mayor relevancia en la economía digital, donde los usuarios por lo general constituyen particulares que no podrían solventar los gastos administrativos de una disputa. Por ello, vemos que Facebook, Amazon, eBay, Snapchat y Bumble asumirán los gastos y costos del arbitraje, hasta cierto monto, con

- 11 La ventaja procesal más evidente en realidad deriva de una obligación de no hacer. Consistente en impedir que se planten acciones colectivas mediante cláusulas de arbitraje forzosas (Walker, 2015).
- 12 El término CAD en 2E representa la abreviación de "Cláusula Disuasiva en Dos Efectos".
- 13 El término CAD en 1E representa la abreviación de "Cláusula Disuasiva en Un Efecto".

tal de que el mecanismo de solución de controversias continúe siendo el arbitraje<sup>14</sup> (O'Reilly, s.f.). Algunos de ellos, como Snapchat, inclusive acuerdan asumir todos los costos si este es el que comienza el arbitraje en contra del usuario de la aplicación.

Por su parte, Bumble también asumirá los gastos si el árbitro considera que el usuario no los puede solventar. De esta última cláusula, no es identificable en qué momento se tomaría dicha decisión. Para comenzar el arbitraje, el usuario ya tendría que realizar una aportación inicial para JAMS. Esto sucedería previo a que sea seleccionado un árbitro y sucesivamente, previo a cualquier decisión que este pueda tomar. Ahora bien, incluso puede considerarse que cláusula arbitral dispone que dicha decisión sea determinada hasta el laudo que se pronuncie sobre el fondo. Forzando así al usuario a costear los gastos del arbitraje durante su transcurso. Por lo cual, sujeto a la ejecución de la cláusula arbitral de Bumble, es que esta puede ser o no, una CAA o una CAD.

De esta forma, las CAA y CAD producen un sinnúmero de situaciones procesales sujetas a debate. El análisis de la Tabla 1<sup>[15]</sup> provee una perspectiva nueva para estudiar las cláusulas complejas en su ejecución [1], cláusulas que demandan la renuncia a demandas colectivas mediante arbitraje [2] y cláusulas arbitrales unilaterales [3].

### *Cláusulas arbitrales complejas en su aplicación*

Navegar la implementación de una cláusula arbitral en su ejecución, puede resultar complejo incluso para alguien experimentado en la materia. La prestación de servicios digitales continúa presentando áreas grises. La mayoría de las jurisdicciones<sup>16</sup> ya han logrado regular las Fintech, que hasta recientemente planteaban en sí un área inexplorada en el derecho. Ahora, el creciente uso de las *Special Purpose Acquisition Companies* (SPACs)<sup>17</sup>, *blockchain*, sistemas de justicia descentralizados, plataformas para transaccionar cryptos, y las empresas unicornio<sup>18</sup> que tienden a utilizar plataformas digitales, deja a los consumidores en una economía de constante cambio e innovación<sup>19</sup> (EY

14 La asignación de costos de manera previa es práctica común. Inclusive, la Ley de Arbitraje de Japón de 2003, en su Art. 49(1) prevé que los costos serán asignados de manera proporcional entre las partes de conformidad con el acuerdo entre las partes. (O'Reilly, s.f., p. 4).

15 Ver, Tabla 1. Cláusulas arbitrales en plataformas digitales.

16 Por ejemplo, el Banco Mundial señala que de un estudio de 200 países, 167 cuentan con regulación sobre protección de datos, 103 regulan tangibles virtuales, 128 regulan identificación digital en las transacciones, y 44 regulan financiamiento digital abierto. Ver, Global Fintech-enabling regulations database (2021).

17 Una SPAC es una entidad organizada para levantar capital en una oferta pública inicial (IPO), con el objeto de identificar y adquirir una o más empresas operativas en el mercado. Para un estudio sobre las características de una SPAC (ver Krus & Bulkin, 2019).

18 El término "empresas unicornio" alude a las *startups* cuyo valor es superior a los mil millones de dólares (Morrilla, 2018, p. 79).

19 Conforme al reporte de EY, las proyecciones actuales del mercado prevén un incremento de US\$1b + para ofertas públicas iniciales, que incluye tecnológicas como unicornios, SPACs, e-commerce, y en general una gama considerable de empresas en el ramo tecnológico. Ver, *EY Report. How can the opportunities to go public be seized, not lost?*, p. 8.



*Report*), donde, dada la competencia en la industria, las políticas públicas no alcanzan a regular a la economía digital con suficiente celeridad<sup>20</sup>.

En este sentido, encontramos que industrias tecnológicas innovadoras, también se han planteado cláusulas arbitrales innovadoras, que en su aplicación, resultan complejas<sup>21</sup> (Tevendale *et al.*, 2015). Entre ellas, existe una tendencia a forzar a los consumidores a mantenerse en el arbitraje, incluso si la cláusula arbitral es declarada nula e ineficaz en los términos pactados<sup>22</sup> (Barbara, 2014). Para evitar que una corte local declare nula una cláusula arbitral por ser una CAD o una CAA, Tinder y Airbnb establecen que el árbitro debe modificar cláusulas injustas para permanecer en el arbitraje, al señalar lo siguiente:

El arbitraje se regirá por las Reglas y Procedimientos de Arbitraje Simplificado de JAMS (las "Reglas de JAMS"), según lo modificado por estos Procedimientos de arbitraje. Si existe alguna discrepancia entre las Reglas de JAMS y estos Procedimientos de arbitraje, prevalecerán los Procedimientos de arbitraje. Sin embargo, si el Árbitro determina que la aplicación estricta de cualquier término de los Procedimientos de arbitraje resultaría en un arbitraje fundamentalmente injusto (el "Término injusto"), el Árbitro tendrá autoridad para modificar el Término injusto en la medida necesaria para garantizar un arbitraje fundamentalmente justo y compatible con estos Procedimientos de arbitraje (el "Término modificado")<sup>23</sup>.

En su aplicación, las cláusulas anteriores y otras similares, plantean múltiples incógnitas. La cláusula arbitral extiende las facultades y poderes de un árbitro a un punto inexplorado. Si bien los árbitros tienen la facultad de resolver su propia competencia (principio Kompetenz-Kompetenz)<sup>24</sup>, la cláusula de Tinder y Airbnb le otorga la oportunidad para

- 20 A este aspecto característico de las políticas públicas en la competencia y libre concurrencia en el sector digital, se le considera un rezago dada la idea en lugares como Silicon Valley de "moverse rápido y romper cosas". Ver Wheeler, Verveer, *et al.* (2020). The need for regulation of big tech beyond antitrust. Brookings.
- 21 Hay una divergencia en la doctrina en lo que constituye una cláusula arbitral compleja. Mientras que Bernard Honotiau entiende por complejo una cláusula que involucra múltiples partes o contratos, Tevendale y Ambrose lo asimilan a cláusulas escalonadas con múltiples medios de solución de controversias secuenciales (Tevendale *et al.*, 2015, p. 31).
- 22 Los poderes de un árbitro son amplios. En ocasiones, incluso exceden a aquellos otorgados a las cortes locales. Un ejemplo de ello es su capacidad para resolver *ex aequo et bono*, lo cual, en ciertas jurisdicciones, es una facultad no delegable a las cortes. Si el tribunal arbitral puede hacer determinaciones sobre el arbitraje, en aquellos puntos no previstos por las partes, o modificar un contrato en caso de fuerza mayor, de otorgársele el poder, estos también podrían modificar la cláusula arbitral (Ver, Barbara, 2014).
- 23 La cláusula arbitral reproducida pertenece a los términos y condiciones de Tinder.
- 24 El principio kompetenz-kompetenz permite que los árbitros tengan la libertad de determinar su propia jurisdicción sustantiva conforme al propio acuerdo arbitral, incluyendo la validez del propio acuerdo arbitral. Para una discusión sobre el alcance de este principio, ver, Salifu, B. (2019, p. 172).

que, incluso si la cláusula arbitral es inoperante o ineficaz por cuestiones de "justicia", el árbitro pueda modificar con el objeto de volver arbitrable la disputa.

La facultad anterior no debería habilitar al árbitro al extremo de volver arbitrable una disputa que por materia no es susceptible de someterse a arbitraje. Un árbitro no puede, independientemente de cómo modifique la cláusula, convertir algo que no es arbitrable en arbitrable<sup>25</sup>. Sin embargo, el árbitro sí podría trasladar el lugar del arbitraje a otra jurisdicción de considerarlo "justo". La cláusula de Tinder y Airb&b le otorga facultades tan amplias, que no se percibe una limitante para modificar el lugar del arbitraje. Consideremos un país donde las acciones colectivas no son arbitrables. La empresa tecnológica tiene un poder sustancial e inclusive existen reportes de posibles actos de corrupción entre la empresa y la judicatura. El árbitro podría, por ejemplo, modificar la cláusula arbitral para que la sede del arbitraje fuera Estados Unidos, donde las acciones colectivas sí son arbitrables, apelando a la justicia de evadir las cortes en el país de origen<sup>26</sup> (Getman, 1979).

La precitada cláusula de Tinder y Airb&b impone dos limitantes. La primera, consistente en que la modificación debe estar sujeta a una noción de obtener o restablecer "justicia". La segunda limita dicha facultad a lograr "permanecer" en el arbitraje. Esto implica que una CAA, a pesar de otorgar una ventaja a una de las partes, no podría ser modificada, pues el objeto de dicha modificación no versaría sobre la permanencia de las partes en el arbitraje. Otro aspecto de relevancia consiste en la naturaleza de dicha cláusula. Si el árbitro toma una decisión para modificar la cláusula arbitral, dicha decisión entraña una especie de decisión *ex aequo et bono* por parte del árbitro<sup>27</sup> (Lazic, Palermo *et al.*, 2020). Esto podría establecer una cláusula favorable para los consumidores. El árbitro puede modificar términos de los costos, lugar del arbitraje, y periodos excesivos de producción de documentos para no imponerle una carga excesiva al usuario.

25 Esto, probablemente constituiría un exceso de las facultades del árbitro. Un árbitro debe emitir un laudo ejecutable. Por lo cual, de asignar una jurisdicción diversa con volver arbitrable la disputa, pondría en perjuicio la eventual ejecución del laudo en caso de que una corte en otra jurisdicción se considere competente. De esta manera, se abriría la posibilidad para que múltiples cortes se declaren competentes para conocer de la nulidad del laudo. Si bien las cortes no constituyen una etapa de apelación, el cambio en jurisdicción es un aspecto procesal difícil de pasar por desapercibido.

26 Recientemente, en *Henry Schein Inc. v Archer and White Sales Inc*, la Suprema Corte de Estados Unidos confirmó que las acciones colectivas son arbitrables, aunque dicha determinación deberá ser resulta por una corte y no un árbitro, en casos en que no exista una "clara e inequívocamente" decisión en que dicha decisión le competa al árbitro. (*Tomasich & Firestone*) En otras materias de carácter social, las cortes de Estados Unidos también han analizado la intersección entre derechos de libre disposición, la aplicación de un foro fuera de la intervención estatal y la dificultad de reconciliar derechos laborales con el derecho de reunión y comenzar un sindicato, también han situado un gran estrés sobre este tipo de arbitrajes (Getman, s.f.).

27 Los arbitrajes *ex aequo et bono* se pueden considerar como mecanismos que fomenten impredecibilidad, discreción excesiva y abuso de poder. Mientras que estas características pueden parecer inherentemente reprochables, en disputas contra consumidores, los poderes del árbitro pueden asistir a balancear el desequilibrio económico entre las partes. Ver, Lazic, Palermo *et al.* (2020, p. 49).

La cláusula arbitral de Tinder y Airb&b no constituye *per se* en un arbitraje *ex aquo et bono*. Por el contrario, eBay sí establece que el arbitraje se debe resolver conforme a "derecho o equidad". La diferencia entre las cláusulas de Tinder y Airb&b y la de eBay se debe a que las primeras no permiten resolver el fondo de la disputa sobre nociones de justicia y equidad, mientras que la de eBay sí lo permite. Para un consumidor, posiblemente es más favorable la primera que la segunda, en el sentido de que la primera permite que el árbitro evite dejar al usuario o consumidor en una posición procesalmente desventajosa.

Snapchat y Bumble toman una posición similar. El primero dispone que, si la AAA no está disponible –sin especificar qué se entiende por "no disponible"–, las partes deberán escoger un foro de arbitraje alternativo. Mientras que Bumble dispone que, si JAMS no está disponible, las partes escogerán otra institución arbitral. Dichas cláusulas, en consideración de este autor, susceptiblemente atentan contra el principio de consensualidad del arbitraje, pues no es posible para las partes prever las implicaciones del eventual foro arbitral al que se vayan a someter. En cuanto a la cláusula de Snapchat, no es distinguible qué implica un foro de arbitraje alternativo. Esto podría permitir a las partes proceder tanto en arbitraje institucional como arbitraje *ad hoc*. Por el contrario, es argumentable que la cláusula de Snapchat equipara a un "foro" con la AAA, y que, por lo tanto, solamente se podría optar por una institución arbitral y no un arbitraje *ad hoc*. Situación por la que la cláusula de Bumble demanda expresamente que la alternativa sea otra institución arbitral.

Ambas cláusulas precitadas ponen en perjuicio su ejecución. Si una de las partes se rehusara a acordar el arbitraje en otra institución arbitral, una corte local podría encontrar múltiples dificultades para escoger la institución arbitral, ya que se podría considerar que al imponer una institución arbitral se estaría violando el consentimiento de la parte negante a arbitrar. Si bien en los contratos de adhesión el usuario no tiene capacidad de negociarlos, la cláusula de Snapchat expresamente señala que ante la "indisponibilidad" de la institución arbitral, "las partes" escogerán otro foro arbitral, permitiendo así una eventual participación por parte del usuario en la negociación de la cláusula arbitral. De esta forma, ante una negativa por parte del consumidor en acordar otra institución arbitral, sería cuestionable si esto pudiera producir la ineficacia del acuerdo arbitral, o incluso la eventual nulidad del laudo arbitral si la empresa opta unilateralmente por el foro o si dicho foro es electo por un juez. Ahora bien, dicho razonamiento, en consideración del autor, podría exceder nociones básicas de la aplicación del Derecho. Por lo cual, esto podría conllevar un incremento en la dificultad para que un usuario o un consumidor ejerciten los mecanismos de solución de controversias en las cláusulas arbitrales en plataformas y aplicaciones digitales. La complejidad de una cláusula es en sí una traba para la ejecución de la cláusula arbitral, desincentivando a los usuarios de utilizarla.

### *Cláusulas arbitrales prohibitivas sobre las acciones colectivas*

Otro denominador en común de las cláusulas objeto de la Tabla 1 es la renuncia al derecho de demandar colectivamente<sup>28</sup> (Smith, 2001). El presente estudio no pretende hacer un análisis sobre la arbitrabilidad de esta renuncia, al limitarse a la detección de una CAA o CAD. La renuncia a las acciones colectivas es el ejercicio de la libre disposición de los derechos de los consumidores<sup>29</sup>. Como Sternlight y Jensen (2004) apuntan: "El intento de las empresas para evitar exponerse a acciones colectivas mediante arbitraje da surgimiento a preguntas tanto legales como de política [pública]" (p. 76). Esta renuncia, en principio, satisface todas las condiciones para la renuncia del derecho a someter una disputa a la jurisdicción ordinaria. Entonces, las jurisdicciones que acepten la renuncia de una acción colectiva deberían de permitir la arbitrabilidad de disputas entre consumidores y empresas en el sector digital.

Todos los términos y condiciones revisados, con excepción de Uber y Bitcoin, disponen de alguna manera que los usuarios han de renunciar al derecho de interponer acciones colectivas. En algunos de ellos, se enfatiza que las partes expresamente acuerdan someter al arbitraje reclamos entre estos dos, y no entre algún otro usuario. Sujeto a la redacción de la cláusula, la renuncia a interponer una acción colectiva se puede entender en dos supuestos distintos. El primero, en el sentido de renunciar al derecho de presentar una acción colectiva tanto en un foro judicial como arbitral, y la segunda, la renuncia a interponer una acción colectiva exclusivamente en un foro arbitral. Esta última puede derivar de una redacción de la cláusula no intencional, donde una estricta interpretación implicaría que el usuario sí pudiera interponer una acción colectiva, pero no mediante la vía arbitral.

El propósito de una acción colectiva, consistente en permitir a múltiples demandantes presentar un reclamo en nombre de la colectividad de afectados similares, nivelaría una situación donde se implemente una CAA. Esto, porque si una cláusula abusiva beneficia a la parte con mayor poder económico, la colectividad de los demandantes podría contraponerse a dicho poder. Por ello, en jurisdicciones innovadoras en el sector digital, como Corea del Sur, el uso de las acciones colectivas en el arbitraje se ha debatido en el plano doctrinal (Kim y Jun Jung, 2021). Sin embargo, la mayoría de las jurisdicciones requieren de una cantidad mínima de demandantes para certificar una acción colectiva. Por ejemplo, la nueva iniciativa de ley en Francia propone un

28 Las acciones colectivas, por lo general, prevén el medio económico más viable para interponer los reclamos derivados de violaciones a derechos de consumidores. Los daños potenciales pueden ser mínimos para litigarlos individualmente. Por lo cual, una acción colectiva puede ser el mecanismo idóneo para exceder las trabas que una cláusula arbitral pueda interponer (Smith, 2001, p. 1.217).

29 La renuncia a una acción colectiva, de ser permitido por la jurisdicción, por lo general se considera que deriva de la voluntad contractual de los consumidores. En consecuencia, el principal argumento en contra de estas cláusulas radica en que los consumidores no pueden "acumular" sus reclamos, lo cual se considera esencial para proteger los derechos de los consumidores. Para una discusión al respecto, ver Glover (2006, p. 1.747).

mínimo de 100 consumidores para certificar, habiendo cumplido otras condiciones, una acción colectiva<sup>30</sup>. De esta forma, en consideración de la suma de factores disuasivos, esto pudiera resultar en una CAD. Con independencia de si la renuncia debiese ser arbitrable o no, la enseñanza consiste en que la renuncia al derecho a presentar una acción colectiva constituye un aspecto susceptiblemente disuasivo para el consumidor. Por ello, corresponderá a los poderes legislativos –para el caso de regular– o a las cortes que conozcan del reconocimiento, ejecución y nulidad de un laudo arbitral, el evaluar con una perspectiva holística si la implementación de dichas prácticas debe ser tolerada o no por la sociedad.

### *Cláusulas arbitrales unilaterales en el mercado digital*

A pesar de los beneficios procesales que pueden tener, las cláusulas arbitrales unilaterales no han tenido la proliferación en los términos y condiciones en el mercado digital que sí han tenido las cláusulas de renuncia a acciones colectivas. Las cláusulas arbitrales unilaterales son aquellas que otorgan un beneficio procesal a exclusivamente una de las partes. Dicha ventaja, por lo general, consiste en la posibilidad de que una de las partes pueda demandar en arbitraje y la otra, no. Por ello, se han categorizado como cláusulas desiguales y abusivas.

Peculiarmente, de las cláusulas analizadas en este artículo no parece que su implementación en la industria digital sea algo cotidiano. Esto puede derivar del interés de las empresas en que sus disputas sean efectivamente resueltas mediante arbitraje. Por lo cual, no sería benéfico que los arbitrajes instaurados a instancia del consumidor puedan ser o no, resueltos ante las cortes jurisdiccionales locales. Ahora bien, estas cláusulas han sido principalmente implementadas en arbitrajes en materia laboral en Estados Unidos (Zelst, 2018, p. 81). En el sector del consumidor digital, la aplicación de este tipo de cláusulas deberá tomar en consideración los aspectos sociales de los derechos del consumidor al optar por la validez o la nulidad de la cláusula arbitral<sup>31</sup>. De esta manera, las cortes en Estados Unidos probablemente ejecutarían una cláusula de esta naturaleza, dado que otros derechos sociales, como los laborales, se le han considerado de libre disposición y, por lo tanto, arbitrables.

Los derechos contrapuestos ante una cláusula unilateral consisten en, por un lado, la libertad contractual o la voluntad de las partes y, por otro, la equidad de las partes en el proceso. La voluntad de las partes es el corazón del arbitraje. Sin embargo, esta tiene justificadas limitantes. Una de ellas son los abusos procesales, que se pueden traducir en inequidades procesales que inclusive actualizan alguno de los supuestos previstos

30 El 17 de octubre de 2018, varios miembros del parlamento en Francia, propusieron una iniciativa de ley para regular las acciones colectivas que, para abril de 2021, todavía quedaba pendiente de ser aprobada. Ver Valencon & Boucaert, (2021).

31 Como ha señalado la United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), la protección al consumidor se basa en la premisa del derecho a participar en decisiones sociales y económicas. Manual on Consumer Protection (2018, p. 5).

en el Art. 34 de la Ley Modelo UNCITRAL, pudiendo derivar en la nulidad de un laudo. En una primera aproximación, la voluntad de las partes para fijar jurisdicciones, ley aplicable, moldear el procedimiento arbitral, determinar la sede del arbitraje y en general moldear la cláusula arbitral, no es controvertido. Las partes tienen el derecho y, de negarse, se perdería la flexibilidad del procedimiento.

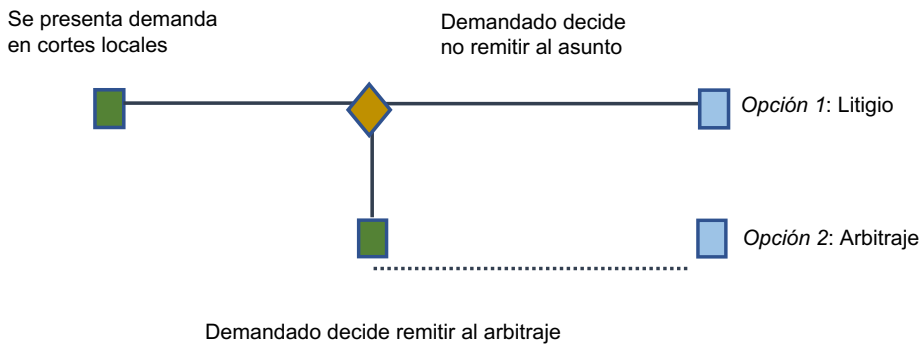
No obstante, se debe identificar el origen de la falla en la equidad procesal. Este radica en la posibilidad o no de interponer una solicitud de arbitraje. La solicitud de arbitraje y la contestación a la solicitud de arbitraje, sin duda, son parte de un procedimiento predispuesto en la mayoría de los reglamentos de arbitraje. No obstante, el "acto" mediante el cual se plantea la solicitud consiste en una especie de impulso que puede dar comienzo al arbitraje. Entonces, se debe definir primero si el "interponer" la solicitud, no la solicitud en sí, solo la "acción de" comenzar un arbitraje, es parte del procedimiento arbitral. Para determinar esto, se puede aplicar una aproximación amplia (i) o una aproximación acotada (ii) de la equidad procesal en el arbitraje. La aproximación amplia falla en favor de la validez de este tipo de cláusulas.

El argumento más persuasivo encuentra su fundamento en la Ley Modelo UNCITRAL. Al respecto, el Art. 18 establece que "deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos". Dicha disposición se encuentra dentro de dos subtítulos. El primero, denominado "Capítulo V. Sustanciación de las Actuaciones Arbitrales", y un segundo, denominado "Trato equitativo de las partes". Por lo tanto, la igualdad procesal se encuentra dentro de aquello que la Ley Modelo UNCITRAL considera como parte del procedimiento. Esta interpretación de la Ley Modelo UNCITRAL no es sostenible, por lo menos conforme a la propia Ley Modelo UNCITRAL. La primera nota al pie de página de la Ley Modelo UNCITRAL dispone que "los epígrafes de los artículos se han incluido para facilitar la referencia únicamente y no deberán utilizarse para fines de interpretación". Entonces, los títulos no justifican la nulidad de la cláusula arbitral.

Además, sería incorrecto asumir que solo lo dispuesto en el Capítulo V de la Ley Modelo UNCITRAL regula el procedimiento arbitral. El Capítulo II regula el acuerdo arbitral, que en este caso sería el aspecto relevante. La "supuesta" inequidad es lo controvertido y, por ello, la "equidad" procesal prevista en otra disposición puede no ser suficiente. El Capítulo III regula la composición del tribunal arbitral, un acto posterior, ya dentro de un arbitraje instaurado. El Capítulo IV regula la objeción al tribunal arbitral, también un acto intraprocesal. Entonces, las disposiciones no pueden ser entendidas en el sentido de que el Art. 18 de la Ley Modelo UNCITRAL no es aplicable al resto de los capítulos. Ello sería considerar, por ejemplo, que solo una de las partes puede recurrir a un árbitro dependiente y parcial. En todo caso, el Art. 21 dispone que "[l]as actuaciones arbitrales [...] iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento a someter esa controversia a arbitraje". Entonces, el acto de interponer la solicitud, por lo menos conforme a la Ley Modelo UNCITRAL, no es parte del procedimiento arbitral.

Esto no implica que se deban arbitrar disputas en materia del sector consumidor digital, ya que ello escapa del objeto de esta sección. Sin embargo, de ser arbitrable la materia, una cláusula unilateral debería ser válida y ejecutable. Una práctica abusiva, que sí debiera tener un carácter prohibitivo, es una cláusula arbitral que permite que una sola de las partes reclame mediante arbitraje, y que incluso le permita atraer un asunto ya interpuesto por la otra parte ante cortes locales, para que este sea remitido al arbitraje. En dicho caso, la otra parte, como se refleja en el Esquema 1, siempre estaría sujeta a la decisión de arbitrar o no de la otra parte.

ESQUEMA 1. EJERCICIO DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL UNILATERAL



Fuente: Elaboración propia.

A diferencia del argumento basado en la Ley Modelo UNCITRAL, el último escenario consistente en la facultad unilateral de una de las partes en solicitar la remisión al arbitraje interpuesto por la otra ante las cortes sí establece una notoria desventaja procesal. Si queda a elección de una de las partes el comenzar un arbitraje, ello constituiría una CAA y una CAD en 1E. Esto no debería ser tolerado, pues se permitiría que la parte con la ventaja procesal opte por arbitrar cuestiones que tal vez su contraria no hubiera optado en otras circunstancias. Esto viciaría el laudo arbitral y tendría que derivar en su eventual nulidad. Un laudo anulado o imposible de ejecutar sería sumamente gravoso para un consumidor que dispute contra un gigante de la industria digital.

### Financiamiento de terceros en arbitraje del sector consumidor

Los TPF arribaron al mercado para quedarse, aunque su uso se ha distanciado de su propósito original (Howie & Moyse, 2019, p. 472). Inicialmente, el TPF se autopromocionaba como el medio para obtener más Davids vs. Goliat, donde el TPF financia a David en contra de su oponente. Sin embargo, en la práctica el TPF se ha utilizado como un "crédito" para empresas que, si bien tienen los recursos económicos para

financiar el arbitraje, optan por utilizar dichos recursos para los gastos de la empresas y no del arbitraje.

Esta nueva industria se encontrará pronto con un nuevo mercado: la economía digital. Dicho mercado tendrá un incremento en los usuarios del arbitraje cuando las autoridades administrativas comiencen a sancionar con mayor entendimiento de la economía digital y las empresas tecnológicas.

Ante este nuevo e inexplorado mercado, se determina la posibilidad para que el TPF funja como una alternativa que otorgue un equilibrio a las CAA y las CAD. En *Uber vs. Heller*, la Suprema Corte de Canadá (SCC) abrió en el año 2020 la posibilidad por primera vez a este mercado. Heller presentó la acción colectiva ante las cortes locales de Canadá. Por su parte, Uber solicitó la suspensión del juicio y remisión al arbitraje. En su razonamiento, la SCC determinó que

Aplicando la doctrina de la desprotección en este caso, hubo una clara desigualdad de poder de negociación entre Uber y [Heller]. El acuerdo de arbitraje formaba parte de un contrato estándar y no se podía esperar que una persona en la posición de [Heller] entendiera que la cláusula de arbitraje imponía un obstáculo de 14.500 dólares para la reparación. La improcedencia de la cláusula de arbitraje también es clara porque estos honorarios se acercan a los ingresos anuales de [Heller] y son desproporcionados con respecto a la magnitud de un laudo arbitral que podría haberse previsto razonablemente cuando se celebró el contrato.

El respeto por el arbitraje se basa en que es un método rentable y eficiente de resolver disputas. Cuando el arbitraje es realmente inalcanzable, equivale a no tener ningún mecanismo de resolución de conflictos. En este caso, la cláusula de arbitraje es la única forma que se le permite a [Heller] de reivindicar sus derechos en virtud del contrato, pero el arbitraje está fuera del alcance de él y de otros conductores en su situación. Sus derechos contractuales son, por tanto, ilusorios<sup>32</sup>.

Es notable que la cláusula objeto en *Uber vs. Heller* es la misma cláusula arbitral que hoy subsiste en los términos y condiciones de las aplicaciones de Uber. En su análisis, la SCC consideró que se requieren de dos condiciones para actualizar la teoría de lo inadmisibles (denominada como *doctrine of unconscionability* en derecho comparado): primero, la inequidad en el poder de negociación entre las partes, y segundo, los costos imprevistos del arbitraje (Tlacuilo, 2020).

Como señaló el Grupo de Trabajo ICCA-Queen Mary sobre Financiación por Terceros, el TPF se ha desarrollado de forma gradual pero constante en el arbitraje internacional<sup>33</sup> (Reporte ICCA n.º 4). Mientras que la doctrina de la desprotección se

32 Véase, *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, Disponible en: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/18406/index.do>

33 Reporte ICCA n.º 4. El Grupo de Trabajo ICCA-Queen Mary sobre Financiación por Terceros fue desarrollado por el *International Council for Commercial Arbitration*. Este fue dirigido por Stavros Brekoulakis, William W. (Rusty) Park y Catherine A. Rogers.



basa en la idea de que una cláusula de arbitraje es frívola, el TPF ha sido respaldado por su capacidad para favorecer el acceso al arbitraje. TPF no promueve los juicios frívolos. Por el contrario, su concepción moderna es que permite que “[u]n demandante puede atraer los recursos y la experiencia necesarios para litigar o arbitrar la reclamación” (H. van Boom, 2011, p. 3).

En el caso *Uber contra Heller*, la cláusula de arbitraje exigía un arbitraje bajo las reglas de la CCI, con sede en Ámsterdam, y una tasa administrativa para iniciar el procedimiento de 14.500 dólares. Los ingresos anuales de Heller se acercaban a esta cantidad, sin contar los gastos de viaje a Ámsterdam y los honorarios de los abogados. A pesar de ello, el caso de Heller podría haber sido una inversión atractiva para un tercero financiador, ya que reclamaba 400 millones de dólares por daños y perjuicios. A modo de comparación, DeepNines, una empresa de seguridad con sede en Texas, obtuvo un préstamo de 8 millones de dólares de un tercero financiador, que se tradujo en un acuerdo de 25 millones de dólares (Rickard, 2014). El tercero que financió a DeepNines recibió más de 10 millones de dólares a cambio. Aunque los terceros financiadores no invierten habitualmente en litigios con escaso potencial de indemnización por daños y perjuicios, el caso de Heller, debido a la cuantía reclamada, podría haber sido atractivo porque representaba un posible alto rendimiento de la inversión.

Sin embargo, el fondo del asunto –pertinente cuando un tercero financia una inversión– no habría favorecido a Heller. El SCC determinó que el “acuerdo declara expresamente que no crea una relación laboral”. Por tanto, el argumento de Heller en cuanto a que la Ley de Normas Laborales de Ontario<sup>34</sup> concede beneficios a los conductores del servicio de reparto de Uber podría no ofrecer buenas perspectivas de éxito a los posibles inversores.

Ahora bien, otro argumento consiste en que los inversores “no parecen invertir en los tipos de casos en los que los demandantes necesitan acceso a la justicia”, y este se centra en una sola idea: que las partes solo buscan la financiación de terceros porque podrían preferir utilizar sus activos existentes para promover sus actividades de inversión, pero no en el arbitraje *per se*. El sector debería rechazar este último argumento. Si bien es cierto que los financiadores invierten en casos con “los escenarios más probables de éxito” y con altas indemnizaciones potenciales, estos criterios no se correlacionan con los casos que necesitan acceso a la justicia. La falta de acceso a la justicia no es equivalente a una baja indemnización por daños y perjuicios o a demandas sin fundamento. Una explicación más probable de una menor inversión en casos relacionados con el acceso a la justicia sería la falta de conocimiento del potencial demandante para solicitar dicha financiación.

La SCC declaró que no es razonable imponer la carga de las costas improcedentes como condición para el arbitraje a una parte que no puede financiar su fracción del procedimiento<sup>35</sup>. Sin embargo, ¿cómo cambiaría este análisis si el demandante pudiera

34 La denominación original de la ley es “Ontario’s Employment Standards Act 2000, S.O. 2000, c. 41”.

35 *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16, ¶ 47.

obtener financiación de terceros? ¿Seguiría siendo la cláusula desproporcionada? El factor relevante para liberar al demandante de una cláusula de arbitraje improcedente es si el demandante no podría haber reconocido las implicaciones de dicho acuerdo. En este sentido, la SCC determinó que esto es apropiado cuando "no se podía esperar que una persona en la posición de Heller apreciara las implicaciones financieras y legales de la cláusula de arbitraje"<sup>36</sup>. Por lo tanto, debe haber una falta de conocimiento de las consecuencias del acuerdo de arbitraje por una de las partes antes de que se declare su invalidez.

Como ejemplo para evitar este resultado, en el caso *AT&T Mobility v. Concepcion* del año 2011<sup>[37]</sup>, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (SCOTUS) declaró parcialmente inválido un acuerdo de arbitraje, solo hasta las características, que eran improcedentes. En dicho caso, el acuerdo de arbitraje establecía que cualquier parte que presentara una reclamación contra AT&T tendría que pagar a AT&T las costas de sus honorarios de abogado, independientemente del resultado del arbitraje. El SCOTUS observó la injusticia de dicha condición y determinó que era inoperante, al tiempo que mantenía el arbitraje como el procedimiento adecuado en cuanto al fondo. Gary Born (2012) señaló que podría no haber sido declarada inoperante en absoluto si AT&T hubiera sido más cuidadosa en la redacción de su cláusula de arbitraje. Del mismo modo, en el caso *Uber v. Heller*, algunas modificaciones en la redacción, como una cláusula de arbitraje más notoria en un acuerdo estándar, podrían haber salvado la cláusula de arbitraje.

Si la cláusula de arbitraje de *Heller* hubiera exigido el arbitraje en Canadá en lugar de en los Países Bajos, el resultado pudo haber sido diferente. Canadá es conocida por ser una jurisdicción favorable a la financiación de terceros, en particular con los procedimientos colectivos como la demanda de *Heller*. Por lo tanto, *Heller* podría haber tenido acceso a múltiples financiadores de litigios internacionales, reduciendo la posibilidad de que la cláusula de arbitraje fuera calificada como improcedente.

Supongamos que la cláusula de arbitraje hubiera exigido que cualquier parte que no pudiera pagar el arbitraje tuviera que intentar primero obtener financiación. En ese caso, la cláusula de arbitraje podría haberse mantenido como válida, independientemente de que Ámsterdam fuera la sede del arbitraje. Como dijo el juez Coté en una opinión disidente en el caso, la sede del arbitraje no es sinónimo del lugar de las audiencias. Además, hoy más que nunca, comprendemos la utilidad de las audiencias en línea en el arbitraje.

La inclusión de TPF antes de determinar su legitimidad en una cláusula de arbitraje desarrollaría la doctrina de la desprotección en un concepto más concreto, tendría efectos favorables al arbitraje y evitaría las tácticas dilatorias. TPF podría aclarar el papel del "poder de negociación" en las cláusulas desleales. Asumir que todas las cláusulas de arbitraje que no son negociables son desleales concluiría que todos los

36 *Ibidem*, ¶ 3.

37 *AT&T Mobility LLC v. Concepcion et ux.* Suprema Corte de Estados Unidos. 09-893 (2010).

contratos de adhesión y la mayoría de los contratos de concesión no son arbitrables. Esto último no debería ser así.

La financiación por terceros en este contexto abogaría por el uso de inversiones en litigios, al tiempo que alentaría a las partes a inscribirse en procedimientos arbitrales. El carácter sensible a los hechos de la desprotección daría margen para que el TPF se incluyera caso por caso. Solo la posición particular de un demandante desencadenaría la desestimación y no una percepción ambigua de que todas las cláusulas unilateralmente gravosas son automáticamente inválidas.

A este respecto debemos tener en cuenta, por último, las siguientes cuestiones: ¿Y si la cláusula de arbitraje hubiera reflejado las costas de las tasas administrativas y de presentación? ¿Y si la cláusula de arbitraje exigiera o sugiriera que las partes que no pudieran iniciar el arbitraje debían buscar una financiación de terceros antes de acudir a los tribunales locales? En consecuencia, ¿se habría visto obligado Heller a buscar financiación para su demanda? ¿Podría Heller seguir argumentando una falta de conocimiento de las implicaciones de dicho acuerdo de arbitraje?

En conclusión, para que un acuerdo de arbitraje sea excesivo –conforme a la teoría de lo inadmisibles– debe ser (i) demasiado oneroso de ejercer; (ii) la parte no debe haber reconocido las implicaciones de la cláusula, y (iii) si existía la posibilidad de negociar, debe haber habido desigualdad de poder de negociación. Sin embargo, la financiación por parte de terceros daría margen a las partes para evitar estas condiciones.

La relación entre el TPF y la doctrina de lo inadmisibles –*Doctrine of unconscionability*– puede ser mutuamente beneficiosa. Sin embargo, se traza una fina línea entre su aplicación y cláusulas que abiertamente resulten abusivas y disuasivas. El eventual aumento de reclamos del sector digital podría desplazar el TPF para dar una apariencia de ser solamente una herramienta para los reclamos grandes. En la industria digital, el TPF pudiera ser incluido en el contexto de acciones colectivas, donde los daños punitivos pudieran otorgar retornos atractivos para el financiador. Si bien el TPF no evitará automáticamente la desprotección, podría ayudar a reequilibrar la balanza de la justicia sirviendo como un instrumento de empoderamiento que facilite el acceso al arbitraje (y por tanto a la justicia) para todos los usuarios del arbitraje.

## La proliferación de la paranoia del debido proceso

La paranoia del debido proceso –denominada en inglés como *due process paranoia*– no es un problema novedoso. La paranoia del debido proceso refiere al temor de los árbitros en que el laudo sea anulado por una violación al debido proceso de una de las partes (Berger y Jensen, 2016, p. 415). Surge en todas las jurisdicciones y, al momento, no existe una uniformidad para aproximarse a una solución, siendo esta un área donde no existe consenso en la doctrina.

Arbitrajes derivados del sector digital serán propensos a este tipo de reclamos, dado el desequilibrio en el poder económico entre las partes. Una apariencia de vulnerabilidad por parte del consumidor le permitiría introducir alegatos procesales en

el sentido de viciar el procedimiento. Es esperable, entonces, una marea de reclamos etiquetados con adjetivos y sentimentalismo, como violaciones a la justicia, al debido proceso, a la defensa, a presentar plenamente su caso y similares. Al respecto de este tipo de reclamos, Jasmine Feng y Benjamín Teo, estudiando una decisión de la Corte de Apelación de Singapur del año 2018 en materia de violaciones al debido proceso en arbitraje, señalaron que

... [l]a Corte notó que este tipo de impugnaciones por lo general son usados como medios para 'impropiamente atacar el laudo' y que esto 'desvirtúa y debilita la importancia real del debido proceso' lo cual 'erosiona la legitimidad del arbitraje en su totalidad y su crítico rol como un modelo obligatorio de resolución de disputas (Feng y Teo (2020).

Sin duda, reclamos sobre la base de la paranoia del debido proceso podrán arriesgar la legitimidad del arbitraje en el sector digital. Los árbitros, al ser enfrentados con este tipo de reclamos, se sitúan en una especie de encrucijada, donde su deber de emitir un laudo ejecutable se interpone y puede sesgar una decisión que en otras circunstancias no hubiera requerido mayor análisis. Por ello, es necesario desarrollar una respuesta uniforme, la cual puede ser planteada a manera de un *test*. Este se basa en los principios de una decisión razonada sobre el manejo procesal durante un arbitraje. Algunas de las características de las decisiones arbitrales sobre el manejo procesal son: (i) la decisión debe ser razonable, (ii) no violar el derecho de una parte a presentar su caso, (iii) debe *prima facie* ser de buena fe, (iv) la parte ya debió haber tenido una oportunidad razonable de presentar su caso<sup>38</sup> (Berger y Jensen, 2016).

En este sentido, al aglomerar en secuencia las condiciones anteriores, se produce el siguiente *test*:

TABLA 2. CUESTIONARIO PARA SOLUCIÓN DE LA PARANOIA DEL DEBIDO PROCESO

No.	Cuestionamiento	Respuesta	
		Sí	No
1.	¿Existe un acuerdo previo entre las partes?	Se admite la solicitud.	Continuar al paso 2.
2.	De admitirse la solicitud ¿se atentaría en contra de la eficiencia procesal?	Continuar al paso 3.	Se admite la solicitud.
3.	¿El tribunal arbitral tiene facultades discrecionales amplias para conducir el procedimiento?	Continuar al paso 4.	Se admite la solicitud.
4.	¿La parte ya tuvo una oportunidad razonable y equitativa de presentar su caso?	Continuar al paso 5.	Se admite la solicitud.

38 Berger y Jensen (2016) argumentan por la aplicación de la "regla procesal de juicio". Sin embargo, esta se limita a incentivar a un árbitro a ser más audaz, atento y dispuesto, lo cual se limita a fomentar actitudes personales y no tanto a promover una respuesta uniforme objetiva sobre la materia (p. 429).

No.	Cuestionamiento	Respuesta	
		Sí	No
5.	¿La decisión en caso de negar la solicitud es razonable dadas las circunstancias? No debe producir una violación seria y evidente a los derechos de la parte solicitante.	Se niega la solicitud.	Se admite la solicitud.
En caso de existir un reclamo por la parte no solicitante y el resultado del paso 5. Sea "No", se procede al paso 6 previo a la admisibilidad de la solicitud.			
6.	De admitirse la solicitud procesal ¿se estaría tratando con inequidad a la parte no solicitante?	Se niega la solicitud.	Se admite la solicitud.

Fuente: Elaboración propia.

El árbitro o tribunal que haga uso del *test* propuesto deberá de plantearse los cuestionamientos en la secuencia que se presenta. Dependiendo de la respuesta —sí o no—, será el resultado que sobre la solicitud procesal que una parte presente se deba aplicar. Esto puede disuadir a una parte de presentar reclamos frívolos durante el procedimiento. Recordando que, dada la situación económica de las partes en una disputa contra un consumidor en el sector digital, este debería de mantenerse lo más acotado posible.

En esencia, el *test* pretende ser un primer paso en la toma de decisiones procesales durante un arbitraje. Un listado de aspectos mínimos que una decisión procesal deberá acatar. El *test* puede presentar un camino inicial para un árbitro primerizo o desconocedor del arbitraje. En consecuencia, otros factores podrán ser tomados en cuenta como la buena fe de una parte en presentar la solicitud, la frivolidad de esta y el número de solicitudes que ya se hayan presentado por la misma parte. Sin embargo, debiera ser un primer acercamiento a una respuesta uniforme sobre la materia, en una nueva industria digital que ya presentará suficientes aristas complejas por entamar.

### Daños consecuenciales en el arbitraje

La respuesta decisiva, para interponer arbitrajes en el sector digital, serán los daños. Para un consumidor, quien deberá someterse a un arbitraje forzoso, durante plazos posiblemente prolongados, sin seguridad sobre la recuperación de los costos, los daños atribuidos por el laudo final determinarán el valor de comenzar un procedimiento. Por ello, los daños consecuenciales presentan un nuevo panorama favorable para los futuros usuarios de las cláusulas contenidas en los términos y condiciones analizados. Los daños consecuenciales son aquellos que pueden derivar de la determinación o resolución de una entidad pública, al resolver la existencia de una práctica anticompetitiva. Los daños consecuenciales han sido incluidos con mayor claridad a partir del 26 de noviembre de 2014, cuando el Parlamento Europeo emitió la Directiva 2014/104/EU, conocida como la Directiva en Acciones por Daños Anticompetitivos (Directiva ADA).

Las Directiva ADA establece un término benéfico para los consumidores. Si una entidad pública, en el caso de la UE sería la Comisión Europea y en Estados Unidos la Comisión Federal de Comercio o la División de Competencia Económica del Departamento de Justicia, sanciona una conducta por anticompetitiva, los daños consecuenciales –aquellos reclamados mediante arbitraje–, tienen una presunción de existencia *prima facie* (Goldsmith, 2016). Para los arbitrajes contra consumidores, esto permite nivelar la desigualdad procesal entre las partes. Mientras que las empresas pueden contar con mayores recursos para su defensa, los consumidores mantienen una presunción durante el procedimiento, en cuanto a que sus reclamos tienen méritos.

A pesar de la presunción *prima facie*, algunos autores (Goldsmith, 2016, p. 11) aseveran que no es posible identificar un solo reclamo consecuencial mediante arbitraje, derivado de una determinación anticompetitiva. Esto puede darse por la confidencialidad del arbitraje o puede ser un indicativo, en el sentido de que a pesar de que una empresa ya ha sido sancionada, no existen los incentivos suficientes para sobrepasar las cláusulas disuasivas.

Por ello, para un consumidor, los beneficios de obtener un laudo ejecutable deben superar los posibles costos adversos en los que incurra durante el arbitraje. De esta forma, resulta que los beneficios son mayores que los costos, en caso de arbitrar. La problemática ahora deriva en determinar cuáles son las probabilidades atribuibles por una presunción *prima facie*. La presunción, en principio, es suficiente para obtener el laudo favorable. Dada la presunción, sería incorrecto que la carga de la prueba únicamente constituya el acreditar que la administración pública resolvió incorrectamente sobre la determinación de la conducta anticompetitiva<sup>39</sup>, pues esto no correspondería a una presunción *prima facie*, sino a una simple re-litigación de los hechos sin presunción alguna.

En consecuencia, la carga de la prueba de la empresa excede la de desacreditar la determinación administrativa. Su carga debería corresponder a la de desacreditar toda razonable probabilidad de la existencia de un daño contractual o extracontractual a la otra parte, hasta el grado en el que una resolución firme de una autoridad pierda su presunción favorable. Naturalmente, en opinión del autor, si la carga más ardua es 100%, la carga correspondiente a la empresa no puede ser mayor al 50%, pues ello nuevamente sería relitigar los hechos. Del 50% restante, este debe ser reducido por lo menos a la mitad, pues de no hacerlo, la distinción entre una presunción *prima facie* y la carga ordinaria del consumidor se ve difuminada. Por ello, la empresa debe superar una carga de presunción en favor del consumidor por daños consecuenciales, estimada en un 75%. A su vez, no sería apropiado exceder un 75% de la carga de la prueba, pues esto se podría asimilar a una carga correspondiente a “más allá de toda

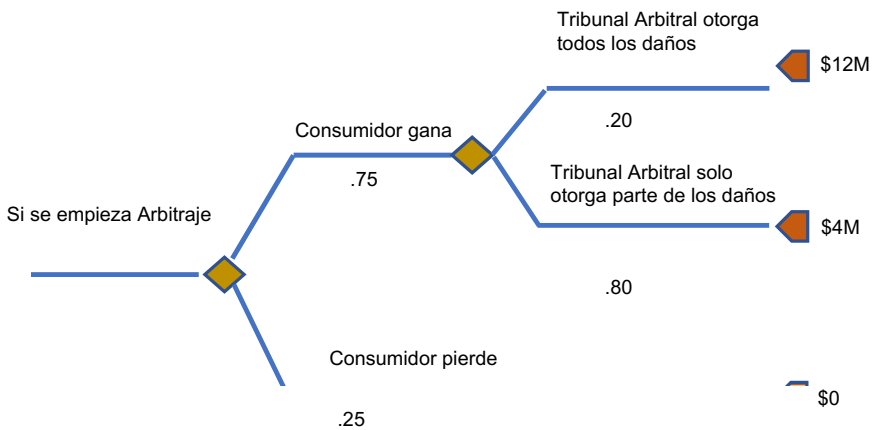
39 La carga de la prueba, particularmente para el caso de arbitraje, corresponde a cada parte para que estas prueben los hechos relativos a sus reclamos. Tiene, entonces, una tendencia más cercana a las jurisdicciones en materia civil que aquellas correspondientes a derecho común. Ver, Ramsey (2011, p. 1.218).

duda razonable”, lo cual no es equiparable una con una carga de la prueba derivada de una presunción *prima facie* (Schwartz & Seaman, 2013, p. 438)

Ahora bien, el 75% no responde a la cuantía de los daños consecuenciales por conductas antimonopólicas. Solo responde a que el daño presumiblemente fue causado. Entonces, el consumidor podrá solicitar al tribunal arbitral: (i) la cuantía exacta de los daños con respecto a los gastos y costos en que el consumidor incurrió, para situarlo en la situación que previamente se encontraba; (ii) los daños causados, incluyendo aquellos causados a los costos de oportunidad, intereses, *but for scenarios*<sup>40</sup>, etc., y/o (iii) daños punitivos. Estos últimos resultan menos susceptibles de ser acreditables ante la proliferación de cláusulas abusivas que prohíben las acciones colectivas.

De los daños anteriores y considerando la dificultad de un consumidor en acreditarlos en contra del poder de una *big tech company*. Como ejemplo de lo anterior, asumamos que corresponde un 20% de probabilidad de obtener los daños totales solicitados, y un 80% corresponde a obtener una fracción de dichos daños. Para efectos de esta ejemplificación, asumamos que una colectividad de consumidores reclamó \$12 millones de dólares y el 80% de probabilidad de que el Tribunal Arbitral otorgue únicamente daños parciales –una vez que la presunción *prima facie* ya fue exitosa–, únicamente les otorgaría \$4 millones. Lo anterior, se refleja de la siguiente manera –donde los porcentajes se muestran como decimales–:

ESQUEMA 2. DIAGRAMA DE ÁRBOL IMPLEMENTANDO EL RECLAMO DE DAÑOS CAUSALES



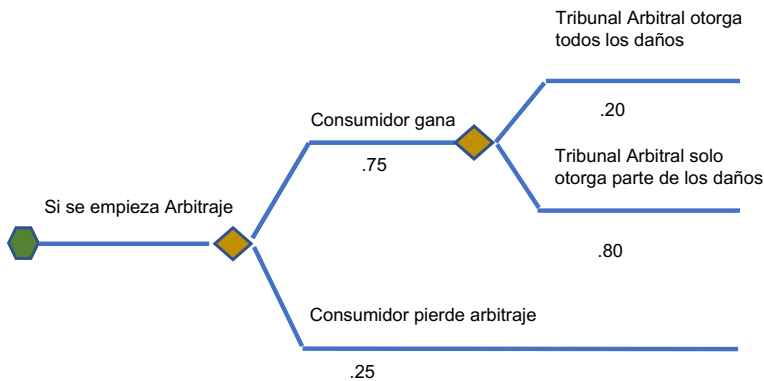
Fuente: Elaboración propia.

40 Los *but for scenarios* corresponden a un escenario hipotético en la valuación de daños, particularmente utilizado por los peritos en arbitrajes de inversión, que consiste en evaluar los daños con base en ¿qué hubiera pasado si no se hubiera cometido la violación? (Wöss & San Román, 2021).

Lo anterior, podría parecer un escenario benéfico y favorable para los consumidores ante el eventual incremento de arbitrajes por violaciones a leyes en materia de competencia económica en el sector digital. No obstante, el esquema anterior no incluye la probabilidad compuesta; esto es, la dilución de las probabilidades entre cada escenario. Además, el escenario anterior se basa en un escenario óptimo, donde la cláusula arbitral no sea disuasiva. La problemática de las cláusulas arbitrales abusivas y disuasivas radica en que, incluso si los consumidores se benefician de un reclamo *prima facie* procedente, el iniciar el arbitraje y ganar la jurisdicción del tribunal arbitral, ya en sí diluye los beneficios de los daños consecuenciales. Aplicando una probabilidad compuesta –al considerar la probabilidad de que el reclamo tenga méritos y la probabilidad de que el tribunal arbitral otorgue los daños en el sentido que los consumidores solicitaron–, el escenario sería el siguiente:

ESQUEMA 3. EVALUACIÓN DE PROBABILIDADES DE LOS DAÑOS CAUSALES EN ARBITRAJE

Escenario	Resultado	Probabilidad Compuesta	Producto
<1>	\$12M	.15	\$1.8M
<2>	\$4M	.60	\$2.4M
<3>	\$0m	.25	\$0



Fuente: Elaboración propia.

En este punto, la sinergia de factores puede ser en sí un argumento en términos de política pública para no permitir arbitrajes contra consumidores en el sector digital. A pesar de ello, hay autores que consideran que los daños consecuenciales se deben de llevar en arbitraje y no en litigio, al existir mayores beneficios en el arbitraje (Goldsmith, 2016, pp. 29-32). Primero, porque una vez que incrementa el uso de las



Directivas ADA, el arbitraje permite seleccionar árbitros con capacidad para adjudicar la evidencia compleja en materia de daños. Además, pueden apuntar peritos expertos en la materia. No obstante, la adición de múltiples árbitros y peritos incrementa los costos para los consumidores. Segundo, el procedimiento flexible permite un manejo más eficiente de los daños consecuenciales derivado de las Directivas ADA. Sin embargo, en materia de daños, la flexibilidad del arbitraje puede ser perjudicial en arbitrajes contra consumidores. Ello, porque la tendencia de aplicar principios de flexibilidad en el arbitraje con respecto a los daños es con el efecto de bifurcar el procedimiento, prolongarlo y posponer la emisión de un laudo. Lo cual no sería óptimo para un arbitraje que involucre a consumidores.

En tercer lugar, introducir interrogatorios nuevamente complica un procedimiento que debería ser simplificado, dadas las partes involucradas. En todo caso, es cuestionable si se debiese presentar un experto en un arbitraje mediante el cual se solicitan daños consecuenciales. Si las Directivas ADA efectivamente producen una presunción *prima facie* de los méritos del reclamo del consumidor, no se tendría que presentar un experto. La resolución administrativa correspondiente ya tendría igual peso o mayor que un reporte de expertos.

No obstante, sería problemático que solo una de las partes presente un experto. Por lo cual, una alternativa es que únicamente se nombre un experto por parte del tribunal arbitral. Cuarto, la confidencialidad del arbitraje es aclamada como un beneficio, pero a un consumidor la presión pública le pudiera favorecer. No es coincidencia el favoritismo de las empresas en el sector económico digital por el arbitraje, en caso de disputar contra sus consumidores. Entonces, los beneficios de la confidencialidad fluyen unilateralmente en la relación procesal. Quinto y último, el arbitraje permite personalizar y adecuar los costos. Esto indiscutiblemente, es un gran beneficio en arbitrajes del sector digital. En particular, considerando la tendencia de empresas como Facebook, eBay y Amazon (Tabla 1) en asumir los costos, hasta cierto grado, derivados de los reclamos de los consumidores.

Ahora bien, esta circunstancia desequilibraría las reglas de la carga de la prueba en el arbitraje, y sería debatible la aplicabilidad de las Reglas IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional<sup>41</sup> (Trittmann y Kasolowsky, 2008). Si las partes acordaran la aplicación de las Reglas IBA referidas mediante la cláusula arbitral, o el árbitro mediante los términos de referencia del procedimiento, habría una dicotomía entre las disposiciones aplicables acordadas entre las partes, y la naturaleza del reclamo; situación que excede el alcance de estudio de este artículo, pero no obstante resulta relevante hacerla notar.

41 En esta clase de circunstancias, las inferencias que el tribunal arbitral puede realizar son producto de los daños consecuenciales y no de las Reglas IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional. Por lo cual, otra característica apreciada de este cuerpo normativo resulta innecesario de disponer contractualmente. Para un estudio más profundo al respecto, ver Trittmann y Kasolowsky (2008, p. 336).

De las empresas analizadas, la cláusula arbitral de Zoom plantea una disyuntiva, al limitar el reclamo de la disputa a que el consumidor presentara la solicitud de arbitraje dentro del año siguiente, a partir “[d]e la fecha en que pueda presentarse por primera vez” (Tabla 1). Entonces, debe determinarse primero conforme a cada jurisdicción, si los consumidores pueden presentar reclamos *ex ante* o *ex post* a una conducta anti-competitiva. Puede ser la situación, que un tribunal arbitral puede confirmar a ciertas jurisdicciones, realizar determinaciones sobre conductas anticompetitivas con independencia de la determinación que en su momento realice la autoridad administrativa. Entonces, el término de prescripción para presentar la solicitud de arbitraje está sujeto a la naturaleza temporal de los daños que puedan reclamar los consumidores.

La cláusula anterior, conforme al apartado de cláusulas arbitrales disuasivas, resulta abusiva. Dicha cláusula fuerza a los consumidores a presentar un reclamo sin la seguridad de que su demanda tenga méritos. En cambio, aplicar una teoría común donde los reclamos únicamente se puedan presentar *ex post* a la determinación administrativa de la práctica anticompetitiva o desleal, otorga certidumbre a los arbitrajes con consumidores<sup>42</sup> (Marcos y Sánchez, 2008). El interés de los consumidores en el arbitraje puede superceder a los aspectos disuasivos de las cláusulas arbitrales y de los costos del procedimiento.

#### UNA OBRA DE TRES PIEZAS: ARBITRAJE, CONSUMIDORES Y COMPETENCIA ECONÓMICA

Las crecientes prácticas monopólicas y abusivas en el sector económico digital pueden traer consigo un consecuencial incremento en reclamos por parte de los consumidores. Esto produce un riesgo para los usuarios del arbitraje internacional, quienes no tendrán plena certidumbre de que puedan ejecutar su laudo arbitral. Si el reclamo durante el arbitraje deriva de una sanción por prácticas anticompetitivas, ello no siempre asegurará la ejecución del laudo arbitral. Si bien el reclamo sería de naturaleza civil, al ser un consecuente de una práctica anticompetitiva, algunas jurisdicciones podrán negarse a ejecutar dicho laudo con base en el Artículo V de la Convención de Nueva York<sup>43</sup> (Sendetska, 2018, p. 357). De esta forma, vemos que la discusión continuamente muta al tratarse de la arbitrabilidad de la materia. Existe una línea muy fina entre un arbitraje

42 Se ha considerado que, dada la naturaleza de los daños anticompetitivos, aquellos derivados de relaciones extracontractuales tomarán una importancia secundaria en favor de los contractuales. Esto, en virtud de la dificultad de imponer una determinación sobre una práctica anticompetitiva sin que la autoridad administrativa aplicable emita una resolución previa. Marcos y Sánchez (2008). *Damages for breach of the EC antitrust rules: harmonising Tort Law through the back door? Revista para el análisis del derecho*, p. 4.

43 El Artículo V de la Convención de Nueva York dispone que “2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: [...] b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”.

en materia de consumidor y cuando los árbitros tienen que realizar una determinación donde subyace una disputa en materia de competencia económica.

El planteamiento anterior fue abordado en *CDC vs. Akzo Nobel* en el caso C-352/13 por la Corte de Justicia de la Unión Europea (CJUE)<sup>44</sup>. El planteamiento presentado por la Corte de Alemania giraba en torno a si las Cortes de los Estados Miembros podían ser indiferentes a las cláusulas de arbitraje, con el objeto de eficientemente ejecutar las leyes de competencia económica de la Unión Europea. La CJEU indicó que no se podía pronunciar sobre aquellos aspectos que no estaban sujetos al Reglamento I de Bruselas, como lo son las cláusulas de arbitraje. *Sendetska* señala que esto no impidió que la CJEU impactará al arbitraje al pronunciarse sobre las cláusulas jurisdiccionales (*Sendetska*, 2018, p. 360). Al respecto, señaló que

[E]l requerimiento que una disputa debe ser en relación con una particular relación legal conforme a la cual se haya concluido el acuerdo que esté cubierto por la cláusula jurisdiccional, la CJUE creó un requerimiento adicional de "expectativa razonable". En la opinión de la Corte: "una cláusula que abstractamente refiere todas las disputas que derivan de una relación contractual [no se extiende] a una disputa relacionada con daños extracontractuales en que incurra una parte como resultado de la participación de la otra en un cartel ilegal".

Conforme a lo anterior y de equipararse las cláusulas jurisdiccionales con las arbitrales, los daños por prácticas anticompetitivas no serían arbitrables. Al respecto, debe distinguirse entre los daños anticompetitivos transacciones y los no-transaccionales. Los primeros derivan de la relación contractual entre dos partes, cuando una de estas incurre en prácticas anticompetitivas. La segunda, deriva de daños consecuenciales donde una parte resulta afectada por las prácticas anticompetitivas<sup>45</sup> (*Allen y Lazear*, s.f.).

El arbitraje en materia de consumidor debería recaer sobre el primer supuesto de daños (daños contractuales), al existir un contrato de por medio entre la empresa digital y los comerciantes. *CDC vs. Akzo Nobel* resolvía sobre una situación derivada de daños no contractuales. De aplicarse la interpretación de la CJEU de manera restrictiva, los daños contractuales en un arbitraje consumidor por prácticas antimonopólicas sí serían arbitrables, *e.g.* un arbitraje entre Uber y un pasajero. Incluso, de aplicarse un criterio amplio sobre la resolución de CJEU en *CDC vs. Akzo Nobel*, este no debería afectar los arbitrajes con consumidores. Los usuarios de plataformas

44 *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, FMC Foret SA*. Cuarta Sala (Caso C-352/13).

45 La mayoría de las legislaciones, incluyendo la Ley Sherman y la Ley Clayton, prevén la ilegalidad de acuerdos contractuales anticompetitivos. Sin embargo, estos no son los que responden a los daños contractuales del presente artículo. Para que se produzca un daño consecuencial contractual, el incumplimiento debe ser un subsecuente de una práctica anticompetitiva que indirectamente impacte en la relación jurídica relevante. Para un estudio al respecto de daños anticompetitivos, ver, *Allen y Lazear* (s.f.).

digitales y servicios en línea naturalmente tienen una expectativa en cuanto a que la empresa no se encuentra, o no debería, estar incurriendo en prácticas anticompetitivas que afecten los servicios o el precios de los bienes consumidos (Consumer, Repts., 2020). No obstante, la variedad de estos escenarios seguirá estando sujeta a que los reclamos sean presentados. Lo cual, de ser predecible en los términos de este artículo, no sucederá en cuantías identificables hasta que los términos de las cláusulas disuasivas no supercedan los daños<sup>46</sup> (Gómez, 2007). Para ello, dos condiciones se deberán actualizar: (i) la determinación previa de una autoridad administrativa declarando la actualización de prácticas anticompetitivas, y (ii) la posibilidad de demandar daños consecuenciales derivado de dicha determinación.

## CONCLUSIÓN

El entramado jurídico derivado de la fusión entre la economía digital, competencia económica y el arbitraje, a pesar de ser una intersección reciente en la práctica, está condenada a incrementar dada la globalización de las transacciones digitales. En su ejecución, el desarrollo de cláusulas arbitrales abusivas y disuasivas será una constante. En su reciente uso, es notable la diversidad y creatividad que las empresas se han tomado libertad de implementar en las cláusulas arbitrales. La eficacia de estas permanece como una incógnita y deberá ser litigada en cortes, donde derivarán respuestas heterogéneas.

La reacción que brote en cada jurisdicción podrá traer consigo mayores planteamientos, los cuales girarán en torno a algunos de los aspectos previamente abordados, en particular en lo que concierne a los reclamos basados en violaciones al debido proceso, daños consecuenciales, y acciones colectivas. Por el momento, quedará sujeto a los tribunales arbitrales dictaminar la línea entre los derechos sociales de libre disposición de los usuarios de servicios digitales y aquellos de naturaleza contractual, sin existir todavía una determinación sobre a quién le corresponderá resolver sobre la legitimidad del uso de las CAA y CAD, manteniendo viva la disputa doctrinal en torno a su aplicación. En este sentido, será relevante determinar si las cortes optan por categorizar como inválidas aquellas cláusulas arbitrales que únicamente se componen como una CAD en 1E o también las CAD en 2E.

De igual forma, y dado el incremento de reclamos que involucran cláusulas arbitrales entre consumidores y empresas digitales, las cortes locales se enfrentarán a nuevas problemáticas jurídicas. Entre ellas, la reacción que las cortes tendrán ante reclamos basados en la paranoia del debido proceso durante el proceso de reconocimiento,

46 Mientas que no exista una teoría uniforme con respecto a daños consecuenciales que sea respaldado por precedentes judiciales, las cláusulas en contratos con consumidores, o contratos de adhesión, seguirán siendo cláusulas arbitrales fallidas, que únicamente reducen la confianza en un mecanismo de solución de controversias, que notoriamente presenta ventajas sobre el litigio tradicional. Para un estudio sobre cláusulas arbitrales fallidas, ver, Gómez, L. (2007).

ejecución y nulidad del laudo arbitral. A su vez, la carga de la prueba de los reclamos civiles y contractuales derivados de prácticas antimonopólicas de las empresas podría conllevar cargas de la prueba que entren en conflicto con la legislación local o con las propias Reglas IBA sobre la Práctica de la Prueba. Esto podría resultar en que se definan nuevos parámetros para la carga de la prueba en el arbitraje y en litigio en asistencia al arbitraje.

## REFERENCIAS

### Artículos científicos

- Alhassan Salifu Bawah (2019). The Doctrine of Kompetenz-Kompetez: An instrument of Fraud or Justice? The Case of Dallah Real Estate and Tourism Holding Company (Appellant) (Dallah) v. the Ministry of Religious Affairs Open Journal of Social Sciences, DOI:10.436/jss.2019.76014, p. 172. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/334018477\\_The\\_Doctrine\\_of\\_Kompetenz-Kompetenz\\_An\\_Instrument\\_of\\_Fraud\\_or\\_Justice\\_The\\_Case\\_of\\_Dallah\\_Real\\_Estate\\_and\\_Tourism\\_Holding\\_Company\\_Appellant\\_Dallah\\_v\\_the\\_Ministry\\_of\\_Religious\\_Affairs\\_Government\\_of\\_Pakistan](https://www.researchgate.net/publication/334018477_The_Doctrine_of_Kompetenz-Kompetenz_An_Instrument_of_Fraud_or_Justice_The_Case_of_Dallah_Real_Estate_and_Tourism_Holding_Company_Appellant_Dallah_v_the_Ministry_of_Religious_Affairs_Government_of_Pakistan) ("Salifu, B.").
- Allen y Lazear (s.f.). Estimating Economic Damages in Antitrust Actions in Latin America. Comisión Federal de Competencia México. Disponible en: [https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2014/06/estimating\\_economic\\_damages\\_in\\_antitrust\\_actions.pdf](https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2014/06/estimating_economic_damages_in_antitrust_actions.pdf) ("Allen y Lazear").
- Aren Goldsmith (2016). 'Arbitration and EU Antitrust Follow-on Damages Actions', ASA Bulletin, (© Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2016, Volume 34 Issue 1) pp. 10-40 ("Goldsmith, A.").
- Barbara, L. (s.f.). Adjusting contracts in Arbitration? Schonherr roadmap. Disponible en: <http://roadmap2014.schoenherr.eu/adjusting-contracts-arbitration/> ("Barbara, L.").
- Bas Van Zelst (2018). Unilateral Option Arbitration clauses. An unequivocal choice for arbitration under the ECHR? Maastricht Journal of European and Comparative Law 2018, Vol. 25(1). Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1023263X18755968#:~:text=Abstract%20Unilateral%20option%20arbitration%20clauses,dispute%20be%20referred%20to%20arbitration> ("Zelst").
- Berger y Jensen (2016). Due process paranoia and the procedural judgement rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators. Arbitration International. Disponible en: <https://www.praguerules.com/upload/iblock/882/88256e5a0d39997b4d6ec9be17303671.pdf> ("Berger y Jensen").
- Burnson, R. (2021). Judge Rejects Uber Denial of Liability in Student's Death on Freeway.. Disponible en: <https://www.insurancejournal.com/news/west/2021/04/05/608403.htm#:~:text=Uber%20Technologies%20Inc.,failed%20to%20pick%20her%20up> ("Burnson, R.").

- Crisanto, J., Ehrentraud, J. *et al.* (2021). Big tech regulation: what is going on? Bank for International Settlements. FSI Insights on policy implementation No. 36, p. 3. Disponible en: <https://www.bis.org/fsi/publ/insights36.pdf> ("Crisanto, J., Ehrentraud, J., *et al.*").
- Cynthia M. Krus & Vlad M. Bulkin (2019). Knowledge sharing, What is a SPAC? Eversheds Sutherland public communication. Disponible en: <https://www.publiclytradedprivateequity.com/portalresource/SPACPresentation.pdf> ("Krus & Bulkin").
- David L. Schwartz y Christopher B. Seaman (2013). Standards of Proof in Civil Litigation: An Experiment from Patent Law. *Harvard Journal of Law & Technology* Volume 26, Number 2 Spring 2013 Disponible en: <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v26/26HarvJLTech429.pdf> ("Schwartz & Seaman").
- Jasmine Feng y Benjamin Teo (2020). Judicial Support against Due Process Paranoia in International Arbitration. *Kluwer Arbitration Blog* (2020). Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/16/judicial-support-against-due-process-paranoia-in-international-arbitration/> ("Feng y Teo").
- Fernando Morrilla, G. (2018). El parque de "empresas unicornio". (2018) *eXtoikos*, N°21, p. 79. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6867848.pdf> ("Morrilla, G.").
- Gary Born (2012). Winner Pays. The Limits of Unconscionable Arbitration Agreements. *Kluwer Arbitration Blog*. Wolters Kluwer. Disponible en: [http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/11/13/winner-pays-the-limits-of-unconscionable-arbitration-agreements/?doing\\_wp\\_cron=1598153316.3869400024414062500000](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/11/13/winner-pays-the-limits-of-unconscionable-arbitration-agreements/?doing_wp_cron=1598153316.3869400024414062500000) ("Born, G.")
- Getman, J. (s.f.). Labor Arbitration and Dispute Resolution. *The Yale Law Journal*. 88 Yale L.J. 916 1978-1979. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/72834174.pdf> ("Getman, J.").
- Gómez, L. (2007). Causes and Consequences of Faulty Arbitration Clauses. *Estudio Socio Jurídico Bogotá*. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v9n2/v9n2a5.pdf> ("Gómez, L.")
- Herfried Wöss, & Adriana San Román (2021). Full Compensation, Full Reparation, and the But-For Premise. *Global Arbitration Review*. Disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-damages-in-international-arbitration/4th-edition/article/full-compensation-full-reparation-and-the-premise> ("Wöss & San Román")
- H. Van Boom (2011). Third Party Funding in International Investment Arbitration. Disponible en SSRN como: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2027114](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2027114) ("H. Van Boom")
- J. Maria Glover (2006). Beyond Unconscionability: Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements 59 *Vand. L. Rev.*, p. 1747. Disponible en: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2888&context=facpub> ("Glover, M.")
- Jonathan F. (2017). Take it or leave it arbitration, banning consumers from the court. *Lenders Compliance Group*. *National Mortgage Professional Magazine*. Disponible en: <https://lenderscompliancegroup.com/wp-content/uploads/2020/03/Take-It-or-Leave-It-Arbitration-Foxx-NMP28August201729.pdf> ("Jonathan F.")
- Kim R. y Jun Jung, H. (2021). Time for Class Action Arbitrations in Korea? *Kluwer Arbitration Blog*. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/08/09/time-for-class-action-arbitrations-in-korea/> ("Kim y Jun Jung").

- Lauren Tomasich, & Sarah Firestone (2021). Arbitration clauses and class actions: the cross-border dialogue continues in light of recent SCC and SCOTUS jurisprudence Osler. Disponible en: <https://www.osler.com/en/blogs/classactions/february-2021/arbitration-clauses-and-class-actions-the-cross-border-dialogue-continues-in-light-of-recent-scc-an> ("*Tomasich & Firestone*").
- Lazic, Palermo (s.f.) (2020). Ex Aequo et Bono in International Arbitration. Revija Kopaoničke Škole Prirodnog Prava. Disponible en: <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/2683-443X/2020/2683-443X2001047L.pdf> ("*Lazic, Palermo, et al.*").
- Lin Lin (2019). Venture Capital in the Rise of Crypto Economy: Problems and Prospects. NUS Law Working Paper 2019/003. Disponible en: [https://law.nus.edu.sg/cbfl/wp-content/uploads/sites/5/2020/04/003\\_2019\\_LinLinDominika.pdf](https://law.nus.edu.sg/cbfl/wp-content/uploads/sites/5/2020/04/003_2019_LinLinDominika.pdf) ("*Lin Lin*").
- Francisco Marcos y Albert Sánchez Graells (2008). Damages for breach of the EC antitrust rules: harmonising Tort Law through the back door? Revista para el análisis del derecho. Disponible en: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/518\\_en.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/518_en.pdf) ("*Marcos y Sánchez*").
- Christopher Nace. Arbitration Clauses in Consumer Contracts May soon be Banned. Paulson&Nace. Disponible en: <https://www.paulsonandnace.com/arbitration-clauses-in-consumer-contracts-may-soon-be-banned/> ("*Nace, C.*").
- Michael O'Reilly (1996). Provisions on costs an appeals: an assessment from an international perspective. 13<sup>th</sup> Annual Review of the Arbitration Act 1996. Disponible en: [https://www.biicl.org/files/4936\\_biicl\\_13th\\_annual\\_mor.pdf](https://www.biicl.org/files/4936_biicl_13th_annual_mor.pdf) ("*O'Reilly, M.*").
- Ville Oksanen, Anniina Huttunen, Juha Laine (2008). Digital consumer and user rights in EU policy. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/221550371\\_Digital\\_consumer\\_and\\_user\\_rights\\_in\\_EU\\_policy](https://www.researchgate.net/publication/221550371_Digital_consumer_and_user_rights_in_EU_policy) ("*Oksanen et al.*").
- Rachel Howie & Geoff Moysa (2019). Financing Disputes: Thir-party funding in litigation and Arbitration. Alberta Law Review, 57:2. Disponible en: <https://www.albertalawreview.com/index.php/ALR/article/download/2582/2542/2776> ("*Howie & Moysa*").
- Ramsey, V. (2011). Establishing Claims for Damages, Costs and Interest in International Arbitration. American University International Law Review. Vol. 26, Issue 5. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/288206319.pdf> ("*Ramsey, V.*").
- Rickard, L. (2014). Why are Hedge Funds Allowed to Invest in Litigation? The Atlantic. Disponible en: <https://www.theatlantic.com/national/archive/2012/07/why-are-hedge-funds-allowed-to-invest-in-litigation/259345/> ("*Rickard, L.*").
- Sendetska, O. (2018). 'Arbitrating Antitrust Damages Claims: Access to Arbitration', in Maxi Scherer (ed), Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2018, Volume 35 Issue 3) pp. 357 – 370 ("*Sendetska, O.*").
- Smith, S. (2001). Mandatory Arbitration Clauses in Consumer Contracts: Consumer Protection and the Circumvention of the Judicial System. *De Paul Law Review*, Issue 4. Disponible en: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1625&context=law-review> ("*Smith, S.*").
- Sternlight, Jean R. and Jensen, Elizabeth J., "Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions: Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse?" (2004). Scholarly Works. 277. <https://scholars.law.unlv.edu/facpub/277> ("*Sternlight y Jensen*").

- Tevendale, Ambrose *et al.* (2015). Multi-Tier Dispute Resolution Clauses and Arbitration. *Turkish Commercial Law Review*, Vol. 1, n.º 1. Disponible en: <http://the-tclr.org/wp-content/uploads/2015/03/04-TCLR-1-final-mar064.pdf> ("Tevendale, Ambrose, *et al.*").
- Tlacuilo, I. (2020). Legal recognition of the digital trade in personal data. *Mexican law review*. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-05782020000100087](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-05782020000100087) ("Tlacuilo, I.").
- Tom Wheeler, Phils Verveer, Gene Kimmelman (2020). The need for regulation of big tech beyond antitrust. Brookings. Disponible en: <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2020/09/23/the-need-for-regulation-of-big-tech-beyond-antitrust/> ("Wheeler, Verveer, *et al.*").
- Trittmann y Kasolowsky (2008). Taking evidence in Arbitration proceedings between common law and civil law traditions – the development of a European hybrid standard for arbitration proceedings. *UNSW Law Journal*. Vol. 31(1). Disponible en: <https://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2017/09/31-1-3.pdf> ("Trittmann y Kasolowsky").
- Alexis Valencon & Nicolas Boucaert (2021). The Class Actions Law Review: France The Law Reviews. En: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-class-actions-law-review/france> ("Valencon & Boucaert").
- Valenti, J. (2016). The Case Against Mandatory Consumer Arbitration Clauses. Center for American Progress. Disponible en: <https://www.americanprogress.org/article/the-case-against-mandatory-consumer-arbitration-clauses/> ("Valenti, J.").
- Walker, M. (2015). The Arbitration Clause Hidden in Many Consumer Contracts. Consumer Reports Disponible en: <https://www.consumerreports.org/cro/shopping/the-arbitration-clause-hidden-in-many-consumer-contracts> ("Walker, M.").

## Documentos e informes jurídicos

- Consumer. Reps. (2020). Platform Perceptions: Consumer Attitudes on Competition and Fairness in Online Platforms. Disponible en: <https://advocacy.consumerreports.org/wp-content/uploads/2020/09/FINAL-CR-survey-report.platformperceptions-consumer-attitudes-.september-2020.pdf>.
- EY Report. How can the opportunities to go public be seized, not lost?, p. 8. Disponible en: [https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en\\_gl/topics/ipo/ey-global-ipo-trends-2021-q2-v1.pdf?download](https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_gl/topics/ipo/ey-global-ipo-trends-2021-q2-v1.pdf?download) ("EY Report").
- Global Fintech-enabling regulations database (2021). The World Bank. Disponible en: <https://www.worldbank.org/en/topic/fintech/brief/global-fintech-enabling-regulations-database>
- Grupo de Trabajo ICCA-Queen Mary sobre Financiación por Terceros fue desarrollado por el *International Council for Commercial Arbitration*. Dirigido por Stavros Brekoulakis, William W. (Rusty) Park y Catherine A. Rogers. Reporte de ICCA No. 4 (2018) ("Reporte ICCA No. 4").
- Manual on Consumer Protection (2018). UNCTAD/DITC/CPLP/2017/1/Corr.1, p. 5. Disponible en: [https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2017d1\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2017d1_en.pdf)
- JAMS. JAMS Clause Workbook. A Guide to Drafting Dispute Resolution Clauses for Commercial Contracts. Disponible en: <https://www.jamsadr.com/clauses/> ("JAMS 1")



Subcomité en Competencia Económica de los Estados Unidos. Investigation of Competition in Digital Markets. Reporte de la Mayoría y Recomendaciones del Subcomité en Derecho de la Competencia Económica, Comercial y Derecho Administrativo del Comité en la Judicatura (2020), p. 18. Disponible en: [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf?utm\\_campaign=4493-519](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519)

## Casos y precedentes

AT&T Mobility LLC v. Concepcion et ux. Suprema Corte de Estados Unidos. 09-893 (2010) ("*AT&T vs. Concepcion*")

Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, FMC Foret SA. Cuarta Sala (Caso C-352/13) ("*CDC vs. Akzo Nobel*").

Uber Technologies Inc. v. Heller, 2020 SCC 16, Disponible en: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/18406/index.do> ("*Uber vs. Heller*").