

Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

con Acreditación
Institucional
de Alta Calidad
por **8** años

**¿ES OPERATIVO EL PERFECCIONAMIENTO DEL PACTO ARBITRAL
CONSAGRADO EN EL DECRETO 1829 DE 2013?**

LUZ STELLA TRIANA GÓMEZ

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL
SANTIAGO DE CALI, MAYO DE 2015**

**¿ES OPERATIVO EL PERFECCIONAMIENTO DEL PACTO ARBITRAL
CONSAGRADO EN EL DECRETO 1829 DE 2013?**

LUZ STELLA TRIANA GÓMEZ

BECERRA TORO RODRIGO

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL
SANTIAGO DE CALI, MAYO DE 2015**

ARTICULO 23 de la Resolución No. 13 del 6 de Julio de 1946, del Reglamento de la Pontificia Universidad Javeriana.

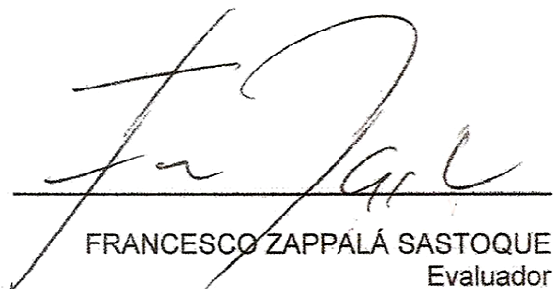
“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de Tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y la moral católica y porque las Tesis no contengan ataques o polémicas puramente personales; antes bien, se vea en ellas el anhelo de buscar la Verdad y la Justicia”.

Nota de Aceptación



RODRIGO BECERRA TORO
Director Trabajo de Grado

Evaluidor



FRANCESCO ZAPPALÁ SASTOQUE
Evaluidor

Santiago de Cali, mayo 12 de 2015

**A mi hija, quien impulsa mis metas
con su amor, comprensión y
paciencia.**

AGRADECIMIENTO

LA AUTORA EXPRESA SU AGRADECIMIENTO A:

Agradezco a Dios por el impulso que me da para superarme aún más como Profesional del Derecho, formarme de manera integral para manifestar la Justicia Humana, guiada por Su Justicia Divina. Gracias Dios por mi familia, y por poner en mi camino a personas maravillosas, siempre dispuestas a ayudar para que esta Maestría y trabajo pudiese llegar a su finalización.

CONTENIDO

	PÁG.
INTRODUCCIÓN	09
1. CAPÍTULO I: EL ARBITRAJE	12
1.1. ANTECEDENTES Y ASPECTOS CONSTITUCIONALES	12
1.2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA	13
1.3. MARCO LEGAL	14
1.4. PACTO ARBITRAL	16
1.4.1. Cláusula Compromisoria	17
1.4.2. Compromiso	18
1.5. EL CONTRATO DE ADHESIÓN	18
1.6. PACTO ARBITRAL EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN – ARTS. 80 Y 81 DECRETO 1829 DE 2013	20
1.7. EL PACTO DE OPCIÓN	21
2. CAPITULO II: ARBITRAJE DE CONSUMO EN EL DERECHO COMPARADO	25
3. CAPITULO III: ESTATUTO DEL CONSUMIDOR LEY 1480 DE 2011 VS. ARBITRAJE DE CONSUMO	32
4. CAPITULO IV: CONTROVERSIAS JURIDICAS A CERCA DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA EN EL CONTRATO DE ADHESION	37
5. CONCLUSIONES	40
6. RECOMENDACIONES	42
BIBLIOGRAFÍA	42
WEBGRAFÍA	45

ANEXOS

Pág.

**ANEXO 1: FORMATO DE ILUSTRACION DE UNA SOLICITUD DE
ARBITRAJE EN ESPAÑA**

29

RESUMEN

Se basa el presente estudio en el análisis del artículo 80 del Decreto 1829 del 27 de Agosto de 2013, a través del cual se instituyó en Colombia, el llamado “Arbitraje de Consumo”. Permitir a través de un mecanismo alternativo de solución de conflictos como lo es el arbitraje, que proveedores, distribuidores, y consumidores, puedan tener una vía alterna, para que un árbitro en derecho, emita un fallo en un plazo de cinco (5) días contados a partir de la contestación de la solicitud de arbitraje o de la audiencia de pruebas, en su caso.

Gran avance jurídico, ponerse a tono con la normatividad internacional, en un tema que en países como Argentina, Brasil, Uruguay, España y muchos otros, es de amplia aceptación y uso entre comerciantes y consumidores.

El propósito fundamental, es poner de presente al lector algunos interrogantes y por supuesto, sugerir cambios aplicables y favorables para todos, para, finalmente, dar respuesta al título de la obra, “¿es operativo el perfeccionamiento del pacto arbitral consagrado en el decreto 1829 DE 2013?”

La lectura de la obra, permite al interesado en el tema, inicialmente conocer los conceptos básicos del arbitraje; qué es el pacto arbitral; cómo se forma ese pacto arbitral y demás información relevante pero necesaria; posteriormente en forma sucinta una descripción de cómo se maneja el “arbitraje de consumo” en el Derecho Comparado; un análisis de las normas atinentes del Estatuto del Consumidor, íntimamente ligado al tema y por último conocer algunas controversias jurídicas que suscita dicho pacto arbitral en los contratos de adhesión.

La respuesta a la pregunta planteada, y la posición aquí expuesta a la operatividad de la norma, es probable que encuentre detractores; pero constituye un entretenido conocimiento de algo novedoso que en auge y posiblemente con algunos cambios adecuados en su implementación, aquí respetuosamente sugeridos, pueda ser una herramienta de gran ayuda a todos los consumidores colombianos de productos y servicios.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje de consumo
Comerciantes y consumidores
Pacto arbitral Colombiano
Controversias jurídicas
Contratos de adhesión

INTRODUCCION

El presente trabajo jurídico, tiene como eje central la reciente normatividad expedida por el Poder Ejecutivo, mediante Decreto 1829 del 27 de Agosto del año 2013. Este decreto reglamentario, el cual de antemano se precisa, más que reglamentar legisló y modificó el ordenamiento jurídico vigente, en materia arbitral nacional o doméstico; tiene como objetivos generales reglamentar “algunas” disposiciones de las Leyes 23 de 1991 (Instituye el Arbitraje Internacional), 446 de 1998 (Estatuto Orgánico de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos), 640 de 2001 (Conciliación) y 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional).

Así las cosas el Decreto 1829, modifico el ordenamiento Arbitral Nacional, al introducir otra “clase” de arbitraje, además de las consagradas en la Ley 1563 del 12 de Julio de 2012. Esta nueva clase de arbitraje, es la denominada por el Derecho Comparado como, “**Arbitraje del Consumo**” ya que como más adelante se explica, surge para la resolución de las controversias entre los productores, proveedores, distribuidores y los consumidores; es por ello que dentro del trabajo se hace el análisis pertinente al Estatuto del Consumidor, consagrado en la Ley 1480 de 2011.

Es importante destacar que El “Arbitraje de Consumo” es utilizado ampliamente en países como Portugal, España, México, Brasil y Argentina.

El Decreto 1829 permite incluir en todos los contratos jurídicos, y en particular, en el Contrato de adhesión, la cláusula de opción arbitral. A través del artículo 80 del Decreto, se indica:

“OPCION DE PACTO ARBITRAL.- En todo contrato, y en particular, en el de adhesión o contenido predispuesto, se podrá incluir el pacto arbitral como cláusula de opción en los términos del artículo 23 de la Ley 51 de 1918. La estipulación debe ser clara, precisa e informarse explícitamente al celebrarse el contrato. La parte a cuyo favor se concede la opción de pacto arbitral, podrá aceptarla o rechazarla, y hacerla efectiva con la presentación de la solicitud ante el Centro de Arbitraje para resolver las controversias que se deriven de dicho contrato. La aceptación será expresa, libre, espontánea y en ningún caso impuesta ni se presume por la celebración del negocio jurídico. La falta de aceptación al instante de celebrar el contrato, deja sin valor ni efecto la oferta de pacto arbitral. Salvo estipulación expresa en contrario, el término de vigencia de la opción es de un (1) año, contabilizado a partir de la celebración del contrato.”

A través de lo largo del trabajo, se ve cómo el artículo anteriormente transcrito, lleva a preguntarse: **¿Es Operativo el Perfeccionamiento del Pacto Arbitral**

Consagrado en el Decreto 1829 de 2013? - Se espera poder contestar de manera extensa pero clara este interrogante.

Por ahora se expresa la buena voluntad del poder ejecutivo, que en aras que exista una administración de Justicia material y no formal, ha implementado el arbitraje del consumo, el cual está regulado íntegramente en el Decreto 1829 en sus Arts. 80 y 81, y aunque tenga unas imprecisiones se resalta el buen querer de la Rama Ejecutiva.

1. CAPITULO I: ARBITRAJE

1.1. ANTECEDENTES Y ASPECTOS CONSTITUCIONALES

En primer término, se hace el planteamiento ¿Qué es el arbitraje? Y la inmediata respuesta se encuentra en la Ley 1563 de 2012, la cual indica que es:

“(…) Mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.”¹

La Jurisprudencia de antaño de la Corte Constitucional, ha expresado al respecto:

En el ordenamiento jurídico Colombiano, el arbitramento se define a partir de dos elementos constitutivos básicos: (1) la función principal de los árbitros es la de resolver en forma definitiva una disputa, conflicto o controversia, de índole fáctica o jurídica – por lo cual, desde esta perspectiva, los árbitros cumplen una función de tipo jurisdiccional; y (2) la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros no son un acto del Estado – aunque es la Constitución Política la que provee su fundamento último-, sino un contrato o acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, mediante el cual han “habilitado” a los árbitros.²

Respecto a las características o rasgos principales del Arbitraje, conforme a la Jurisprudencia Constitucional, se tiene lo siguiente:

(...) (I) los particulares únicamente pueden administrar justicia en calidad de árbitros o de conciliadores; (II) el arbitramento implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional como función pública, y se traduce en la expedición de fallos en derecho o en equidad, según lo hayan previamente determinado las partes; (III) los particulares deben haber sido habilitados por las partes en cada caso concreto para ejercer la función pública de administrar justicia en su condición de árbitros mediante un procedimiento arbitral diferente y especial; (IV) los árbitros administran justicia de manera transitoria y excepcional en relación con un determinado conflicto, por lo cual su competencia cesa una vez han proferido el laudo; y (V) es competencia del legislador definir los términos en que se administrará justicia por los árbitros, lo cual incluye la fijación de las normas propias del juicio arbitral.
(...)

¹ Art. 1 de la Ley 1563 de 2012 o Ley Hinestrosa, la cual regula el Arbitraje Nacional e Internacional en Colombia.

² Sentencia SU 174- de 2007, Corte Constitucional.

El elemento jurisdiccional del arbitramento tiene dos aspectos centrales: (a) la decisión de los árbitros, plasmada en un laudo, debe resolver efectivamente la disputa, tiene fuerza vinculante para las partes, y hace tránsito a cosa juzgada; y (b) el arbitraje tiene naturaleza procesal, y como tal está sujeto a un marco legal, así como a lo dispuesto por las partes sobre el procedimiento a seguir.

Se ha resaltado la naturaleza procesal del arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Se trata de un proceso, porque los particulares, al administrar justicia como árbitros, deben materializar, dentro de la lógica propia del arbitraje y atendiendo a sus especificidades, los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, respetando el marco específico trazado por el legislador. Por ello, el arbitramento se concibe como un proceso que garantiza los derechos de las partes enfrentadas, a través de una serie de etapas y oportunidades para discutir argumentos, valorar pruebas, controvertir la posición de la otra parte e incluso controlar las decisiones de los árbitros. El arbitramento se ha de desarrollar de conformidad con lo establecido por la ley, expresión que ha sido interpretada por la jurisprudencia constitucional como una facultad para que el legislador regule el funcionamiento de los tribunales arbitrales, sin que ello implique desconocer el principio de voluntariedad. El legislador dispone de un margen de configuración del proceso arbitral, el cual parte del respeto a la voluntad de las partes que optaron por habilitar a unos particulares para dirimir sus diferencias. En virtud del principio de voluntariedad, el legislador puede contemplar varias alternativas de regulación del proceso arbitral, las cuales van desde dejar en libertad a las partes para definir cuáles serán las reglas procesales aplicables hasta exigir ciertos requisitos y etapas, pasando por establecer normas supletorias de la voluntad de las partes.³

1.2. EVOLUCION LEGISLATIVA

El Decreto 1829 de Agosto 27 de 2013, que contiene los artículos 80 y 81, núcleo del presente estudio, reglamenta disposiciones de las leyes 23 de 1991, 446 de 1998 y 1563 de 2012, por lo que se esboza sumariamente la evolución del arbitraje en Colombia.

Desde el contenido del Código Judicial en la **ley 105 de 1890**, que daba la posibilidad de someter a la decisión de arbitadores las controversias surgidas entre personas capaces de transigir; luego la **Ley 103 de 1923**, la **ley 105 de 1931**, la **ley 2ª de 1938** y los Códigos de Procedimiento Civil y de Comercio de

³ Sentencia SU 174- de 2007, Corte Constitucional.

1970, reafirmaron esa posibilidad, que por su parte la Corte Suprema de Justicia, encontró ajustada a la Constitución.⁴

La Carta Política de 1991 le dio al arbitraje el reconocimiento a rango constitucional y posteriormente se dieron en su orden las siguientes leyes:

- ✓ **Decreto 2279 de 1989:** Expedido con la finalidad de modernizar y agilizar la justicia. Recopila las disposiciones dispersas que había sobre arbitraje.
- ✓ **Ley 23 de 1991:** Instituye el arbitraje institucional.
- ✓ **Decreto 2651 de 1991:** Reglamenta la etapa inicial del arbitraje y le da facultades especiales a los directores de los centros de arbitraje.
- ✓ **Ley 270 de 1996: (Modificada mediante Ley 1285 de 2009)** Consagra el arbitraje legal para los arbitrajes en que sea parte el Estado o alguna de sus entidades.
- ✓ **Ley 315 de 1996:** Constituye el estatuto de arbitraje internacional.
- ✓ **Ley 446 de 1998:** Estatuto Orgánico de los Métodos Alternos de Solución de conflictos. Regula el trámite arbitral desde la etapa prearbitral hasta el recurso de anulación.
- ✓ **Decreto 1818 de 1998:** Como decreto compilador que fue, se identifica como el estatuto de los métodos alternativos de solución de conflictos.
- ✓ **Decreto 4089 de 2007:** Reguló todo lo concerniente al marco tarifario.
- ✓ **Ley 1285 de 2009:** Es ley Estatutaria de la justicia cuyo artículo 6 complementa el marco normativo del arbitraje.
- ✓ **Ley 1563 de 2012:** Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional
- ✓ **Decreto 1829 de 2013:** Por el cual reglamenta algunas disposiciones de las leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012.

1.3. MARCO LEGAL

El Arbitraje Nacional e Internacional, como ya se pudo expresar en anteriores líneas, está regulado íntegramente por la Ley 1563 del 12 de Julio de 2012 o “Ley Hinestrosa” que en memoria del fallecido Jurista, toda la Doctrina Nacional ha estado de acuerdo en bautizarla de esa manera.

En materia Procedimental, actualmente se han suscitado muchas discusiones al respecto de cuál Código se debe aplicar dentro del Proceso Arbitral Nacional, unos han optado por el C. de Procedimiento Civil y otros por el Código General del Proceso o Ley 1564 de 2012.

Esas discusiones bizantinas, ya no tienen cabida dentro del ordenamiento jurídico colombiano, ya que ha sido el Consejo de Estado el que ha aclarado, lo que para muchos era un “embeleque procedimental

⁴ Sentencia proferida por la Sala Plena el 29 de Mayo de 1969 (Gaceta Judicial, t.CXXXVII)

Recientemente el alto Tribunal para lo Contencioso Administrativo, mediante providencia del 25 de Junio de 2014, ha indicado⁵:

Sobre el particular, considera la Sala –con fines de unificación jurisprudencial– que el Código General del Proceso entró a regir de manera plena el 1º de enero del año en curso, por las siguientes razones:

i) Si bien el legislador no distinguió expresamente y, por ende, le estaría vedado al juez diferenciar donde aquél no lo hizo, lo cierto es que de manera indirecta el artículo 627 del C.G.P., sí está encaminado a regular una situación que únicamente se predica respecto de la Jurisdicción Ordinaria Civil.

ii) La Jurisdicción Ordinaria Civil es la única estructura de la Rama Jurisdiccional del Poder Público en la que no ha entrado a regir –en el plano normativo– la oralidad como sistema para el trámite y desarrollo del proceso, razón suficiente para que se otorgara por la autoridad administrativa unos plazos con la finalidad de la implementación de las condiciones físicas necesarias y poder así desarrollar un procedimiento oral civil conforme a los postulados de la ley 1564 de 2012.
(...)

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo –que comprende todo el territorio nacional– no ha sido dividida o fraccionada por el legislador para efectos de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, así como tampoco lo fue, en su momento, para la implementación de la ley 1437 de 2011; **igual circunstancia se predica respecto de la Jurisdicción Arbitral, es decir, en ningún momento se ha establecido gradualidad en la vigencia de esa normativa.**

En consecuencia, la Sala unifica su jurisprudencia en relación con la entrada en vigencia de la ley 1564 de 2012, para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014,”
(Subrayado fuera del texto)

Pero lo anterior, no fue el único aporte que realizó el H. Consejo de Estado, ya que en reciente fallo donde se resolvió una controversia entre el Señor Carlos Eduardo Paz Gómez y el Consejo Superior de la Judicatura- Sala Administrativa, deja claro que en los procesos arbitrales no solo cuando haga parte una entidad estatal se aplica el C.G.P., sino que también se aplica para los particulares o entidades privadas, y manifestó en Providencia No 20141636, del 3 de Julio de 2014.⁶

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., Veinticinco (25) De Junio De Dos Mil Catorce (2014).

⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P., Martha Teresa Briceño de Valencia, radicación: 25000-23-42-000-2014-01636-01, 03 de Julio de 2014.

“El señor Carlos Eduardo Paz Gómez instauro acción de tutela contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por considerar vulnerado el derecho fundamental de petición. En consecuencia formuló la siguiente pretensión: Solicito con toda atención que le ordene al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, que se sirva dar respuesta de fondo al derecho de petición presentado y que de igual forma se le indique si los acuerdos que expida obligan a los procesos arbitrales y las autoridades administrativas.

(...)

En el escrito de oposición de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura aclaró que el Código General del Proceso regulará en procesos arbitrales los siguientes asuntos:

- Requisitos de la demanda
- Amparo de pobreza
- Impedimentos y recusaciones
- Admisión, inadmisión, rechazo de la demanda
- Fijación de honorarios
- Pruebas
- Medidas cautelares
- Intervención de partes y terceros
- Recurso de revisión

(...) Luego, el Consejo seccional de la Judicatura del Valle de Cauca y Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, sin estar en la obligación de resolver consultas jurídicas, informan al actor que a los procesos arbitrales se aplica el Código General del Proceso en aquellos asuntos en los que el Estatuto de Arbitraje (Ley 1563 de 2012) hace referencia al Código de Procedimiento Civil.

De los anteriores fallos judiciales, se tiene entonces que el Arbitraje tanto en materia administrativa como entre particulares se debe aplicar el Código General del Proceso, haciendo la salvedad claro está, que en el segundo supuesto solo se aplicará la normatividad permitida, que se considera es las más importante de aplicar de forma inmediata en los procesos arbitrales de cualquier naturaleza para garantizar la tutela jurídica efectiva.

1.4. PACTO ARBITRAL

Al ser la autonomía de la voluntad la fuente directa que permite acudir al arbitraje, tal como antes se explicó, corresponde estudiar la herramienta jurídica que permite su implementación y que no es otra diferente al denominado pacto arbitral, del que se ocupa el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012 al definirlo en el inciso primero, como “un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se

obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.”, negocio que tiene como inmediato efecto, tal como lo pregonan la misma disposición “la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”.⁷

Dos son las modalidades que presenta el pacto arbitral, la cláusula compromisoria y el compromiso, de ahí la necesidad de precisar el alcance de estos dos conceptos, englobados bajo el nombre genérico de “pacto arbitral”:

a) La **Cláusula compromisoria**, las partes convienen someter sus controversias **futuras** sobre una relación sustantiva a decisión de los árbitros, pudiendo constar dicha estipulación en el cuerpo mismo del negocio jurídico que vincula a las partes o en documento separado que lo determine, inequívocamente referido al mismo, como reza textualmente en la nueva ley.

b) El **Compromiso**, lo que hace es someter un conflicto **presente** a la definición de los árbitros”.⁸

1.4.1. Clausula Compromisoria

La Cláusula compromisoria simplemente debe recoger el consentimiento de las partes acerca de su propósito de someter a la decisión de árbitros todas o algunas de las diferencias que puedan tener origen en una relación jurídica-contractual. En cuanto a los elementos esenciales que tocan con el fondo o el contenido del **pacto arbitral** – en especial en la modalidad de cláusula compromisoria –precisa el Consejo de Estado que ellos se encuentran integrados por: (i) la identificación de los sujetos contratantes que dan su consentimiento; (ii) la determinación del contrato fuente de las obligaciones del litigio eventual o presente y (iii) la mutua e inequívoca decisión de someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal de arbitramento.⁹

FORMALIDAD.- Teniendo en cuenta el **artículo 4º de la Ley 1563 de 2012**, la voluntad de los particulares de someterse a la justicia arbitral en una relación contractual debe estar documentada, bien en el mismo contrato al que acceden o en un documento separado, antes de que ocurra la controversia.

En el derecho internacional, basta cualquier escrito, suscrito personalmente por las partes o que conste en canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex.¹⁰ El proyecto de Ley Uniforme para el arbitraje internacional que recomienda la **CNUDMI**, según la enmienda del 2006, presume que hay un acuerdo escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el

⁷ Lopez Blanco, Hernán Fabio, Proceso Arbitral Nacional, Bogotá, Dupré, 2013, p. 87

⁸ BECERRA, Toro Rodrigo, Derecho Arbitral Doméstico Sustantivo y Procesal, Litocencia, Pág130

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de Marzo del 2010

¹⁰ MARTINEZ Neira Nestor Humberto, Estatuto Arbitral Colombiano- Análisis y Aplicación de la Ley 1563 de 2012 – El Pacto Arbitral – Primera Edición 2013, Legis Editores S.A. Pág 54.

acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio (Art. 7).¹¹

El legislador del 2012 contempló **el pacto arbitral ficto**, que es aquel que se tiene por probado cuando en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia del pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, en cuyo caso se entiende válidamente probada la existencia del pacto arbitral, según las voces del parágrafo del artículo 3º de la Ley Hinestroza.¹²

1.4.2. Compromiso.

“El compromiso (Arts 3º y 6º. L:1563) es un **pacto arbitral** por virtud del cual quienes lo celebran acuerdan someter una diferencia preexistente, de naturaleza contractual o extracontractual, a la decisión de árbitros. Se distingue el compromiso de la cláusula compromisoria en que, al celebrarse aquel, la discrepancia de contenido jurídico existe, al paso que en esta apenas constituye una eventualidad.¹³”

1.5. EL CONTRATO DE ADHESION

Una vez entendida las modalidades de pacto arbitral, como su función dentro del Proceso Arbitral, que no es ninguna otra que darle la habilitación a los árbitros para poder dirimir los conflictos sometidos a su decisión, se tendrá que adentrará un poco más en el tema, y comenzar a definir qué es el contrato de adhesión, lo cual servirá como base para resolver el problema jurídico del presente trabajo.

De antaño La Ley 51 de 1918, definía el Contrato de Adhesión, como:

“Aquel que se forma mediante la imposición de su contenido por quien ostenta la posición fuerte en el contrato, la que determina las condiciones del mismo sin que la parte débil pueda discutir o modificar tales condiciones. En esta clase de contratos se conserva la libertad de contratación (celebrar o no el contrato), pero no la libertad contractual, valga decir, la posibilidad de que las partes de manera concertada negocien los términos del contrato. Dentro de los contratos de adhesión están los contratos en serie, y los contratos dirigidos, normados y regulados. Como ejemplos de contratos de adhesión se tienen los contratos de seguros, los contratos de transporte, los bancarios y bursátiles, en donde en la práctica quien está interesado se limita a suscribir

¹¹ MARTINEZ Neira Nestor Humberto, Estatuto Arbitral Colombiano- Análisis y Aplicación de la Ley 1563 de 2012 – El Pacto Arbitral – Primera Edición 2013, Legis Editores S.A. Pág 54

¹² Martinez Neira Nestor Humberto, Estatuto Arbitral Colombiano – Análisis y Aplicación de la Ley 1563 de 2012 – El Pacto Arbitral – Primera Edición 2013, Legis Editores S.A. Pag. 54

¹³ · MARTINEZ Neira Nestor Humberto, Estatuto Arbitral Colombiano- Análisis y Aplicación de la Ley 1563 de 2012 – El Pacto Arbitral – Primera Edición 2013, Legis Editores S.A. Pág 54.

formatos preimpresos o preimbrados, contentivos de las condiciones que regulan la relación contractual.

Al igual que también podría definirse esta modalidad de contrato como:

El que somete la libertad contractual de un contratante al querer del otro, que está en condiciones de imponer al primero las estipulaciones del contrato", precisa que "la ausencia de libre negociación no constituye un obstáculo para hacer entrar el contrato de adhesión dentro del marco del concepto de contrato, puesto que obedece a la característica común de todos los contratos, o sea, la voluntad de vincularse jurídicamente." Y también afirma que "si no hay duda de que el contrato de adhesión supone la ausencia de libre negociación entre las partes, cuando el legislador o la jurisprudencia no hace de él un contrato dirigido, no hay ningún ataque contra la libertad contractual por parte de quien impone su voluntad al otro, cuya voluntad contractual se reduce a aceptar o a negarse a celebrarlo, si las condiciones que se le imponen no le convienen".¹⁴

Por su parte la Ley 1328 de 2009, indica al respecto;

"F) Contratos de adhesión: Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad."¹⁵

Por último, el Consejo de Estado, ha expresado;

Aquel en que se somete la voluntad en un contratante a la del otro, el cual está en condiciones de imponer las estipulaciones del contrato: no tiene discusión que la voluntad recíproca constituye un principio básico y elemental de derecho de todo contrato, sea este privado o público, como tampoco la tiene que los contratos de adhesión son una modalidad de relación negocial aceptada por la ley.¹⁶

✓ **Aclaraciones sobre el derecho del consumo y las condiciones generales de contratación.**

En el ámbito del derecho de consumo y en las negociaciones de contratos en masa, las legislaciones modernas adoptan como instituciones propias de los contratos de adhesión las condiciones generales de contratación (cláusulas determinadas y predispuestas) y las cláusulas abusivas.¹⁷

En lo referente a las cláusulas generales del contrato y a las cláusulas abusivas, hay que decir que unas y otras se diferencian por las siguientes razones: Son condiciones generales de la contratación las cláusulas

¹⁴ LARROUMET, Consultado en; <http://www.legal.unal.edu.co/sisjurun/normas/Norma1.jsp?i=45769>

¹⁵ Art. 2 Literal F, Ley 1328 de 2009

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP Ricardo Hoyos Duque del 20 de junio de 2002 Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0004-01(19488)

¹⁷ Nossa Peña Lisandro, Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales, Cuarta Edición, Editorial Temis S.A. Pag. 82

predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría general de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión o de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato¹⁸.

Si bien las cláusulas generales de contratación en los contratos masivos, podrían ser consideradas cláusulas de adhesión, por este solo hecho no constituyen cláusulas abusivas. Lo serían si ocasionan un desequilibrio a favor del profesional y en perjuicio del consumidor. Según los doctores Elisa Urbina Sánchez, Joaquín Acosta Rodríguez, Ricardo Durán y Jorge Palomares, la tradición jurídica inglesa o románico-francesa, los encuadra en la figura de “ausencia de negociación individual”. Esta misma noción es seguida en países como Alemania, España o Portugal “Condiciones Generales”, y es así recogida por la Directiva Comunitaria en su artículo 3-2.1º.

De esta manera se entiende como cláusulas no negociadas individualmente aquellas que han sido redactadas previamente, sin que el consumidor haya podido influir sobre su contenido.¹⁹”

1.6. PACTO ARBITRAL EN LOS CONTRATOS DE ADHESION - – ARTS. 80 Y 81 DECRETO 1829 DE 2013

Como se ha venido expresando el nuevo Decreto 1829 de Agosto 27 de 2013, consagró la posibilidad de pactar la opción de arbitraje dentro de todos los contratos jurídicos válidamente constituidos, hasta en el de adhesión, sin que ello sea una cláusula abusiva, es decir que en el contrato o acto jurídico se pacta la cláusula compromisoria, pero se pacta, valga la redundancia, bajo la figura o denominación de una “opción” para que la parte a la cual se opone la cláusula manifieste su consentimiento o se oponga a la “cláusula de opción. ”Si la aceptara esa “opción” quedará perfeccionada la cláusula compromisoria y si no, queda sustraída cualquier controversia de ese contrato de la jurisdicción arbitral.

¹⁸ Nossa Lisandro, Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales, Cuarta Edición, Editorial Temis S.A, Pág. 82

¹⁹ SANCHEZ Urbano Elisa, Acosta Rodríguez Joaquín, Duran Vinasco Ricardo, Palomares Jorge, Derecho de los Contratos en Colombia, Tendencias Globalizantes, Ibáñez, pág. 142

1.7. PACTO DE OPCIÓN

Antes de entrar con el tema de “Pacto de opción” es menester indicar, los aspectos principales de la oferta, y sus características, los cuales se podrían expresar de la siguiente manera; pero haciendo la aclaración de que los términos “opción” y “oferta” son distintos, pero como ese no es el eje central del trabajo se realizarán, puntualizaciones pertinentes mas no se entrará a extenderse entre esos dos conceptos jurídicos, que el legislador utilizo para referirse al mismo supuesto jurídico en el Decreto 1829 de 2013 y sus Arts. 80 y 81.

El Profesor Becerra Toro ²⁰ (2006) expresa que “el Código Civil no consagra reglas sobre la formación del sometimiento, lo que si hace el Código de Comercio (Art. 845 a 864). Y es tan importante recordar el concepto de “consentimiento” ya que éste, “implica la propuesta y la aceptación para poder que surja el concurso de voluntades (*in ídem placitum consensus*), sea que las formas de expresión de una y otra etapa resulten más o menos complejas o prolongadas en el tiempo. En consecuencia, puede afirmarse que el consentimiento exige que los sujetos que intervienen en la creación del acto o negocio jurídico, agoten ciertas etapas previas en las que habrá de definirse la clase de negocio, sus elementos esenciales, y aun los accidentales, antes que este se perfeccione, de ordinario una parte propone y otra acepta.

Por su parte el Código de Comercio consagra unas reglas básicas desde los Arts. 845 a 864, las cuales pueden sintetizarse, y complementarse con las reglas del Decreto 1829, de la siguiente manera:

- a) Es el proyecto de un negocio jurídico que una persona formula a otra.
- b) Debe contener los elementos esenciales del negocio jurídico.
- c) Debe ser pública y debe cumplir con el principio de notificación a las partes interesadas.
- d) Cuando la propuesta o la opción es comunicada a la parte interesada, adquiere el carácter de irrevocable.
- e) Si la propuesta es comunicada y es revocada, en el caso que cause un daño, deberá ser indemnizado por el proponente.
- f) Tiene fuerza vinculante, es decir que a pesar de circunstancias fácticas, debe ser cumplida.
- g) El plazo para aceptar la oferta, es de libre discusión como regla general, pero no podrá ser mayor a un (1) año dicha aquiescencia.
- h) Genera obligación de hacer

²⁰ Becerra Toro, Rodrigo, Teoría General del Acto Jurídico, Editorial Universidad Pontificia Javeriana Cali, 2006, p.84

Ahora, la doctrina especializada, ha hecho los rasgos elementales del régimen de la oferta, aplicables al pacto arbitral.

El Docto Becerra Toro (2006) ha indicado que “la oferta es la invitación a negociar jurídicamente que formula un sujeto de derecho a otro determinado o particularizado.

Si bien se han ensayado muchas definiciones, la del profesor DEMOGUE coincide con la contenida en el Código de Comercio: La oferta es proyecto definitivo del acto jurídico que se somete a la aprobación de la persona a quien se dirige. En efecto el artículo 845 del C. Co., ve en la oferta una propuesta para contratar, bajo ciertas condiciones, que una persona determinada dirige a otra determinada o indeterminada.

De lo anterior se deduce que la oferta debe reunir las siguientes condiciones:

- a) Firmeza: debe contener una declaración de voluntad clara y decidida sobre el negocio que se propone
- b) Inequívoca: de la oferta debe deducirse una voluntad real y evidente de celebrar el acto o negocio propuesto, a punto que la propuesta se entienda como un verdadero proyecto de acto, convención o contrato.
- c) Precisa y completa: lo que implica que se determine el acto o contrato por todos sus elementos esenciales u accidentales, y por los que modifiquen los elementos naturales del negocio correspondiente
- d) Provenir del ofertante: debe provenir directamente de quien pretende que surja la obligación.
- e) Dirigirse a un destinatario: se debe dirigir a persona determinada o indeterminada, pero, además la oferta debe llegar a conocimiento de esté.

Ahora, de igual forma y además de lo anterior, es menester indicar, cual es el valor jurídico de la oferta, el cual no es ningún otro que la obligación de hacer, como anteriormente se indicó.

El contenido de la oferta debe contener al menos los requisitos esenciales del negocio jurídico propuesto (essentialianegotti), (1501 C.C., y 845 C.Co.). Por lo mismo se deduce que la oferta debe ser precisa y completa, de modo que debe contener todos los elementos esenciales del negocio propuesto, y además lo que de manera accidental quiera introducir el ofertante, de tal suerte que sólo falte la aceptación pura y simple del ofrecido para que nazca el acto o contrato, a menos que este sea solemne. Es claro que si la oferta no contiene, al menos, los elementos esenciales propios de la naturaleza o negocio que se propone, el mismo no se puede nacer.²¹

²¹ Becerra Toro, Rodrigo, Teoría General del Acto Jurídico, Editorial Universidad Pontificia Javeriana Cali, 2006, p.85

Se tiene, después de lo anteriormente expresado, que esa “opción” u “oferta” dependiendo qué Artículo del Decreto 1829 se trate, debe contener unos requisitos mínimos exigidos por la ley-decreto, y a falta de estos, será inexistente. Y si a pesar de eso los contratantes violan el ministerio de la Ley y quieran acudir al Arbitraje sin cumplir con los requisitos, serán los árbitros los que rechacen el proceso por la inexistencia o ineficacia de la opción arbitral.

Ahora bien, La Opción es definida como una variante del acto jurídico unilateral, que crea una obligación con cargo a una persona y por su sola voluntad. Para que esa promesa unilateral sea jurídicamente posible, se requiere la aceptación de un acreedor futuro, por lo que son necesarias dos voluntades, complementarias, para la existencia válida del vínculo jurídico.

Características de la Opción: Es unilateral, porque crea obligaciones a cargo de una sola parte; independiente; en razón a que es preparatoria de otro contrato que aún no existe; y tiene un término; porque está sometido a un plazo que no puede exceder de un año, salvo que las partes estipulen en el mismo contrato su modificación. Para que el pacto de opción surja es necesario que ocurra un hecho que no depende de las partes.²²

Respecto a la aceptación del pacto arbitral a través de la figura de la opción en los contratos de adhesión, doy a conocer algunos apartes de intervención del Doctor Rodrigo Becerra Toro, en conferencia sobre el análisis del Nuevo Estatuto de Arbitraje Un (1) año Después de entrada en vigencia, en la cual expresó:

La falta de la aceptación de la opción al celebrar el contrato deja sin vigencia la opción misma y el arbitraje. Si no acepta la opción quiere decir que la cláusula compromisoria y la opción misma hay que sacarla del contrato, ya es una situación fáctica que tendrán que definir las partes que traten de unirse a través de un contrato. La vigencia para que una parte pueda hacer uso de la opción que ha aceptado, el término de vigencia para el ejercicio del derecho que confiere la opción es de un (1) año. Pero un año que se cuenta cómo? Desde la celebración del contrato. Y si el contrato es de tracto sucesivo y todavía no se han dado los motivos conflictivos, pues entonces en que quedo la opción arbitral? Más lógico es haber decidido que el término para el ejercicio de la opción, fuera de un (1) año, pero a partir del momento que surge el conflicto²³

Existe grave contradicción en el artículo 80 del Decreto 1829, pues se dice que el término de la vigencia de la opción es de un año, pero previamente dice que esta

²² Peña Nossa Lisandro, Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales, Cuarta Edición, Editorial Temis, Pag 91.

²³ Cámara de Comercio de Cali, Conferencia El Estatuto Arbitral Un (1) año después de su Implementación, Rodrigo Becerra Toro...

debe aceptarse al momento de celebrar el contrato de adhesión, **lo cual deja sin vigencia el año posteriormente previsto.**

El plazo de un (1) año es previamente para que el oponente acepte el pacto arbitral y se formalice el respectivo contrato de arbitraje con el concedente, lo que será imposible, si la aceptación del adherente debe expresarse al momento de celebrar contrato de adhesión.

LA OPCION lo que busca es el perfeccionamiento del **PACTO ARBITRAL**, pero no es operativo haberlo hecho de esa forma. Esta afirmación se esgrima bajo la siguientes consideraciones:

a) La solemnización requerida vs. La práctica comercial usual de celebrar los contratos de consumo;

b) Expresa la norma, que “ la aceptación no se presume por la simple celebración del contrato de adhesión, exigiendo constancia de su aceptación por escrito para efectos probatorios”, por tanto, impone un procedimiento no usual, puesto que en la mayoría de los contratos consensuales la única constancia de su celebración se expide en documento tributario denominado factura, luego, en la práctica no se consignará en dicho papel, la opción de pacto arbitral.

c) Desconoce la utilización del **pacto arbitral implícito. –Parágrafo del Art. 3 de la Ley 1563 - INVOCACION DEL PACTO.** “**PAR.-** Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, una parte **invoca** la existencia de pacto arbitral y la otra nola niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral.

2. CAPITULO II: ARBITRAJE DE CONSUMO EN EL DERECHO COMPARADO

El artículo 81 del Decreto 1829 de Agosto 27 de 2013, instituye en Colombia el **Arbitraje de Consumo**. Numeral 1. **Materia Arbitrable**: Todas las diferencias que surjan con referencia a la relación de consumo, en cualquiera de sus fases y/o aspectos, originada en el negocio jurídico de adquisición de los bienes o prestación de servicios.

Este capítulo mostrará los aspectos más relevantes de cómo se lleva a cabo en los diferentes países el arbitraje de consumo, similitudes y diferencias con la legislación colombiana y la conveniencia o no de su aplicación.

El doctor Juan Pablo Cárdenas Mejía, en su estudio sobre el **Arbitraje de Consumo**, expresa: “Existen diversas tendencias en materia de arbitraje, pero aún en los países más liberales, las cortes consideran necesario asegurarse del consentimiento del consumidor y de que la regulación contenida en el pacto arbitral es equilibrada.”²⁴ Estas tendencias que hacen parte del estudio del Doctor Cárdenas son brevemente resumidas como sigue:

Estados Unidos: Si bien las cortes norteamericanas han admitido de manera general la posibilidad de arbitraje en el derecho del consumo, al mismo tiempo han acudido a los mecanismos de derecho común para proteger a los consumidores.

En todo caso, en el derecho norteamericano en general **se realiza un análisis en cada caso para determinar si realmente existió la voluntad de someterse a arbitraje**. Un elemento que se toma en cuenta es la posibilidad de rechazar el contrato con la cláusula compromisoria. **En efecto, para algunos es discutible la aceptación de la cláusula, cuando una parte tiene un monopolio o cuando todos los potenciales contratantes contemplan una cláusula compromisoria y no es posible por consiguiente celebrar el tipo de contrato de que se trata sin la cláusula compromisoria.**

Finalmente, debe señalarse que en EEUU se mantiene el debate sobre la conveniencia de mantener con amplitud el arbitraje en materia de relaciones de consumo. Quienes defienden el arbitraje señalan que el mismo reduce los costos del litigio y que ello termina beneficiando a todos los consumidores. Otros, por el contrario, sostienen que los acuerdos arbitrales no son favorables a los consumidores. Agregan que los ahorros de las empresas no se transfieren a los consumidores y que estadísticamente los fallos son más favorables a los empresarios que a los consumidores. Este debate ha dado lugar a que los

²⁴ Cárdenas Mejía, Juan Pablo, “El Arbitraje en materia de consumo” disponible en:
Web http://xa.yimg.com/kq/groups/18041107/307658616/name/ARBITRAJE_DE_CONSUMO_FINAL.rtf
(Consulta: 9 de agosto del 2012)

opositores al arbitraje en materia de consumo propusieran en el año 2007 la **Arbitration Fairness Act** que prohíbe las cláusulas compromisorias entre profesionales y consumidores.²⁵

Difiere el manejo **individual a cada caso** que la legislación norteamericana hace de la voluntad de sometimiento al arbitraje, respecto a la forma en que el legislador colombiano le da a la aceptación del pacto al instante de celebrar el contrato. Es totalmente inconveniente que la aceptación deba hacerse justo cuando se está celebrando el contrato y no posterior a la celebración del mismo.

Concordante con esta posición, es la Superintendencia Financiera en cuanto a la estipulación de la cláusula compromisoria en el cuerpo de la póliza contentiva del contrato de seguro y a la aceptación del pacto, posterior a la firma del contrato, así: **“Pero si el pacto de la cláusula compromisoria se efectúa mediante un anexo o endoso a la póliza contentiva del contrato de seguro, la solución a la cuestión ha de ser distinta. En efecto, porque si el anexo consagra única y exclusivamente la cláusula compromisoria y, además, es suscrito por el asegurado con POSTERIORIDAD AL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO DE SEGURO respectivo, o de modo tal que se evite que la compañía subordine el amparo que brinda a la aceptación del endoso relativo a la cláusula compromisoria, la declinación a concurrir ante la jurisdicción del Estado sería LIBRE Y ESPONTANEA y, por ende merecería la aprobación por parte de este Despacho.”**²⁶

Este mismo tema, del pacto arbitral en los contratos de seguro, también hace parte de la legislación en **ARGENTINA**, en donde algunas disposiciones prohíben en casos puntuales el arbitraje. Es el caso del **artículo 57 de la ley de seguros nro.17.418** que establece que: **“son nulas las cláusulas compromisorias incluidas en la póliza”, lo que no impide pactar el arbitraje posteriormente**. Además, sólo puede invocar la nulidad el asegurado y no la aseguradora, pues es una nulidad relativa establecida a favor del asegurado.

“Sin embargo, la doctrina Argentina señala que la jurisprudencia ha considerado que el contrato de adhesión “no resulta en sí mismo disvalioso, encontrándose justificado por la masividad del tráfico, la rapidez con la cual se exige la formalización de los negocios, y la necesidad de reducción de los costos”.

Por consiguiente, el pacto arbitral se puede incluir en contratos de adhesión y lo que **debe realizarse es un examen concreto** tanto respecto de los contratos con consumidores, como respecto de los contratos por adhesión con otros

²⁵ Comentario a Recent proposed legislation, Harvard LawReview 2008 Pag 2265 y siguientes.

²⁶ Superintendencia Bancaria, Oficio DS y C 0266 del 25 de Enero de 1982.

comerciantes, para ejercer un control a través del concepto de cláusulas abusivas.²⁷

Utilizando la misma expresión que usa la doctrina **Argentina** para decir que los contratos de adhesión, no son por sí mismos “disvaliosos” concuerda exactamente con la **Sentencia del 13 de Diciembre de 2002, de nuestra Corte Suprema de Justicia, en la que expresa: “la cláusula no puede ser descalificada o estigmatizada por la única y escueta razón de estar incluida en un contrato de contenido predispuesto”**

Esta teoría común en Argentina, en Colombia y en otros países en los que desde hace años se practica el “arbitraje de consumo” no se refuta en ningún momento, lo que no es práctico es que al estipularlo en Colombia, se haya incluido el pacto arbitral como cláusula de opción.

También Argentina creó mediante la Ley 24240 de octubre 13 de 1993, el **Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo**, que tendrá como finalidad atender y resolver con carácter vinculante y produciendo efectos a la cosa juzgada, para ambas partes, las reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación con los derechos y obligaciones emergentes de la Ley N.24.240 y sus modificatorias, y **de toda ley, decreto y cualquier otra reglamentación que consagre derechos y obligaciones para los consumidores o usuarios en las relaciones de consumo** que define la ley citada; aunque el sometimiento de las partes al **Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo** tendrá carácter voluntario, y deberá constar expresamente por escrito.

Su intervención se dinamizará con la designación del Tribunal arbitral de consumo, el que se regirá por los principios de audiencia, contradicción e igualdad de las partes. El tribunal arbitral de consumo tendrá un plazo máximo de ciento veinte (120) días hábiles para emitir su laudo, contados a partir de su conformación sin perjuicio de las prórrogas debidamente fundadas que pudieran fijarse.²⁸

Un **Tribunal Arbitral de Consumo**, como el anteriormente descrito, creado en Argentina, para dirimir controversias que se generen estrictamente con temas relacionados al consumo, es claramente un ejemplo a seguir y que debiera estudiarse como proyecto de ley en futuras legislaturas de Colombia, ya que se entiende, combina los procedimientos que aquí adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio, junto a un procedimiento arbitral, basado en principios de celeridad e igualdad y con un plazo de cuatro meses para emitir el laudo.

Comparativamente, el Decreto 1829 en su artículos 80 y 81, busca el mismo horizonte del **Tribunal Arbitral de Consumo** mencionado, pero el inconveniente

²⁷ GIL Echeverry Jorge Hernán, Régimen Arbitral Colombiano, Ibañez, pág 1004

²⁸ GIL Echeverry Jorge Hernán, Régimen Arbitral Colombiano, Ibañez, pág 1004

es que deja al arbitrio del consumidor la aceptación o no del pacto al instante de celebrar el contrato, sólo tiene un (1) árbitro designado por el Centro de Conciliación Arbitraje, y el plazo para emitir el fallo será de cinco (5) días contados a partir de la contestación de la solicitud de arbitraje o de la audiencia de pruebas en su caso, lo que a juicio, es un tiempo muy limitado.

Brasil.- La ley Brasileña No 9.307 de 1996 establece que la cláusula arbitral en un contrato por adhesión debe constar por escrito y en caracteres destacados con la firma o aceptación expresa de la cláusula²⁹

Uruguay Existe la **ley de defensa del consumidor** que regula los contratos de adhesión, la cual consagra que son cláusulas abusivas aquellas que por su contenido o forma determinen claros e injustificados desequilibrios entre derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como todas aquellas que violen la obligación de actuar de buena fe.

Desde esta perspectiva se considera que en derecho uruguayo, el hecho de que la cláusula este incluida en un contrato de adhesión no afecta su validez, sino que lo debe examinarse es su carácter abusivo caso por caso.³⁰

Claramente como el tema de análisis, es el pacto arbitral como cláusula de opción en los contratos de adhesión, indudablemente se remite el tema al Título VII – Capítulo II – del Estatuto del Consumidor, en donde su artículo 37 describe los requisitos que deben tener estos y declara INEFICACES las condiciones generales de los contratos de adhesión que no los reúnan, siendo congruente nuestra Estatuto con la Ley de Defensa del Consumidor uruguayo.

También se correlacionan las legislaciones de Argentina, Uruguay y Colombia, .al estipular como parte integral del “arbitraje de consumo” el especial cuidado con las CLAUSULAS ABUSIVAS.

Este es uno de los temas que motivó el ensayo, porque la aceptación del pacto arbitral, en una cláusula que hace parte del contrato y no en un anexo separado, con letras grandes y claras, con una explicación de la oferta de negocio jurídico, con las ventajas y desventajas que ofrece, puede conllevar fácilmente a que ésta, sea un claro abuso con un consumidor incauto.

Así lo expresa textualmente, la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 02 de Febrero de 2001. Exp. 5670: “Características de las cláusulas abusivas: a) Que su negociación no haya sido individual. b) Que lesione los requerimientos emergentes de la buena fe negocial. c) Que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y obligaciones que contraen las partes.

²⁹ GIL Echeverry Jorge Hernán, Régimen Arbitral Colombiano, Ibañez, pág 1004

³⁰ GIL Echeverry Jorge Hernán, Régimen Arbitral Colombiano, Ibañez, pág 1004

Hace parte también de las organizaciones internacionales el TRIBUNAL ARBITRAL INTERNACIONAL que tiene como órgano jurisdiccional, el **TRATADO DE MERCOSUR** que agrupa a Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay y como miembros especiales a Chile y Bolivia, el cual resuelve las diferencias resultantes en la aplicación del tratado. En desarrollo del convenio se han expedido las directivas N.1/95, las resoluciones de grupo N.123/96 y 27/96, todas referentes a la defensa del consumidor.

Se hace mención en la última parte de este capítulo y se muestra una ilustración de una “solicitud de arbitraje en España” por las siguientes razones: **i)** existe en ese país el **Instituto Nacional de Consumo, INC**, organismo que **forma parte de la Administración General del Estado**, **ii)** Este Instituto tiene como finalidad atender y resolver con carácter vinculante, ejecutivo y **gratuito para ambas partes**, las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación con sus derechos legalmente reconocidos; **iii)** Todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial”. Este arbitraje de consumo, regulado como un proceso rápido y sencillo, fue establecido por el **Decreto 636 de 1993 ó Ley General para la Defensa del Consumidor**, el cual tomó en cuenta la directiva de noviembre de 1996 de la Comisión Común Europea.³¹

Las tres características antes enunciadas conforman lo que sería el cambio revolucionario que necesita el país colombiano, respecto al tema del consumo.

31 GIL Echeverry Jorge Hernán, Régimen Arbitral Colombiano, Ibañez, pág 1003

ANEXO 1

FORMATO DE ILUSTRACION DE UNA SOLICITUD DE ARBITRAJE EN ESPAÑA

1 SOLICITUD DE ARBITRAJE

Conforme al R.D. 231/ 2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

RECLAMANTE (CONSUMIDOR – USUARIO)		
NOMBRE Y APELLIDOS:		
NACIONALIDAD:	D.N.I./N.I.E./Pasaporte:	
DOMICILIO:		
POBLACIÓN:	PROVINCIA:	CÓDIGO
POSTAL:		
TELÉFONO:	FAX:	e-mail:

Ante esta Junta Arbitral de Consumo, o la que resulte competente, comparece al amparo del artículo 57 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y del artículo 34 del Real Decreto 231/ 2008, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, y somete a la decisión arbitral prevista por estos preceptos la RECLAMACIÓN que formula por los siguientes

HECHOS: *(Contenido de la reclamación. Exposición de los HECHOS. PRETENSIONES DEL RECLAMANTE y fundamentos en que basa la pretensión)*
continuar en las hojas necesarias.

A este efecto se acompañan los documentos y pruebas adjuntas, consistentes en:

- FACTURA JUSTIFICANTE DE PAGO PRESUPUESTO
 GARANTIA CONTRATO CONVENIO ARBITRAL OTROS

Debe acompañar copia de documento que acredite relación contractual.

1.1 En consecuencia, ante esta Junta Arbitral

SOLICITA: *(Pretensión concreta: cambio del producto, devolución del dinero, indemnización económica, rescisión del contrato, hacer...)*

CUANTÍA DE LA RECLAMACIÓN (en euros):

Dicha reclamación se formaliza contra el reclamado:

Adherido

NO adherido

RECLAMADO(EMPRESA – PROFESIONAL)

NOMBRE Y APELLIDOS/RAZÓN SOCIAL:

D.N.I./ C.I.F.:

DOMICILIO:

POBLACIÓN:

PROVINCIA:

CÓDIGO

POSTAL:

TELÉFONO:

FAX:

e-mail:

Asimismo manifiesta que no ha interpuesto, ni lo hará, reclamación por los mismos hechos ante otra Junta Arbitral de Consumo y pide que tenga por interpuesta esta reclamación al objeto de decisión por un colegio arbitral, o en su caso árbitro único y, previos los trámites procedentes, dicte LAUDO EN EQUIDAD estimando mi pretensión, comprometiéndome a cumplir el mismo. En el caso de que el reclamado acepte sólo el arbitraje en derecho, acepto de la misma manera este arbitraje.³²

³² www.aragon.es/Temas/Consumo/Subtemas/comoreclamar/ci.02_arbitraje_de_consumo.detalleTema

3. CAPITULO III: ESTATUTO DEL CONSUMIDOR Ley 1480 de 2011 vs. ARBITRAJE DE CONSUMO

En este acápite, se realizara el análisis a la Ley 1480 de 2011 o “Estatuto del Consumidor” haciendo énfasis en los artículos donde se enmarca los actos o contratos jurídicos en los cuales versa la adquisición de bienes o prestación de servicios. Para después adentrarnos en tema arbitral de consumo con su pacto arbitral en modalidad de “opción” que de antemano se indica es una vulneración al consumidor por las razones que se expondrán.

El Estatuto del Consumidor, tiene como objeto “regular los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores.”³³

Este Estatuto, contiene toda la normatividad aplicable a las relaciones del “Consumo” pero el Decreto 1829 del que se ha venido hablando se introduce como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos (MASC) y expresa que se podrá someter a un proceso arbitral las controversias o conflictos que se susciten de las relaciones de consumo, es decir que se está ante una competencia a prevención por parte del Decreto 1829, que no desplaza la competencia que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio, pero si brinda al consumidor, proveedor o distribuidor la opción de que elija a que ente facultado de jurisdicción quiere acudir.

Anteriormente se expresó que el pacto arbitral en la modalidad de “opción” es violatoria de los derechos del consumidor, porque, a juicio, al indicar que una vez “aceptado” el contrato se está aceptando el pacto arbitral vulnera el acuerdo de voluntades que tiene como rasgo elemental el arbitraje, porque existe la coacción por parte del contratista sobre el contratante que muchas veces sin saber qué está aceptando, se obliga a acudir a un MASC que realmente no quiere ir o no resulta beneficio acudir aquel.

Sobre el tema la doctrina especializada ha indicado:

“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.”

Surgen las siguientes preguntas: ¿La operatividad del pacto arbitral en opción, se ve realmente viciado de consentimiento? El Estatuto del Consumidor a lo largo de todo su articulado indica que no se puede menoscabar los derechos de los consumidores, pero con el Decreto 1829, al implantar una opción que no tiene en

³³ Art 2 Ley 1480

cuenta el verdadero consentimiento del consumidor, ¿No menoscaba el derecho de la “voluntad” del consumidor?

A las anteriores preguntas, la respuesta es afirmativa, por lo cual se exhorta al legislador a que modifique el yerro del poder ejecutivo y reglamente de forma diferente el arbitraje del Consumo, ya que de esta forma no se está respetando los derechos de los consumidores.

¿Y de qué forma realizar la modificación a la cual se refiere?

De la siguiente manera: **La cláusula compromisoria debe ser redactada en un anexo al contrato, en letra grande, clara, suministrando información acerca de en qué consiste el “pacto arbitral”, por qué debe firmarlo, cuáles son las ventajas de aceptarlo, y en forma sucinta informar cómo se llevaría a cabo el “arbitraje de consumo”, el procedimiento, la etapa probatoria y el término en el que el árbitro único debe proferir el laudo.**

El tema materia de estudio está estrechamente ligado con La Ley 1480 de 2011, conocida como **“Estatuto del Consumidor”** especialmente los artículos referentes al contrato de la adquisición de bienes o prestación de servicios, el procedimiento, la protección que la misma brinda al consumidor, de tal forma que luego de su estudio, se pueda sugerir al consumidor afectado, si encuentra una solución más rápida y eficiente reclamando ante la Superintendencia de Industria y Comercio o de ahora en adelante someterse al “arbitraje de consumo” .

Otra razón que ata el objetivo del ensayo, al Estatuto del Consumidor es la referencia que hace el Artículo 80 del Decreto 1829, al indicar que se podrá incluir el pacto arbitral en todos los contratos y en particular en el de adhesión o contenido predispuesto, que se define en el artículo 5 como aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.³⁴

Uno de los objetivos de esta investigación, es poner de presente la facilidad que tiene un consumidor que firme un contrato de adhesión, que incluya el pacto arbitral como cláusula de opción, que dicha cláusula finalmente sea una cláusula abusiva, que son aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor pueda ejercer sus derechos.

La anterior apreciación tiene fundamento en la práctica comercial usual, no en todos los casos, pero en su gran mayoría, el consumidor no toma el tiempo

³⁴ Chavarro Cadena Jorge Enrique , Estatuto del Consumidor, Ira. edición, editorial Nueva Legislación Ltda., pág 9

necesario para leer detenidamente el contrato y mucho menos en los contratos de adhesión o contenido predispuesto. El Estatuto del Consumidor en su **artículo 37** establece taxativamente los requisitos que deben tener las Condiciones Negociales Generales y de los contratos de adhesión que son:

- (i) Haber informado suficiente, **anticipada** y expresamente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales.
- (ii) Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas.
- (iii) En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, en los contratos de seguros, el asegurador hará entrega **anticipada del clausulado** al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones de las garantías.

Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo. Por consiguiente, la inclusión del pacto arbitral en los citados contratos, tiene la tendencia a que pueda considerarse INEFICAZ, bien porque no fue informado su alcance anticipadamente, o porque la **aceptación de la cláusula arbitral debe hacerse “al instante de celebrar el contrato” lo que imposibilita su detenido análisis.**

Bien reconocen los doctores Elisa Urbina Sanchez y Joaquín Acosta Rodríguez que: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.”³⁵

Y es que en el ordenamiento jurídico, especialmente en la Ley 1480 a la que se dedica este capítulo, la **protección contractual es un derecho**, los consumidores y usuarios, tienen el derecho a ser protegidos de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.³⁶

Es precisamente este derecho, ya establecido, el que puede ser vulnerado si el proveedor no instruye al consumidor acerca de lo que es el pacto arbitral, en qué consiste, cómo funciona, cuáles son sus ventajas o desventajas, por qué debería tomarlo, y eso, obviamente no será llevado a cabo en la práctica comercial. En primer lugar, porque es un tema especial que requiere estudio, no conocido por todos, así sean comerciantes y además porque la facilidad y celeridad que tienen las relaciones proveedores o prestadores de servicio con los consumidores no

³⁵ Urbina Sanchez Elisa, Acosta Rodríguez Joaquín, Durán Vinazco Ricardo, Palomares García Jorge, Derecho de los Contratos en Colombia, Ibañez, pág 140

³⁶ Chavarro Cadena Jorge Enrique , Estatuto del Consumidor, Ira. edición, editorial Nueva Legislación Ltda., pág 4

permite ahondar en estudios específicos y mucho menos es usual en Colombia, la advertencia de qué se puede hacer o a dónde se puede recurrir en caso de alguna controversia relacionada con el negocio jurídico celebrado.

En concordancia con lo anterior, **PROHIBE** el Estatuto las cláusulas que permitan al productor y/o proveedor modificar unilateralmente el contrato o **sustraerse de sus obligaciones**.³⁷ Con respecto a esta “sustracción de obligaciones”, la amplitud de la **Materia Arbitrable** que define el artículo 81 del Decreto 1829, “Todas las diferencias que surjan con referencia a la relación de consumo en cualquiera de sus fases y/o aspectos...” va a hacer que el proveedor encuentre la excusa válida para no comparecer al Tribunal, argumentando que la situación por la cual fue citado por el Consumidor no hacía parte de lo pactado en la cláusula arbitral.

Por lo expuesto anteriormente, el pacto arbitral en los contratos de adhesión, puede conllevar fácilmente a que dicha cláusula, argumentados los motivos, pueda constituirse en abusiva o prohibida. Aparte de los conceptos anteriormente expresados, el inciso final del artículo 81 del Decreto 1829 es una norma imperativa de muy escaso cumplimiento.

Dice así: “El destinatario de la oferta de pacto arbitral, podrá o no aceptarla, caso este último en que deberá hacerlo de manera expresa. La no aceptación al momento de celebrar el negocio jurídico, deja sin valor ni efecto la oferta de pacto arbitral.” Pero esa constancia de aceptación ordenada también en el **artículo 39 del Estatuto del Consumidor**,³⁸ no hace parte de nuestra costumbre comercial, puesto que raramente el productor y/o proveedor entrega constancia escrita y términos de la operación al consumidor dentro de los tres (3) días siguientes a la solicitud.

La posición que se tiene de defensa del **Estatuto del Consumidor**, comparado con el sometimiento al “arbitraje de consumo” a través de la aceptación de la cláusula de pacto arbitral en los contratos de adhesión, hay muchas ventajas en éste, que son disminuidas en aquel. Por ejemplo, en el trámite descrito en el numeral 5 del Art. 81 del Decreto 1829 literal d) expresa: “Si fuere necesario presentar pruebas, se remitirán junto con la demanda o contestación”, en cambio, el **art. 43 Numeral 3 del Estatuto**, decreta como **cláusula abusiva y por consiguiente ineficaz** de pleno derecho la cláusula que en su estructura invierta la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.³⁹

³⁷ Chavarro Cadena Jorge Enrique , Estatuto del Consumidor, Ira. edición, editorial Nueva Legislación Ltda., pág 65

³⁸ Chavarro Cadena Jorge Enrique , Estatuto del Consumidor, Ira. edición, editorial Nueva Legislación Ltda., pág 66

³⁹ Chavarro Cadena Jorge Enrique , Estatuto del Consumidor, Ira. edición, editorial Nueva Legislación Ltda., pág 68

Otro claro ejemplo, y que también hace parte de las cláusulas descritas en el párrafo anterior, es las que deriven erogaciones u obligaciones a cargo del consumidor. Visto de esta forma, la cláusula arbitral incluida en los contratos, debería garantizar el acceso gratuito a la justicia arbitral.

El numeral 12 del Art. 43 del Estatuto, le daba el carácter de abusiva y por tanto ineficaz de pleno derecho a la cláusula que obligara al consumidor a acudir a la justicia arbitral, pero, en contrasentido, y sin tener en cuenta el costo que debe

asumir el consumidor afectado que haya aceptado el pacto arbitral, dicho numeral fue derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012.

Aparte de lo ya expuesto, la tesis, anti pacto-arbitral tiene que ver con el desmejoramiento de las condiciones ya concedidas al consumidor en el Estatuto, cito entre otras, el que en este, Las normas deberán interpretarse **en la forma más favorable al consumidor**. En caso de duda se resolverá a favor del consumidor;⁴⁰ **la garantía legal**, que significa reparación **totalmente gratuita** de los defectos del bien; **la reversión del pago**.- que autoriza el Estatuto del Consumidor, en su artículo 51; y el **derecho de retracto** del artículo 47.

Y como si fuera poco, se debe dar a conocer al lector, que en aplicación al artículo 116 de la Constitución Nacional le han atribuido facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera. De esta manera, los consumidores financieros de las entidades vigiladas por la Superfinanciera, podrán someter a conocimiento de esa autoridad, los asuntos contenciosos que se suscitan entre ellos y las entidades vigiladas, sobre las materias a que se refiere el artículo 57 del Estatuto, para que sean falladas en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez. Actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, inversión de los recursos captados del público.

Al destacar de esta forma las innumerables ventajas y la facilidad de acceder a ellas, vía Estatuto del Consumidor, reafirmo la posición de que aceptar un pacto arbitral en un contrato de adhesión, es innecesario dadas todas las prerrogativas aquí brevemente resumidas.

⁴⁰ Chavarro Cadena Jorge Enrique , Estatuto del Consumidor, Ira. edición, editorial Nueva Legislación Ltda., pág 64-73 y 8

4. CAPÍTULO IV: CONTROVERSIAS JURÍDICAS DEL PACTO ARBITRAL COMO OPCIÓN EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Al principio de este escrito, se plantea la siguiente pregunta; ¿Es Operativo el Perfeccionamiento del Pacto Arbitral Consagrado en el Decreto 1829 de 2013? Una vez analizado I) el pacto Arbitral en sus dos modalidades II) Los arts. 80 y 81 del Decreto 1829, donde se consagra el pacto de “opción”, al igual que III) el derecho comparado y su operatividad, se responde al interrogante de forma negativa, ya que se puede ver que el pacto consagrado en el Decreto 1829, no es operativo, por las siguientes razones:

- a) El artículo 80 dice que el término de vigencia de la opción es de un (1) año, pero previamente dice que esta debe aceptarse al momento de celebrar el contrato de adhesión, lo cual deja sin vigencia el año posteriormente previsto.
- b) La solemnización requerida Vs la práctica comercial usual de celebrar los contratos de consumo
- c) La ligereza con que se firman los contratos consensuales entre proveedores y consumidores, no permite que los consumidores, lean, analicen detenidamente, qué pueden hacer o a dónde recurrir en caso de daño en el bien adquirido o violación al derecho en el caso de la mala prestación de un servicio.
- d) La población colombiano ahora ha tomado conciencia de las ventajas de conocer el “Estatuto del Consumidor”, ley que ha venido siendo conocida con el paso de los años.

Este último capítulo del estudio realizado confirma el título otorgado al mismo, **Controversias jurídicas del Pacto Arbitral como Opción en los Contratos de Adhesión.**

La inconstitucionalidad o invalidez de la cláusula compromisoria en los contratos de adhesión, ha sido ampliamente debatida. Lo explica muy bien el doctor Jorge Hernán Gil Echeverry, en una de sus últimas obras **Régimen Arbitral Colombiano** – publicada en enero de 2013, siendo esta la fuente consultada para conocer las opiniones de tratadistas del talante de los doctores Nestor Humberto Martínez, Julio Benneti y Carlos Ignacio Jaramillo, entre otros.

“En la medida en que no existan normas imperativas que prohíban las cláusulas compromisorias en los contratos de adhesión, éstas son plenamente válidas. Dice el doctor **Nestor Humberto Martínez y añade:** Tampoco podría hablarse de la fuerza como vicio del consentimiento que anule la cláusula compromisoria, porque quien adhiere al contrato lo hará libre y espontáneamente, sin que su voluntad se vea coartada.”⁴¹

⁴¹ GIL Echeverry Jorge Hernán, *Régimen Arbitral Colombiano*, Ibañez, pág 299.

El artículo 80 del Decreto 1829 en estudio, utiliza también estos dos términos, **aceptación libre y espontánea**. El problema radica al parecer, en que dicha aceptación no debe hacerse **al instante de celebrarse el contrato**, como lo impera la norma, sino que la aceptación responda a un estudio detallado en un anexo aparte con una explicación amplia y suficiente de lo que significa el pacto arbitral donde el consumidor conozca los pro y los contras del sometimiento.

“Los contratos preimpresos en cierta medida vulneran los derechos del usuario o consumidor”. Es la opinión del doctor **Julio Benneti**, citada en la obra del doctor Gil Echeverry. El critica los contratos que: **(i)** se celebran en modelos preimpresos con pocos espacios en blanco reservados para la individualización de la relación jurídica; **(ii)** son utilizados por empresas que suelen disfrutar de un privilegio originado en un monopolio de hecho o de derecho y que imponen unilateralmente sus condiciones al usuario; **(iii)** tales empresas comercian con productos y explotan servicios que son de especial importancia para la satisfacción de necesidades de la comunidad, como el transporte, el seguro o los servicios públicos, o en todo caso pertenecen a un área de interés público, como es el sector bancario o el de captación del ahorro privado.⁴²

A las críticas expuestas por el Doctor Benetti, las cuales se comparten plenamente, es necesario ahora, revisar en cada contrato, si la aceptación del consumidor de la cláusula de pacto arbitral no fue impuesta. De allí, la urgencia de implementación del anexo, en letra clara, que permita al usuario realmente tomar la decisión que él considere se ajuste a su conveniencia.

“El contrato de adhesión es un riesgo, cualquiera que sea su contenido”, dice el doctor Gil Echeverry, razón por la cual el legislador previó unas reglas de interpretación especiales para morigerar sus efectos, pero no prohibió el contrato de adhesión mismo, dada su finalidad y necesidad económica.”⁴³

Podría considerarse abusiva la cláusula compromisoria en los contratos de adhesión? El doctor **Carlos Ignacio Jaramillo** Solución alternativa de conflictos en el seguro y en el reaseguro (Universidad Javeriana, 1988, pp 298-318) afirma que no; por *la sencilla razón de que coloca a **ambas partes** en igualdad de condiciones, pues ambas se obligan a acudir a la justicia arbitral.*

Respecto a la naturaleza abusiva de la cláusula, cuando se trata de contratos en masa o pretimbrados, también llamados **contratos de consumo**, ésta se configura cuando la cláusula ha sido impuesta por la parte fuerte o profesional al consumidor y además otorga una ventaja excesiva al profesional.

⁴² Benneti, Julio, op.cit.,pp 47 y55).

⁴³ GIL, Echeverry Jorge Hernán, Régimen Arbitral Colombiano, Ibañez, pág 300.

La cláusula solamente podría considerarse abusiva cuando le confiera al profesional o predisponente: “mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento en que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellas...”.⁴⁴

“El tratadista resalta cómo en los países de la Unión Europea, y en general en Iberoamérica, es válida la inclusión de la cláusula compromisoria en contratos como el seguro, cuya configuración generalmente es de adhesión”.

Se tiene el concepto muy personal que, el aparte del artículo 80 del decreto 1829 que dice: “**la falta de aceptación al instante de celebrar el contrato**”, deja sin valor ni efecto la oferta de pacto de arbitral”, es lo que posiblemente pueda desembocar luego del análisis en una cláusula abusiva, que menoscabe el derecho del consumidor a conocer otras opciones, como las que fueron expuestas en el capítulo III.

La cláusula compromisoria de adhesión no es nula, aunque puede ser abusiva, dependiendo de las circunstancias⁴⁵

Este concepto encierra el argumento principal de este ensayo. Por esta razón se ha recalcado con regularidad la necesidad de reglamentar la forma en que la cláusula compromisoria en los contratos de consumo, se dé a conocer al usuario de una manera más clara, y por qué no, considerar para la futura reglamentación, el ejemplo de la ley brasileña 8070, que expresa:

“El contrato predispuesto o dirigido, una vez aceptado, debe contener una manifestación expresa y adicional respecto a la aceptación de la cláusula compromisoria, la que no se entiende aceptada con la sola firma del contrato”.

Forma totalmente opuesta, a la aceptación instantánea que fue instituida en Colombia. También la manifestación **adicional** si fuere así reglamentada, sería de la mayor importancia.

Además, el artículo 51 de la misma ley declara como de nulidad plena “la utilización compulsiva del arbitraje en las relaciones de consumo, cuando la cláusula compromisoria es impuesta y no negociada”.⁴⁶

Esto precisamente es lo que se quiere, que aunque el legislador dejó muy claro en el artículo que la aceptación de la cláusula compromisoria no puede ser impuesta, el uso masivo y la rápida aceptación no degeneren en una cláusula firmada sin conocimiento de causa.

⁴⁴ Jaramillo Carlos Ignacio, Solución Alternativa de Conflictos en el Seguro y en el Reaseguro, Universidad Javeriana, 1988 pág 298-318

⁴⁵ GIL, Echeverry Jorge Hernán, Régimen Arbitral Colombiano, Ibañez, pág 301.

⁴⁶ Echeverry Jorge Hernán, Régimen Arbitral Colombiano, Ibañez, pág 302.

5. CONCLUSIONES

- ✓ Para terminar con el presente trabajo jurídico es menester indicar que el poder Ejecutivo de forma sagaz y valida, al instaurar el pacto de opción, quiso aunque en la práctica no se percibe, por los motivos expuestos anteriormente, proteger al consumidor. Pero de todas formas es importante resaltar con la expedición de la Ley 1563 de 2012, la cual reúne o articula de manera armónica el Arbitraje Nacional o Domestico y el Internacional, los consumidores tienen otra “puerta” donde “solicitar” Justicia, pero esto siempre y cuando no temerariamente en un contrato o acto jurídico se introduzca una cláusula de la cual no se tiene verdadero consentimiento que luego de estar perfeccionado el convenio aquella clausula no cumpla con las exigencias del libre consentimiento y constriña al consumidor a acudir a MASC del cual realmente no quiere hacer parte.
- ✓ Colombia debe, conforme al aporte y en concordancia con las legislaciones de países cercanos y europeos que tienen ya en su sistema judicial el arbitraje de “consumo” consolidado, reestructurar la operatividad del pacto de opción, y de esa forma estar en armonía con la Tutela jurídica efectiva la cual es el marco de acción de cualquier Estado Social y de Derecho, como este país colombiano.
- ✓ Estudiadas las posiciones jurídicas de expertos tratadistas sobre la cláusula compromisoria en los contratos de adhesión, se concluye que el pacto arbitral en los susodichos contratos es plenamente válido, como lo es dicha modalidad particular de contratación.
- ✓ La cláusula compromisoria de adhesión puede ser abusiva dependiendo de las circunstancias, es por ello que se requiere una reglamentación diferente en la que la aceptación de esta, sea por ejemplo como lo estipula la ley brasileña, es decir que sea el adherente quien **tome la iniciativa de instruir el arbitraje**, que se pacte por escrito en **documento anexo** con la firma o visto bueno **otorgado especialmente para esta cláusula**” Estas tres condiciones hacen mérito a lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia **C-961 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, en la que la manifiesta que la preferencia por un tribunal de arbitramento corresponde a una elección surgida de un acuerdo previo**. Pero esta preferencia debe estar basada en el conocimiento que el documento anexo le proporcione al consumidor acerca de lo que significa el pacto arbitral, así como una citación expresa al estatuto del consumidor, y de esta manera no violentar la capacidad volitiva de los contratantes.
- ✓ El propósito de este ensayo no es demeritar el esfuerzo del legislador en el avance de ponerse a tono respecto a otra vía de defensa de los derechos del

consumidor, a través de un mecanismo alternativo de solución de conflictos como lo es el arbitraje; sino hacer una crítica constructiva y resaltar algunos cambios que son convenientes en los artículos 80 y 81 del Decreto 1829 para que el “**arbitraje de consumo**” no disminuya la labor que con eficacia ha logrado la Superintendencia de Industria y Comercio en la protección de los derechos del consumidor.

- ✓ Por supuesto, estas cifras enunciadas por el Superintendente demuestran la importancia de tener dos vías de acceso al reclamo de los consumidores, siempre y cuando la aceptación de la cláusula compromisoria en el contrato no menoscabe derechos ya adquiridos vía estatuto del consumidor, citando entre otros la carga de la prueba y la onerosidad que en ocasiones se le endilga a la “Justicia Privada” que ha sido una de las cuestiones sensibles al evaluar la incorporación de este tipo de cláusulas en los denominados contratos de adhesión. Cuando el consentimiento del pacto arbitral conste en un documento anexo estudiado por el consumidor se evitará que por premura se vea obligado a acudir a la jurisdicción arbitral asumiendo cargas que no se adquieren cuando se acude a la justicia administrada por el Estado.
- ✓ La derogación que hizo El Estatuto de Arbitraje Ley 1563 de 2012 en su artículo 118, del artículo 43 numeral 12 del Estatuto del Consumidor, que definía entre las cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho las que obligaran al consumidor a acudir a la justicia arbitral, es un gran avance de nuestra legislación, que debe ser aprovechado al máximo por proveedores, productores, consumidores, para resolver sus controversias, a través del “arbitraje de consumo” de marcada aceptación en normativas de muchos países.
- ✓ En conclusión, en hora buena ha sido instituido en el país de Colombia el “arbitraje de consumo”, pues es una magnífica alternativa de solución a las diferencias que surjan con referencia a la relación de consumo, solo que se han dejado en este escrito plasmadas sugerencias de cambios sustanciales en la redacción de los artículos del Decreto 1829 encargados de instituirlo, con ciertas críticas en la forma de implementación basadas en el derecho comparado, en conceptos jurídicos ampliamente discutidos por las Cortes y con la reverencia de respeto que merecen los tratadistas consultados, quienes coinciden que hasta en los países más liberales, el consentimiento del consumidor debe ser voluntario, libre e informado.

6. RECOMENDACIONES

- ✓ La frase del artículo 80 del decreto en estudio: ***“la falta de aceptación al instante de celebrar el contrato, deja sin valor ni efecto la oferta de pacto arbitral”***, es la que se sugiere sea modificada o reestructurada. En primer lugar, que haya un “anexo” en el que se informe a los consumidores en forma muy breve, en qué consiste el pacto arbitral; conocedor de los pro y los contras, que su aceptación resulte de una libre discusión y autónoma aceptación y no de una imposición.
- ✓ Gracias a la labor que ha adelantado en los últimos años, la Superintendencia de Industria y Comercio, que ha impuesto millonarias multas y sanciones a quienes violan los derechos de los consumidores, se ha formado una cultura del reclamo, del denuncia y de demanda cuando se sienten atropellados, sería muy conveniente dar a conocer al público en general, en qué consiste el “arbitraje de consumo”, a través de diferentes medios publicitarios, conferencias de personas de países vecinos especializadas en el tema, que los centros de conciliación y arbitraje ofrezcan el servicio y den a conocer al consumidor, cómo podría defenderse en caso de un reclamo, que a través del arbitraje, debe ser resuelto en muy corto tiempo.
- ✓ (En reciente entrevista al doctor Pablo Felipe Robledo, Superintendente de Industria y Comercio, SIC, publicada en el diario El País, “la Superintendencia de Industria y Comercio, el año pasado, impuso multas por \$217.000 millones y en lo corrido de este año (hasta mayo) el monto de las sanciones superó los \$125.000 millones. Esto debido a que el Gobierno Nacional ha fortalecido el presupuesto y los empleos en ese despacho. Dijo que el presupuesto de este año es tres veces mayor al que se había aprobado en el año 2009. Todo se está alineando a favor de una política pública que defiende los derechos de los consumidores. Hoy los colombianos son más conscientes de tener unos derechos. Ahora hay más cultura por respetar los derechos de los consumidores. Son consumidores responsables, que reclaman, denuncian y demandan cuando se ven atropellados”.
- ✓ Por último, novedoso sería implementar en los contratos un párrafo donde los comerciantes formen parte de una red de servicios de arbitraje de consumo, en donde a través de sus establecimientos de comercio, invitan a que todas las controversias sean resueltas por arbitraje, en determinado centro arbitral de consumo y de conformidad con sus reglas, el consumidor presenta demanda en formato preparado por el centro en el cual se afirma que acordó un pacto arbitral institucional con el comerciante, que hace parte de la red, evitando de esta forma la negación de la existencia del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

BECERRA TORO RODRIGO, Derecho Arbitral Doméstico Sustantivo y Procesal, Cámara de Comercio de Cali, Centro de Conciliación y Arbitraje.

Art 2 ley 1480.

Art. 1 de la Ley 1563 de 2012 o Ley Hinestroza, la cual regula el Arbitraje Nacional e Internacional en Colombia.

Art. 2 Literal f, Ley 1328 de 2009.

BARRAGAN LUIS, El Laudo Arbitral en el Contrato de Arbitraje, Legis Editores, 657 – 669.

BECERRA TORO RODRIGO, Teoría General del Acto Jurídico, Editorial Universidad Pontificia Javeriana Cali, 2006, p.84 y 85.

BECERRA TORO RODRIGO, Derecho Arbitral Doméstico Sustantivo y Procesal, Litocenco, pág130.

BENNETI JULIO, op.cit.,pp 47 y55).

RODRIGO BECERRA TORO, Cámara de Comercio de Cali, Conferencia el Estatuto Arbitral un (1) año Después de su Implementación,.

CARDENAS MEJÍA JUAN PABLO, el Arbitraje en Materia de Consumo.

CARTILLA “DIPLOMADO EN LITIGIO ARBITRAL” – Centro de Arbitraje y Conciliación – Cámara de Comercio de Bogotá – Ministerio de Justicia y del Derecho – República de Colombia.

CASTRO DE CIFUENTES MARCELA, la Cláusula Compromisoria por Referencia, Publicado en el Libro “El Contrato de Arbitraje” ed. Universidad del Rosario y Legis 2005 pag. 173.

CHAVARRO CADENA JORGE ENRIQUE, Estatuto del Consumidor, 1ra. Edición, Editorial Nueva Legislación Ltda., pág 4, 8, 9 y 64 a 73.

COMENTARIO A RECENT PROPOSED LEGISLATION, Harvard Lawreview 2008 pag 2265 y Siguietes.

Ponente ENRIQUE GIL BOTERO Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Consejero Bogotá D.C., Veinticinco (25) de junio de dos mil catorce (2014).

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de marzo del 2010.

C.P., MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA Consejo de Estado, Sección Cuarta, , Radicación: 25000-23-42-000-2014-01636-01, 03 de julio de 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL – Sentencia c-330 del 22 de marzo de 2000.

M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Corte Constitucional, Sentencia su-174 del 2007,

DECRETO 1829 del 27 de agosto de 2013 – Reglamenta Algunas Disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012.

ESTATUTO DEL CONSUMIDOR – Ley 1480 de 2011 – Artículos 42,43 y 44.

GIL ECHEVERRY JORGE HERNÁN, Régimen Arbitral Colombiano, Ibañez, pág. 299 a 302, 1003 y 1004.

JARAMILLO CARLOS IGNACIO, Solución Alternativa de Conflictos en el Seguro y en el Reaseguro, Universidad Javeriana, 1988 pág 298-318.

LEY 1365 del 22 de octubre de 2012 - Estatuto Nacional e Internacional de Arbitraje.

LEY 1480 del 12 de octubre de 2011 – Estatuto del Consumidor.

LOPEZ BLANCO HERNÁN FABIO, Proceso Arbitral Nacional, Bogotá, Dupré, 2013, p. 87.

MANTILLA FABRICIO, “Los Límites al Consentimiento en el Pacto Arbitral” Publicado en el Libro “El Contrato de Arbitraje” ED. Universidad del Rosario y Legis 2005, pág 238.

MARTINEZ NEIRA NESTOR HUMBERTO, Estatuto Arbitral Colombiano- Análisis y Aplicación de la ley 1563 de 2012 – El Pacto Arbitral – Primera Edición 2013, Legis Editores s.a. pág 54 y 55.

NOSSA PEÑA LISANDRO, Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales, Cuarta Edición, Editorial Temis s.a. pag. 82 a 85 y 91

PRECIADO ARBELAEZ ALBERTO, Estatuto Arbitral Colombiano “De la Voluntariedad y los Pactos Arbitrales Abusivos en el Derecho Colombiano”, Primera Edición 2013, Legis Editores, págs 77-78.

PURIFICACION MARTORELL ZULUETA, Las Condiciones Generales de la Contratación, Derecho de Consumo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995, pág 251.

ROBLEDO PABLO FELIPE, Diario el País, Santiago de Cali, 17 de junio de 2014, página b.

ROQUE CAIVANO, La Cláusula Arbitral, Evolución Histórica y Comparada. Edición Universidad del Rosario, Cámara de Comercio de Bogotá, 2008 págs 286 y 287.

SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA PLENA el 29 de mayo de 1969 (Gaceta Judicial, T.CXXXVII)

SENTENCIA SU 174- de 2007, Corte Constitucional.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA, Oficio ds y c 0266 del 25 de enero de 1982.

URBINA SANCHEZ ELISA, Acosta Rodriguez Joaquín, Duran Vinazco Ricardo, Palomares Garcia Jorge, Derecho de los Contratos en Colombia, Tendencias Globalizantes, Editorial Ibañez, Pág 140 Y 142

WEBGRAFÍA

- ✓ www.consumo-inc.gob.es/seguridad/home.htm?id=100
- ✓ LARROUMET, Consultado en:
<http://www.legal.unal.edu.co/sisjurun/normas/Norma>
- ✓ Cárdenas Mejía, Juan Pablo, “El Arbitraje en materia de consumo” disponible en:
<http://xa.yimg.com/kq/groups/18041107/307658616/name/ARBITRAJE>
- ✓ www.aragon.es/Temas/Consumo/Subtemas/comoreclamar/ci.02_arbitraje_de_consumo.detalleTema