

Una mirada desde la iniciativa privada de arbitraje de consumo: el caso estadounidense y algunas reflexiones sobre su posible adecuación en Colombia*

A look from the private consumer arbitration initiative: the United States case and some conclusions on its possible adjustment in Colombia

DAVID NAMÉN BAQUERO**

RESUMEN

El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos se implementa para solucionar diversos conflictos de derecho sustancial. El mecanismo que dentro de la esfera del derecho privado se pensó principalmente para asuntos mercantiles, hoy se ha extendido a otras disciplinas, como el derecho de consumo, derecho de la competencia y otras más. En lo que atañe al derecho

* Fecha de recepción: 18 de octubre de 2019. Fecha de aceptación: 12 de diciembre de 2019. Para citar el artículo: Namén D. "Una mirada desde la iniciativa privada de arbitraje del consumo: El caso estadounidense y algunas reflexiones sobre su posible adecuación en Colombia". En *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 18, n.º 2, julio-diciembre, 2019. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v18n2.02>

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia. LLM en Derecho Internacional Económico y de los Negocios de Georgetown University. Docente Investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y profesor de Derecho Civil. Contacto: david.namen@uexternado.edu.co

de consumo, existen varios modelos que buscan desarrollar el arbitraje de consumo. Uno de ellos, es el que surge de la iniciativa privada y es administrado por centros. El presente estudio, analiza el desarrollo del arbitraje de consumo en Estados Unidos como principal exponente de la iniciativa privada e intenta aproximarle al estado normativo actual colombiano.

Palabras clave: Arbitraje de Consumo. Estados Unidos. Pacto Arbitral. Iniciativa Privada.

ABSTRACT

Arbitration as an alternative dispute resolution mechanism is implemented to solve various conflicts of substantial law. The mechanism that within the sphere of private law was primarily intended for business matters, today has been extended to other disciplines, such as consumer law, competition law and among others. With regard to consumer law, there are several models that seek to develop consumer arbitration. One of them is the one that arises from private initiative and is managed by centers. The present study analyzes the development of consumer arbitration in the United States, as the main exponent of the private initiative and analyzes it under the current Colombian regulatory frame.

Key words: Consumer Arbitration. United States. Arbitration Agreement. Private Initiative.

INTRODUCCIÓN

La particular naturaleza dinámica del mercado, las transformaciones culturales, sociales, económicas, políticas y jurídicas, la expansión del mercado y del consumo, el tráfico jurídico global, a gran escala, en serie, en masa o masivo, expedito y permanente, la injerencia predominante de grandes empresas o empresarios en la producción, comercialización y circulación de bienes o servicios con un poder mayúsculo generatriz de desigualdades e iniquidades, potencial abuso en la posición dominante en el mercado¹, ora en la posición dominante contractual, bien en el aprovechamiento inmotivado de la posición de indefensión, debilidad o inferioridad del consumidor o usuario, la predisposición del contenido del acto, su sujeción a condiciones generales, moldes, recetarios o formularios contractuales, términos de

1 Cfr. Colombia Constitución Política. artículos 333, 45, 46 y 50 Decreto 2153 de 1992, 5º Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

referencia o reenvío, por o de "adhesión", tipo, marco, normativo, estándar o patrón, o la inclusión de "cláusulas abusivas"², así como el desarrollo científico, industrial y tecnológico, la utilización de sistemas de comunicación satelital, digital, electrónico e informático sofisticados, redes o plataformas virtuales, los *Blockchain*, la contratación electrónica, el surgimiento de otros tipos de contratos³, los contratos inteligentes (*Smart Contracts*), el Bitcoin, éteres y otras *cryptomonedas*, la variedad extremada de hipótesis en los daños derivados del consumo⁴ y la falta de plenitud de la disciplina común para tratar todas estas situaciones, en especial, las inherentes a la asimétrica posición de los sujetos intervinientes, origina la tendencia universal a regular las relaciones de consumo en perspectiva preventiva, correctora, punitiva y protectora del consumidor, con principios, pautas y preceptos próximos o compatibles en los ordenamientos⁵.

El derecho del consumo, fruto de la economía a escala, propicia un paradigma legal singular con principios, reglas y preceptos específicos orientados a tutelar eficaz e idóneamente los derechos del consumidor con esquemas de dirección, orientación, control, evitación, corrección y sanción. La disciplina

- 2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, Expediente 5670; 13 de febrero de 2002, Expediente 6462; 30 de agosto de 2011, Exp.11001-3103-012-1999-01957-01; 8 de septiembre de 2011, Expediente11001-3103-026-2000-04366-01; 19 de octubre de 2011, Expediente 1001-3103-032-2001-00847-01; 14 de diciembre de 2011, E Expediente.2001-01489-01; 15 de noviembre de 2013, Expediente 11001-3103-036-2003-00919-01; 24 de febrero de 2015, Expediente 85001-3189-001-2000-00108-01.
- 3 Corte Suprema de Justicia, Sentencias de mayo 31 de 1938, G.J., t. 46, p. 571; marzo 25 de 1941, 5817 de octubre 22 de 2001, Expediente n.º 5817, 6462 de diciembre 13 de 2002, Expediente 6462, 1º de junio de 2009, Expediente 05001-3103-009-2002-00099-01. CAMACHO LÓPEZ, MARÍA ELISA. (2005) *Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la Jurisprudencia Colombiana*. En: Revista e-Mercatoria, Vol. 4, No. 1 Bogotá, [en línea] [Consulta: 20-10-2019]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3625884.pdf>
- 4 Cfr. Arts. 78, Constitución Política Colombiana; 50, 19, 20, 21, 22 Ley 1480 de 2011; Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 107, 4 de diciembre de 1986; Corte Constitucional, sentencias C-1141-2000, C-973-2002, C-1071 de 2002; C-749 de 2009, C-592 de 2012, C-909 de 2012, C-313-2013. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 13 de diciembre de 2001, Expediente 6775; 3 de mayo de 2005, Expediente 15001-23-31-000-1995-04817-01(17509), 28 de julio de 2005, Expediente 00449-01; 7 de febrero de 2007, Expediente23162-31-03-001-1999-00097-01, [SC-016-2007]], 30 de abril de 2009 Expediente 25899-3193-992 1999- 00629-01, 24 de septiembre de 2009, Expediente 05360-31-03-001-2005-00060-01.
- 5 Corte Constitucional, sentencias C-048-94, C-155-2007 y C-1008-2010. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 13 de diciembre de 2002, Expediente. 6462; 7 de febrero de 2008, Expediente 2001-06915-01; 1 de julio de 2008, Expediente 2001-00803-01; 30 de agosto de 2010, 11001-3103-008-1998-00081-01; 16 de diciembre de 2010; 30 de agosto de 2011, Expediente 11001-3103-012-1999-01957-0; 8 de septiembre de 2011, Expediente 11001-3103-026-2000-04366-01; 21 de febrero de 2012, Expediente 11001-3103-040-2006-00537-01.

general de la relación obligatoria, del negocio jurídico, del contrato y de la responsabilidad, experimenta modificaciones seculares para la "protección" del consumidor, en veces con reglamentaciones expansivas, rígidas, extremas o desbordadas de la libertad contractual, la formación, celebración, el contenido, cumplimiento y terminación del acto dispositivo, y reparación de la lesión a sus derechos, bienes e intereses.

Estos prenotados acentúan la particular relevancia del "*Derecho del Consumo*", la relatividad y adaptabilidad histórica de las nociones jurídicas, y la propensión de los sistemas a controlar, evitar y disipar disfunciones en asuntos de alta sensibilidad social, económica o política, como las relativas a las relaciones de consumo.

En el ordenamiento interno, el derecho del consumo, además de los deberes sociales del Estado (arts. 16 y 32 -art. 6o A.L. 01 de 1968-de la Constitución Política de 1886), encuentra por precedente la Ley 73 de 1981, el Decreto 3466 de 1982, el desarrollo de la jurisprudencia, la Superintendencia de Industria y Comercio, y la doctrina.

La Constitución Política de 1991, reconoció la singular transcendencia de esta materia, y además de los derechos humanos contemplados en los tratados y convenios internacionales (art. 93), los derechos fundamentales (arts. 11 y ss.), sociales, económicos y políticos (arts. 42 y ss.), estableció previsiones específicas en los artículos 78, 88, 89, 333, 334, 365, 369, y en lo pertinente, conciernen también al derecho de consumo, los artículos 48, 49, 51, 64, 67, 144 y 245.

La Ley 1480 de 2011 (octubre 12), expide un avanzado Estatuto del Consumidor aplicable en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores donde no exista regulación especial en cuyo caso, aplica en forma suplementaria. Al lado de este estatuto general coexisten regímenes específicos para determinados sectores, de aplicación preferente⁶.

El derecho de consumo en las últimas décadas ostenta particular relevancia en la experiencia. La tendencia contemporánea tutelar, preventiva y correctora, se orienta a disciplinar garantías procesales eficaces, expeditas, eficientes e idóneas para la efectividad de los derechos sustanciales del consumidor.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y en especial, el arbitraje, experimentan alto desarrollo en las controversias de consumo, a pesar de que en algunos países se mira con cierta desconfianza. Por ejemplo, en los

6 Entre otros, regímenes prevalentes y específicos, en materia de servicios públicos, financiera, de seguros y del mercado de valores, tecnologías de la información y las comunicaciones, comercio electrónico, turismo, parques de diversiones, servicios postales, salud. Véase: Ley 142 de 1994, Ley 1328 de 2009 –modificada por la Ley 1748 de 2014, Ley 1607 de 2012, Ley 1555 de 2012 y Ley 1430 de 2010–, Ley 1328 de 2009, Ley 1335 de 2009, Ley 1341 de 2009, Ley 1369 de 2009, Ley 1225 de 2008, Ley 1558 de 2012, Ley 527 de 1999, Ley 100 de 1993, Ley 1122 de 2007, Ley 1438 de 2011.

Estados Unidos, el arbitraje de consumo es cuestionado por algunos sectores, y en veces impulsan estatutos para impedir a los empresarios acordar cláusulas compromisorias tendientes a sustraer de la justicia estatal el juzgamiento de estos conflictos. Tales intentos fracasaron y varias instituciones privadas adelantan arbitrajes de consumo, por solicitud de las partes y cobrando por el servicio.

El presente escrito pretende introducir al lector en el desarrollo del arbitraje de consumo a instancias de los particulares y administrado por instituciones privadas, con el fin de identificar sus principales características y explorar su posible adecuación en el marco jurídico colombiano. Para lograr ese cometido, el artículo se divide en dos partes. La primera, se centrará en el modelo estadounidense, donde se tocarán los antecedentes históricos de la figura, las instituciones que en la actualidad adelantan esta clase de arbitrajes, la cláusula compromisoria en los contratos de consumo y los proyectos normativos relacionados con el mecanismo (1). En la segunda, se hará una breve descripción del estado actual del arbitraje de consumo en Colombia, para luego reflexionar acerca de la posibilidad de adecuar la experiencia estadounidense, en el esquema arbitral colombiano (2).

1. PANORAMA DEL ARBITRAJE DE CONSUMO EN ESTADOS UNIDOS

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los movimientos tendentes al establecimiento del arbitraje de consumo en los Estados Unidos, han estado marcados principalmente por dos instituciones, por una parte, la *American Arbitration Association* –en adelante AAA–, y por la otra, el *Better Business Bureau* (en adelante BBB).

Frente a la primera institución, el movimiento data aproximadamente del año 1968, con una iniciativa de la AAA para ampliar y difundir el mecanismo del arbitraje en la resolución de cualquier tipo de conflicto entre las partes, a través del establecimiento del “*National Center for Dispute Settlement*” (NCDS).

Esta iniciativa, conllevó a que el desarrollo del arbitraje en asuntos diferentes a los de consumo, fuera mayormente aceptado, por tanto, el desafío se centró en idear iniciativas que fueran atractivas para que los comerciantes se atrevieran a usar con confianza el mecanismo.

Un primer intento, se dio a través del “*Neighborhood Consumer Information Center*” –NCIC– una organización ubicada en Washington D.C a la que se le encargó la gestión de aquellas causas que no pudieran ser conocidas por el NCDS, dentro de las cuales se incluyeron experimentalmente las de consumo. No obstante, la estrategia nuevamente fracasó al no ser acogida por los comerciantes.

Fracasado ese primer intento, la NCDS ideó otra estrategia consistente en la creación de un “*Consumer Arbitration Advisory Council*” –comité consultivo de arbitraje de consumo– que asistiría a la NCDS en el establecimiento del

arbitraje de consumo, hasta que se cumpliera con una de las dos siguientes condiciones: 1) *el adelantamiento de más 100 casos, o 2) se hubiera sobrepasado el plazo experimental de dos meses*⁷.

La iniciativa contempló un procedimiento sencillo y mucho más flexible en comparación con aquel previsto para disputas de carácter comercial. Empero, no pudo ejecutarse por problemas de presupuesto, alcanzándose el límite temporal de dos meses que se había trazado como condición para su implementación y por tanto se vio frustrada nuevamente la posibilidad de desarrollar arbitrajes de consumo a manos de la AAA, en ese entonces.

En el año 1972, el "*National Council of Better Business Bureaus*", inició su programa de resolución de conflictos de consumo. La estrategia contempló, una serie de pasos antes de acudir al arbitraje. Así, primero se surtiría la conciliación, en caso de que no se lograra, se acudiría a la mediación, y si ésta también fracasaba, se abría la puerta para acudir al arbitraje.

El procedimiento estaba diseñado para que fuera flexible, expedito y privado. Partía de la comprobación del pacto arbitral, que en caso de que no se hubiera pactado previamente (*precommitment to arbitration*) se podía acudir a la figura del compromiso (*submission agreement*). Verificada la existencia del pacto arbitral, se daba inicio al procedimiento y había lugar a una audiencia en la que se escuchaba a las partes y terminaba con un laudo, vinculante para ambas partes⁸.

El mecanismo empezó a difundirse paulatinamente y fue permeando algunas industrias del sector de consumo, como la automotriz, en la que General Motors, fue pionero al establecer para el año 1978 su programa experimental de arbitraje para la resolución de los conflictos que se derivaran de la garantía de sus vehículos. El programa tuvo grandes éxitos que rápidamente fue copiado por otras grandes marcas del sector como, Chrysler, Ford, American Motors y Volkswagen de Norteamérica.

A estos programas, se anidan las "*Lemon laws*" – "*leyes limón*" – que se trata de un esquema normativo a nivel federal y estatal que le da opciones a los compradores de automóviles que no cumplan con los requisitos de calidad y desempeño de las "*express warranties*". Estas leyes han fomentado la inclusión

7 Para una mayor consulta acerca del desarrollo histórico de la figura, véase: MCGONAGLE, JOHN J. *Arbitration of Consumer Disputes*. *Dispute Resolution Journal*, 1972, vol.27. n.º 2, pp. 65-84; MULLERAT, RAMÓN MARÍA. El arbitraje de consumo en los Estados Unidos de América. *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1998, n.º 3, pp. 1719-1727; y; ADAMS, RONALD J. *Consumer Compliant Arbitration: The Corporate View*. *Dispute Resolution Journal*, 1988, vol. 43, n.º 4, pp. 41-48.

8 Cfr. GOODWIN, STEPHEN A., MAHAJAN, VIJAY y BHATT, BHALJ. *On Consumer Dissatisfaction: Consider Arbitration as an Alternative Dispute Resolution Mechanism*. *Advances in Consumer Research*, 1979, vol. 6, pp. 460-465.

de mecanismos alternativos de solución de conflictos, donde por supuesto se encuentra el arbitraje⁹.

El arbitraje como mecanismo para solucionar conflictos entre comerciantes y consumidores, fue cobrando mayor importancia con el paso de los años, logrando consolidarse no solo en el sector automotriz, sino en otras industrias del consumo, como: productos financieros, artículos manufacturados (computadores) y recientemente con el auge tecnológico, se extendió al comercio electrónico, donde las compañías que desplieguen actividades a través de plataformas virtuales, deben aceptar el arbitraje, para poder exhibir el sello de calidad de *Better Business Bureau Online* –BBBOnline–¹⁰.

1.2. INSTITUCIONES QUE ADELANTAN ARBITRAJE DE CONSUMO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Dentro de las instituciones más importantes que adelantan arbitraje de consumo en los Estados Unidos de América, se resaltan:

1.2.1. La American arbitration association y sus reglas

La American Arbitration Association –en adelante AAA–, recibe numerosas solicitudes de arbitraje de consumo, y por esto, diseñó el Protocolo denominado “*Consumer Due Process Protocol*”, que se espera sea incorporado por las partes a través del pacto arbitral.

El protocolo, traza unos criterios de equidad que deben estar presentes en todo arbitraje de consumo ante esa institución u otras que decidan aplicar estas reglas.

El protocolo, consagra los principios del debido proceso, el acceso a una información transparente, el nombramiento de un tercero neutral, los costos razonables, las pequeñas causas, el tiempo, los acuerdos de arbitraje, las audiencias y los laudos arbitrales.

A su vez, para cada uno previene unas notas explicativas, de las cuales, merecen especial atención, las relativas a: pequeñas causas, costos, acuerdos de arbitraje y laudos.

Respecto a las pequeñas causas, las reglas son enfáticas al establecer que el consumidor podrá optar por llevar la controversia a las *small claims courts*

9 Para ampliar información sobre las “Lemon Laws”, véase: LABELLE, YANNICK. *Consumer Arbitration: A Fair and Effective Process?* Union des consommateurs, Jun, 2009. [en línea]. [Consulta: 07-01-2019] ISBN 2923405315. Disponible en: <http://deslibris.ca/ID/227534>; MULLERAT, RAMÓN MARÍA. El arbitraje de consumo (...), ob.cit., pássim. También, en el siguiente enlace se pueden consultar las Lemon Laws de los 50 estados que componen a los Estados Unidos de América: <https://lemonlawusa.com>

10 MULLERAT, RAMÓN MARÍA. El arbitraje de consumo (...), ob. cit., pássim.

—*cortes de pequeñas causas*— o someterlas a arbitraje. Esta previsión obedece a que estas cortes cuentan con procedimientos menos formales y expeditos para solucionar este tipo de controversias.

En lo tocante a los costos, las recomendaciones mencionan que para determinar cuando son razonables, debe mirarse la naturaleza del conflicto en conjunto con los bienes y/o servicios contratados¹¹.

En muchas ocasiones, los costos podrán ser asumidos por el empresario, otras veces por el consumidor, y en otros casos, por ambos. Esta práctica suscitó cierta prevención en torno a una eventual polarización de los árbitros para favorecer los intereses de una de las partes con la decisión, y la consiguiente, implementación de reglas complementarias permitiéndoles negociar la manera de sufragar los costos, evitando así comprometer la parcialidad del proceso.

En sentido análogo, se propuso que algunos programas tengan voluntarios para realizar la labor gratuitamente. En este aspecto, las instituciones arbitrales deben garantizar que esos terceros neutrales, reúnan idénticas calidades a las de quienes perciben honorarios.

En relación con el pacto arbitral de consumo, los comentarios del Comité, no se ocuparon del *iter contractual* en la inclusión de la cláusula arbitral, sino de proponer unos criterios para garantizar la transparencia y el desarrollo del proceso. Con tal fin, definen la obligación principal del proveedor de brindar información al consumidor acerca del proceso arbitral y de sus diferencias con el procedimiento ante las cortes, para que pueda inclinarse por uno u otro.

En torno a los laudos arbitrales, los comentarios mencionan que los árbitros, ostentan igual autoridad a la de las Cortes para reconocer daños punitivos, siempre que se respeten los límites legales y los principios de derecho común.

En cuanto a la posibilidad de anular los laudos de consumo, las recomendaciones, remiten a las disposiciones del Federal Arbitration Act —en adelante FAA— concluyendo que deben ser analizados con el mismo rasero que para cualquier otro laudo.

Pese a que las reglas de las AAA son una importante guía para el arbitraje de consumo, existe una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos del año 2008, en la que se dictaminó que aún habiendo acuerdo entre las partes acerca de la aplicación de las reglas de la AAA, el FAA por ser reglamentación federal, deberá preferirse sobre cualquier acuerdo o norma de carácter estatal¹².

11 American Arbitration Association. Consumer due process protocol statement of principles [en línea]. [consultado: 16-08-2019]. Disponible en: [https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Consumer%20Due%20Process%20Protocol%20\(1\).pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Consumer%20Due%20Process%20Protocol%20(1).pdf)

12 BĚLOHLÁVEK, ALEXANDER J. B2C Arbitration Consumer Protection in Arbitration. Huntington, NY: Juris, 2012. ISBN: 978-1937518127, p. 330. "Moreover, the Supreme Court of the United States has recently held that if a contract stipulates that all disputes shall be submitted to arbitration to compliance with the AAA [USA] rules, the FAA [USA]

1.2.2. Judicial arbitration and mediation services -JAMS-

Otra institución encargada de adelantar procesos de arbitraje de consumo, es Judicial Arbitration and Mediation Services –JAMS–, con sede principal en el Estado de California.

Este centro redactó el “*Jams Policy On Consumer Arbitrations Pursuant to Pre-Dispute Clauses Minimum Standards of Procedural Fairness*”, trazando pautas mínimas que el empresario debe tener en cuenta al momento de elaborar la cláusula compromisoria.

Dentro de estas garantías mínimas, se advierte al empresario, la carga de avisar al consumidor la existencia de la cláusula compromisoria, así como de sus efectos.

La guía contempla que las garantías y remedios del consumidor, en las leyes federales y estatales, se mantienen incólumes en el arbitraje de consumo.

En cuanto a los costos, plantea que el consumidor solo asumirá los generados con la solicitud; los demás, son del empresario.

A diferencia del protocolo de la AAA, esta guía sienta unas garantías mínimas exigibles al instante de redactar la cláusula compromisoria, cuya observancia es menester, so pena de excluir el proceso ante este organismo.

1.3. EL CONVENIO ARBITRAL DE CONSUMO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La inclusión de cláusulas compromisorias en contratos de consumo es común en los Estados Unidos. En efecto, pese a la ausencia de una normativa específica reguladora de la materia, la Corte Suprema de ese país, a partir de una lectura del FAA, precisó que la intención del legislador es otorgar validez y vinculatoriedad a todas las cláusulas arbitrales, sin distinguir entre contratos comerciales y contratos de consumo.

El desarrollo jurisprudencial estadounidense en torno al análisis de las cláusulas arbitrales de consumo es extenso. Las Cortes han optado por declarar la invalidez de estos convenios, en dos supuestos.

En el primero, se determina si la cláusula interfiere con los derechos y garantías de los consumidores según las leyes federales. Bajo esta premisa, se analiza si la cláusula compromisoria obliga al consumidor a renunciar a sus derechos o respeta la regla del *cost-test*; conforme a la cual, la cláusula se tornaría inválida, cuando los costos de un arbitraje de consumo son tan excesivos que impiden la defensa de los consumidores.

shall prevail over national laws of the individual states [of the USA] which would prescribe exclusive court jurisdiction”.

Así, un arbitraje de consumo decaería por este supuesto, si al consumidor se le obliga a desplazarse de un lugar a otro para hacer valer sus derechos o si ello implica la renuncia a derechos amparados por la ley federal.

A manera de ejemplo, se resalta una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, donde aplicó esta hipótesis.

La controversia derivó de la financiación de la casa móvil de Randolph mediante Green Tree Financial Corp. En el acuerdo de financiamiento, se obligó a la demandante a adquirir un seguro de riesgo que cobijara todos los supuestos de incumplimiento contractual atribuible al tomador. La accionante, alegó, que la forma como se incluyó la cláusula, contravenía la ley federal TILA "Truth In Lending Act" e interpuso una acción de clase en contra de Green Tree.

En contestación a la demanda, Green Tree, sostuvo que no era viable la interposición de esta acción, por existir en el acuerdo de financiamiento una cláusula arbitral que la obligaba a ella y a todos los miembros de su clase a acudir a un tribunal de arbitramento.

La Corte para el Distrito medio de Alabama, decidió desfavorablemente las pretensiones de Randolph y declaró la eficacia de la cláusula arbitral.

En sede de apelación, la Corte para el Onceavo Circuito, encontró que si se le otorgaba vinculatoriedad a la cláusula compromisoria, la demandante no podría hacer valer sus derechos federales, en tanto el arbitraje generaba costos desproporcionados¹³.

Posteriormente, la Corte Suprema de los Estados Unidos, se pronunció para determinar si la cláusula arbitral incluida en el acuerdo de financiamiento era o no vinculante.

La Corte determinó que si bien la cláusula arbitral podría generar costos elevados, la accionante no acreditó que en caso de convocarse un tribunal de arbitramento era ella quién debía asumirlos, y reversó la decisión de la Corte del Distrito.

El segundo supuesto, refiere a la posibilidad que tienen las partes de proponer como defensa contractual, la *unconscionability*. El contrato es "unconscionable" "cuando una persona capaz no lo habría celebrado y una persona justa y honesta no lo aceptaría"¹⁴. Es menester, por consiguiente, que el contrato sea expresión

13 Green Tree Financial Corp.-Ala. v. Randolph 531 U.S. 79 (2000) "Similarly, we believe that where, as here, a party seeks to invalidate an arbitration agreement on the ground that arbitration would be prohibitively expensive, that party bears the burden of showing the likelihood of incurring such costs. Randolph did not meet that burden. How detailed the showing of prohibitive expense must be before the party seeking arbitration must come forward with contrary evidence is a matter we need not discuss; for in this case neither during discovery nor when the case was presented on the merits was there any timely showing at all on the point. The Court of Appeals therefore erred in deciding that the arbitration agreement's silence with respect to costs and fees rendered it unenforceable"

14 CÁRDENAS, JUAN PABLO. El Arbitraje en Materia de Consumo. (documento inédito) [en línea]. [Consulta: 09-08-2019]. Disponible en: <http://absta.info/el-arbitraje-en-materia->

genuina de la voluntad de las partes, que los términos contractuales sean razonables y aceptados en su totalidad.

La “*unconscionability*” es procesal o sustancial¹⁵. La primera analiza cómo se celebra el contrato para determinar si una de las partes, tenía o no la posibilidad real de rechazarlo. Por el contrario, la segunda, estudia el entramado contractual en orden a precisar si favorece notoriamente a una de las partes. Aunque por regla general las Cortes requieren la presencia de ambos elementos¹⁶, algunas, se conforman con el cumplimiento de la “*substantive unconscionability*”¹⁷.

Esto implica, que el análisis de las cláusulas compromisorias, deberá hacerse en cada caso particular.

Las hipótesis en las que las cortes han reconocido la “*substantive unconscionability*” son diversas. Esta modalidad, opera cuando en la cláusula arbitral se designa a un árbitro que tiene un vínculo preexistente con una de las partes. Unas veces, porque la cláusula asigna todos los gastos arbitrales a la parte que no redactó el contrato. En otros eventos, en cuanto la cláusula arbitral limita a la parte que no redactó el contrato la posibilidad de acudir a instancias judiciales, o fija una sede muy alejada del domicilio de la parte que no intervino en su concreción.

En lo concerniente a la “*procedural unconscionability*”, se afirma reiteradamente por las Cortes, que su sola ocurrencia carece de virtualidad para infirmar vinculatoriedad a la cláusula arbitral¹⁸.

Por el contrario, requiere la presencia de la “*substantive unconscionability*” siquiera en un grado mínimo.

Según estos lineamientos, los contratos de consumo por su carácter de adhesión o por contener cláusulas compromisorias, no son *per se* inejecutables¹⁹,

de-consumo-juan-pablo-cardenas-mejia.htmlp.

15 En la doctrina nacional colombiana, el profesor Juan Pablo Cárdenas no diferencia entre estos dos supuestos; tan solo los engloba dentro de la teoría de la “*unconscionability*”. En la doctrina internacional, hay autores como David Horton que si lo hacen. Para ampliar información se recomienda el estudio de: Horton, David. (2011) *unconscionability wars*. Northwestern University Law Review. Nw. U. L. Rev. Colloquy [en línea]. Vol. 106, no. 13. [Consulta: 09-08-2019]. ISSN . 0029-357 Disponible en: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1143&context=nulr>

16 La Corte del Estado de Nueva York requieren de las dos. Véase: *Kuzma v. Protective inc. Co.*, [104 AD3d 820] NY (2013); *Gillman v. Chase Manhattan* 73 N.Y.2d 1 (1988)

17 Por ejemplo, las Cortes del Estado de Ohio. Véase: *New Hope Community Church v. Patriot Energy Partners, L.L.C.*, Ohio-5882 (2013).

18 WARE, STEPHEN J. Arbitration and Unconscionability after doctor's associates, Inc. V. Casarotto por Stephen J. Ware: SSRN. 26 de Junio de 2007. [en línea]. [Consulta: 20-08-2019]. Disponible en <https://kusolarworks.ku.edu/handle/1808/7376>, p. 1029. “There may be some procedural unconscionability in making a typical form of contract, but that alone does not make its terms unenforceable”.

19 Ídem. “Denying enforcement of an arbitration clause simply because it is part of adhesion contract applies the unconscionability doctrine more aggressively to arbitration agreements

sino cuando las Cortes encuentren la “*substantive unconscionability*” o la *procedural unconscionability*, en concurrencia con la primera²⁰.

En *Graham v. Scissor-Tail, Inc.*, se ilustra la “*unconscionability*” en materia arbitral. En este caso, las partes incluyeron una cláusula compromisoria según la cual todas las diferencias surgidas de su relación, serían conocidas por un tribunal de arbitramento, conforme a las reglas de la American Federation of Musicians.

La Corte Suprema del estado de California, concluyó que la cláusula bajo estudio, era “*unconscionable*” porque una de las partes era miembro activo de la American Federation of Musicians y ello podría comprometer la parcialidad del panel arbitral²¹.

Otro ejemplo, es *Patterson v. ITT Consumer Financial Corp.*²². En este caso, la Corte de apelaciones de California, conoció sobre una cláusula arbitral contenida en un contrato de préstamo que aplicaba a residentes del Estado de California, obligándolos a desplazarse a Minnesota, con el fin de resolver cualquier conflicto derivado del contrato. La corte concluyó que la cláusula arbitral era “*unconscionable*” al implicar a los deudores trasladarse hasta Minnesota para resolver su conflicto.

Un punto que no puede pasarse por alto, es el relativo a la prohibición de acudir a una acción de grupo o clase cuando la cláusula arbitral no lo menciona o no lo excluye. Sobre este punto, no hay uniformidad en las Cortes. Algunas, se inclinan por permitirlo, otras lo prohíben.

A este propósito, es interesante el análisis de la Corte Suprema de los Estados Unidos del año 2010, reiterando la posibilidad de tramitar un arbitraje de

than to contracts generally, and is therefore, preempted by the FAA”.

20 Ídem. “For example, *Bell v. Congress Mortgage Co.* held that arbitration clauses in adhesion contracts are unenforceable unless they “appear in clear and unmistakable form by highlighting, bold type, or with an opportunity for specific acknowledgment by initialing”.

21 *Graham v. Scissor-Tail, Inc.* 623 P.2d 165 (1981) “We have held that the provision of the instant contract requiring arbitration of disputes arising thereunder before the A.F. of M. is unconscionable and unenforceable, and that the order compelling arbitration pursuant to it was in error. In light of the strong public policy of this state in favor of resolving disputes by arbitration, however, we do not believe that the parties herein should for this reason be precluded from availing themselves of nonjudicial means of settling their differences. The parties have indeed agreed to arbitrate, but in so doing they have named as sole and exclusive arbitrator an entity which we cannot permit to serve in that broad capacity. In these circumstances we do not believe that the parties should now be precluded from attempting to agree on an arbitrator who is not subject to the disabilities we have discussed. We therefore conclude that upon remand the trial court should afford the parties a reasonable opportunity to agree on a suitable arbitrator and, failing such agreement, the court should on petition of either party appoint the arbitrator. (See and cf. Code Civ. Proc., § 1281.6.) In the absence of an agreement or petition to appoint, the court should proceed to a judicial determination of the controversy”.

22 WARE, STEPHEN J. *Arbitration and Unconscionability after doctor’s associates*, ob. cit., p. 1027. “The California Court of Appeal held the arbitration clause unconscionable because “the provision on its face suggests that Minnesota would be the locus for the arbitration”.

clase, cuando la cláusula arbitral lo habilita y las partes lo hayan consentido. En ese año, la Corte conoció de un contrato entre *Animal Feeds International Corp* y *Stolt-Nielsen*, cuya cláusula arbitral guardó silencio respecto al arbitraje de clase. La Corte determinó que no se puede acudir a esta modalidad de arbitraje si no existe un fundamento contractual que permita concluir que las partes lo han consentido²³.

Las anotaciones precedentes del sistema de los Estados Unidos sugieren la conveniencia de una doctrina uniforme por las Cortes o reglamentación normativa concreta de las hipótesis singulares en las cuales una cláusula arbitral de consumo carece de vinculatoriedad por motivos de “*unconscionability*”, para de esa manera, garantizar que no existan fallos contradictorios sobre un mismo punto.

1.4. PROYECTO NORMATIVO- ARBITRATION FAIRNESS FOR CONSUMER ACT-

La carencia de regulación legal del arbitraje de consumo en los Estados Unidos, y la desconfianza de algunos sectores, ha propiciado desde el año 2007 el proyecto normativo “*Arbitration Fairness Act*”, para prohibir la inclusión de cláusulas compromisorias en las relaciones de consumo.

El proyecto propuesto en reiteradas ocasiones, se ha desestimado sin ni siquiera alcanzar los debates correspondientes. La última introducción se hizo el 28 de febrero de 2019, bajo el nombre de “*Arbitration Fairness for Consumer Act*”²⁴ y se limita a reproducir a sus antecesores.

El texto de este último proyecto, advierte al Congreso que el FAA está previsto únicamente para disputas comerciales y que las interpretaciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos al respecto son contrarias al espíritu genuino de la norma.

Igualmente, define la noción de controversia que afecte el consumo. Según la norma, se está ante este tipo de conflictos, cuando en un extremo

23 STOLT-NIELSEN S.A. et al., petitioners, v. Animal feeds International Corp. 559 US 662 (2010) “It follows that a party may not be compelled under the FAA to submit to class arbitration unless there is a contractual basis for concluding that the party *agreed* to do so. Here, the arbitration panel imposed class arbitration despite the parties’ stipulation that they had reached “no agreement” on that issue. The panel’s conclusion is fundamentally at war with the foundational FAA principle that arbitration is a matter of consent. It may be appropriate to presume that parties to an arbitration agreement implicitly authorize the arbitrator to adopt those procedures necessary to give effect to the parties’ agreement. See *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U. S. 79. But an implicit agreement to authorize class action arbitration is not a term that the arbitrator may infer solely from the fact of an agreement to arbitrate. The differences between simple bilateral and complex class action arbitration are too great for such a presumption”.

24 BROWN, SHERROD. S.630 – 116th Congress (2019-2020): *Arbitration Fairness for Consumer Act* [en línea]. [consulta:22-08-2019]. Disponible en: <https://www.govtrack.us/congress/bills/116/s630>

de la relación, se encuentra un consumidor que para su uso personal o el de su familia, adquiere bienes o contrata servicios; y en el otro, hay un vendedor o un proveedor que se los proporciona²⁵.

También aclara que el arbitraje de consumo únicamente sería aceptable cuando las partes estén en capacidad de consentirlo y esto ocurre una vez la disputa ha acaecido y las partes voluntariamente se acogen al mecanismo.

1.5. ALGUNAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL SISTEMA

En el sistema estadounidense, el arbitraje de consumo es controvertido. Como se observó, actualmente cursa un proyecto normativo para limitar el arbitraje de consumo a las hipótesis del compromiso, los jueces ejercen un estricto control sobre las cláusulas compromisorias que pueden perder eficacia si encuentran motivos de *"unconscionability"*, y el impulso del proceso, está a cargo de instituciones privadas, de las cuales se destacan JAMS y la AAA.

Estas instituciones han expedido reglamentos para conceder mayores garantías a los consumidores. Una de estas, consiste en asignar los costos del arbitraje a los empresarios.

Las ventajas y desventajas de este modelo podrían agruparse así:

Ventajas	Desventajas
<ul style="list-style-type: none"> • Es un sistema esencialmente oneroso, ajeno al estado, donde las partes contribuyen para que la institución privada administre su caso. • Para viabilizar el acceso a la justicia arbitral, las instituciones privadas han creado reglamentos que pretenden trasladar los costos del arbitraje a los empresarios. • Estos reglamentos, procuran facilitar a los consumidores el acceso a este mecanismo para hacer efectivos sus derechos. • Considerada la naturaleza remunerada del arbitraje, el modelo permitiría distinguir las circunstancias en las cuales los costos deben asumirse proporcionalmente por ambas partes o en su totalidad por el empresario. 	<ul style="list-style-type: none"> • La cláusula compromisoria está sujeta a un control judicial y puede perder eficacia o validez, si el juez halla motivos de <i>"unconscionability"</i>. • Cuando el empresario asume todos los costos, se critica el sistema en tanto puede comprometer la imparcialidad de los árbitros.

2. PANORAMA DEL ARBITRAJE DE CONSUMO EN COLOMBIA

2.1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

El arbitraje de consumo en Colombia no posee un desarrollo significativo y carece de una reglamentación sólida. El primer antecedente podría remontarse

25 Ibid. "§1036A. (2) Consumer Dispute. the term 'consumer dispute' means a dispute between an individual who seeks or acquires real or personal property, services, securities or other investments, money, or credit for personal, family, or household purposes and the seller or provider of such property, services, securities or other investments, money, or credit".

a la ley de servicios públicos domiciliarios –Ley 142 de 1994– donde los numerales 10 y 11 del artículo 133, permitieron la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos de servicios públicos, siempre y cuando, la empresa no eligiera a su arbitrio el lugar del arbitraje o tuviera mayores facultades que el usuario en el proceso.

Pese a ese antecedente normativo, en el año 2011 se expide la Ley 1480 de 2011 –el nuevo estatuto del consumidor y en adelante EDC– que trajo consigo la prohibición de incluir cláusulas compromisorias que obligaran “*al consumidor a acudir a la justicia arbitral*”²⁶, sancionándolas con ineficacia de pleno derecho.

Un año después de la vigencia del EDC, se profiere la Ley 1563 de 2012, compilando el régimen arbitral que se encontraba disperso en Colombia. El nuevo estatuto arbitral, trae consigo, la derogatoria de la prohibición establecida en el numeral 12 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, reconociendo la importancia del arbitraje, como mecanismo idóneo para la solución de conflictos en asuntos de consumo.

A su turno, el Decreto 1829 de 2013 –*compilado por el Decreto 1069 de 2015*– y reglamentario de la Ley 1563 de 2012, buscó aproximarse al arbitraje de consumo incluyendo en el *Capítulo IX el “Pacto Arbitral en Contratos de Adhesión”* que se trata de una reglamentación incipiente, deficiente y que excede las facultades otorgadas por el legislador.

En consecuencia, en Colombia, se supera la prohibición absoluta de la Ley 1480 de 2011 y se incluye otro mecanismo a manos de los consumidores como alternativa para solucionar sus eventuales conflictos.

2.2. ESTADO ACTUAL

La “*reglamentación*” específica de la figura se encuentra en los artículos 80 y 81 del Decreto 1829 de 2013. El primero de ellos refiere a la “*opción de pacto arbitral*”, y el segundo, condensa de manera deficiente varios aspectos relativos a la arbitrabilidad de los asuntos de consumo, sede, plazo, costo y trámite del proceso.

Según la redacción del decreto, al arbitraje de consumo se llega a través del “*pacto arbitral*”, en su modalidad de cláusula compromisoria, que deberá ceñirse a los términos del artículo 23 de la Ley 51 de 1918, esto es, concederla una parte a la otra, quien podrá aceptarla en forma expresa, libre, espontánea, específica y no impuesta, dentro del plazo de un año a partir de su celebración y que en caso de ser aceptada, el oferente estaría obligado a cumplirla.

26 Colombia. Ley 1480/2011, de 12 de octubre, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial n.º 48.220, 12 de octubre de 2011, pp. 1-16: “Art. 43.12. *Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral*”.

Como se observa, la anterior redacción podría dejar inoperante la figura del pacto arbitral ficto previsto en el estatuto arbitral. En efecto, al requerirse la aceptación, libre, espontánea, específica en la forma prevista en la Ley 51 de 1918, podría presentarse una dificultad frente al pacto ficto regulado en el parágrafo del artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, porque la "opción" exige que el consentimiento sea expreso, tanto cuanto más que la conducta concluyente de las partes es una forma idónea de expresión de los actos dispositivos.

A su vez, el decreto reglamenta una de las formas tradicionales del pacto arbitral, dejando de lado la figura del compromiso. No obstante, en caso de que la controversia ya se haya generado, nada excluye a que las partes puedan acudir al compromiso, el cual deberá cumplir con las exigencias del artículo 6 de la Ley 1563 de 2012^[27].

En lo tocante al procedimiento, el artículo 81 del Decreto 1829 de 2013, parece desconocer aún más la naturaleza de la relación de consumo y los eventuales conflictos que se pueden derivar de ella.

El artículo inicia por enunciar que es materia arbitrable, señalando que: *"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"*.

La anterior redacción, implica que todas las materias que nacen de la relación de consumo podrían ser arbitrables. Sin embargo, debe armonizarse con las exigencias normativas inherentes a la naturaleza dispositiva y susceptible de transacción de la controversia. Además, el EDC excluye determinadas materias del conocimiento de los árbitros, como la contemplada en el artículo 56, en torno a la responsabilidad por daños originados en productos defectuosos, reservada a la jurisdicción ordinaria²⁸.

27 colombia. Ley 1563/2012, 12 de julio, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Diario Oficial n.º 48.489, 12 de julio de 2012, pp. 1-15. Art. 6 "El compromiso podrá constar en cualquier documento, que contenga: 1. Los nombres de las partes. 2. La indicación de las controversias que se someten al arbitraje. 3. La indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquel".

28 Frente a este punto, hay discusión en la doctrina nacional al considerar que la acción derivada de la responsabilidad por producto defectuoso podría ser objeto de conocimiento por parte los árbitros. Para consultar las dos posiciones, se recomienda la lectura de MEJÍA RODRÍGUEZ, MARCELA. (2014). Aproximación a los Mecanismos Procesales para la Garantía de los Derechos de los Consumidores en la Regulación Colombiana. En: Revista Unicuritiba. Vol. n.º 3, n.º 36, pp. 6-22. [en línea] [Consulta: 22-08-2019] ISSN: 2316-753X. Disponible en: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/989/680>; e INFANTE ANGARITA, CHRISTIAM. (2015) Arbitraje de Consumo: Aspectos Generales e Integración del Contradictorio. [en línea] en: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. n.º 43., pp. 69-52. [Consulta: 22-08-2019]. ISSN: 2346-3473. Disponible en: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/376/html>

Luego, los numerales 2, 3 y 4 del artículo 81 se encargan de señalar el número de árbitros, la sede y el plazo para emitir el fallo. A simple vista, el decreto suprime la posibilidad de que el fallo sea en equidad y limita la decisión a un solo árbitro, sin perjuicio de que las partes, acogiéndose al estatuto arbitral en razón a su autonomía privada, puedan señalar un número superior.

El numeral 5 se ocupa del trámite y señala que para estos casos será virtual. El procedimiento comprende en síntesis:

1) Presentación de la demanda por parte del consumidor ante el centro de arbitraje y conciliación del lugar de su domicilio. Con la demanda, se deberán acompañar las pruebas que se pretendan hacer valer.

2) Recibida la solicitud, el centro de arbitraje deberá proceder la designación del árbitro, para lo cual dispondrá de un día hábil, luego de recibida la solicitud. El árbitro que haya sido designado, deberá darle cumplimiento al deber de información previsto en el artículo 15 del estatuto arbitral²⁹.

3) La contestación de la demanda, deberá hacerse dentro de los dos días hábiles siguientes, al envío por parte del centro. En la contestación, también deberán acompañarse las respectivas pruebas.

4) En el curso del proceso, cualquiera de las partes podrá solicitar que se lleve a cabo una audiencia virtual, con el fin de aportar nueva evidencia.

29 Ley 1563/2012., Art. 15. "La persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o como secretario deberá informar, al aceptar, si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los dos (2) últimos años. Igualmente deberá indicar cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados. Si dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la comunicación de aceptación, alguna de las partes manifestare por escrito dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro y su deseo de relevar al árbitro con fundamento en la información suministrada por este, se procederá a su reemplazo en la forma prevista para tal efecto, siempre y cuando los demás árbitros consideren justificada las razones para su reemplazo o el árbitro acepte expresamente ser relevado. Cuando se tratare de árbitro único o de la mayoría o de todos, decidirá el juez civil del circuito del lugar en donde funcione el tribunal de arbitraje. Cuando se trate de secretario, decidirán los árbitros. Si durante el curso del proceso se llegare a establecer que el árbitro o el secretario no revelaron información que debieron suministrar al momento de aceptar el nombramiento, por ese solo hecho quedarán impedidos, y así deberán declararlo, so pena de ser recusados. En todo caso, a lo largo del proceso, los árbitros y los secretarios deberán revelar sin demora cualquiera circunstancia sobrevenida, que pudiere generar en las partes dudas sobre su imparcialidad e independencia. Si cualquiera de estas considera que tal circunstancia afecta la imparcialidad o independencia del árbitro, los demás árbitros decidirán sobre su separación o continuidad, y si no hubiere acuerdo entre aquellos, o se tratase de árbitro único o de la mayoría o de todos, decidirá el juez civil del circuito del lugar en donde funcione el tribunal de arbitraje"

5) El fallo deberá emitirse dentro los cinco días hábiles siguientes, a partir del recibo de la contestación o al de la finalización de la audiencia virtual.

6) Los costos se fijarán por el Centro y no tendrá la figura del secretario.

La iniciativa del Ministerio de Justicia y del Derecho ostenta una particular relevancia al aproximar el arbitraje a la relación de consumo. Para su eficacia es indispensable ampliar los breves plazos previstos en el decreto, precisar el procedimiento, la forma de inclusión del pacto arbitral y considerar los principios, características y naturaleza de las relaciones de consumo. A pesar de la importancia de esta previsión normativa, desde la expedición del decreto, esto el año 2013, no se conocen casos en los que hayan adelantado arbitrajes de esta clase en el país.

Por lo tanto, resultaría plausible que hasta que no se profiera una normativa que obedezca a la dinámica del derecho de consumo, se acuda al régimen general previsto en la Ley 1563 de 2012, aun cuando de esta aplicación, también podrían resultar problemas asociados a la asunción de los costos y a la afectación de la imparcialidad de los árbitros en el proceso.

En efecto, al aplicarse el estatuto arbitral a las relaciones de consumo según la cuantía de la controversia, el proceso será de mayor cuantía cuando supere los 400 SMLMV o de menor cuantía cuando no los exceda³⁰ y en aquellos casos, en los que la cuantía sea hasta de 40 SMLMV, podría acudir al esquema del arbitraje social³¹, lo que permitiría solucionar en parte el inconveniente de los costos.

El trámite en los dos primeros casos será legal o, si ambas partes son particulares, podrán acodar las reglas de procedimiento, directamente o por

30 Ley 1563/2012, Art. 2. Clases de Arbitraje "(...) Los procesos arbitrales son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales superiores a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (400 smlmv) y de menor cuantía, los demás".

31 Ley 1563/2012. Art. 117. Arbitraje social. "Los centros de arbitraje deberán promover jornadas de arbitraje social para la prestación gratuita de servicios en resolución de controversias de hasta cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv), sin perjuicio de que cada centro pueda prestar el servicio por cuantías superiores. Este arbitraje podrá prestarse a través de procedimientos especiales, autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, breves y sumarios. En estos procesos las partes no requieren de apoderado, se llevarán por un solo árbitro y el centro de arbitraje cumplirá las funciones secretariales. Los centros tendrán lista de árbitros voluntarios y será escogido por las partes de dicha lista. Cuando el arbitraje no pueda adelantarse por los árbitros de la referida lista, el centro sorteará de la lista general de árbitros del centro. El árbitro sorteado que se abstenga de aceptar el nombramiento, sin justa causa, será excluido de la lista de árbitros del respectivo centro. PARÁGRAFO. El Ministerio de Justicia y del Derecho expedirá la reglamentación a que haya lugar, en donde establezca el número mínimo de arbitrajes sociales gratuitos que cada centro debe adelantar en cada anualidad. Los árbitros serán aceptados expresamente por las partes, y en ningún caso recibirán honorarios profesionales en los asuntos de arbitraje social".

referencia a las de un reglamento de un centro de arbitraje y conciliación³². En todo caso, el proceso se surtiría por etapas, sería completamente oneroso y culminaría con un "laudo".

Si la cuantía no supera los 40 SMLVM, el proceso también se surtiría por etapas, pero con la especial connotación de que este sería gratuitamente administrado por el centro de arbitraje y conciliación, sin perjuicio de los costos ordinarios de todo proceso.

De la aplicación del régimen arbitral general a las posibles controversias de consumo, se podrían presentar situaciones disímiles para el consumidor, generando un trato diferencial e inequitativo, porque en algunos casos, según la cuantía, deberá atender unos costos, y en otros, el trámite podría resultar gratuito.

Así, atendiendo a la capacidad económica del consumidor, que en algunos supuestos puede carecer de recursos suficientes y frustrar el arbitraje, se plantean alternativas, como la posibilidad de trasladar sus costos al empresario o limitarlos al monto que le correspondiere, o implementar la figura del amparo de pobreza, cumpliendo con el lleno de los requisitos señalados en los artículos 151 a 158 de la Ley 1564 de 2012 – Código General del Proceso.

Por lo anterior, la problemática anotada impone una reglamentación específica que complemente las vías ordinarias con las que cuentan los consumidores, para hacer valer sus derechos. De esa manera, puede pensarse en la experiencia estadounidense, y en su caso, precisar su adecuación o solución en el ordenamiento jurídico colombiano.

2.3. REFLEXIONES ACERCA DE LA "POSIBLE" ADECUACIÓN DEL MODELO ESTADOUNIDENSE EN EL MARCO NORMATIVO COLOMBIANO

El modelo estadounidense tiene alguna proximidad con la legislación interna. Sin embargo, por las particularidades y especificidad del sistema colombiano, su adecuación e implementación no es diáfana.

La normatividad arbitral en Colombia está prevista para que el arbitraje sea institucional o ad-hoc. La experiencia demuestra que las partes sienten mayor tranquilidad cuando el proceso es administrado por un centro de arbitraje.³³

32 Ley 1563/ 2012. Art. 58. Reglas de Procedimiento "En los arbitrajes en que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a las de un centro de arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes. En el evento en que las partes no establecieren reglas o el centro seleccionado para adelantar el trámite no tuviere reglamento de procedimientos debidamente aprobado, se aplicarán las reglas establecidas para cada caso en la presente ley".

33 Debido a la naturaleza de la relación de consumo, es mas garantista el arbitraje institucional.

Estos centros podrían administrar esta clase de procesos y dependiendo de la cuantía de las pretensiones, el trámite podría ser el de un arbitraje social o si se supera el monto de estos, el trámite sería el normal.

Los árbitros deberán ejercer control sobre la cláusula y los asuntos de consumo sometidos a su conocimiento. Este control se efectuará en la primera audiencia de trámite, y el criterio para determinar cuando la cláusula compromisoria es o no abusiva, estaría constituido por la prohibición general consagrada en el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011.

Empero, el modelo podría presentar una complicación en los casos en los cuales las pretensiones no se adecuen al monto establecido para el arbitraje social. Si se quiere mantener el arbitraje, ambas partes deberían sufragar los costos. No obstante, como hemos anotado, existen casos en los que el consumidor no tendría como sufragarlos y quedaría a discreción del empresario, consignar o no las sumas. Si el empresario las consigna, el proceso seguiría sin ningún inconveniente. En caso de negativa del empresario, decaerían los efectos del pacto arbitral.

En superación de la cuestión, podría expedirse una reglamentación específica estructurada a partir de los lineamientos del arbitraje social, para abarcar todas las hipótesis de consumo que sean susceptibles de arbitrarse, con independencia de la cuantía.

Sin embargo, la extensión podría cuestionarse porque algunas corrientes caracterizan el arbitraje en razón de su onerosidad esencial y no puede descartarse *a priori* hipótesis en las que el consumidor posiblemente tendría la capacidad para sufragar los costos del tribunal.

En esos casos, parece equitativo que ambas partes sufraguen los costos del tribunal arbitral, so pena extinción de los efectos de la cláusula compromisoria. Para verificar la solvencia del consumidor, los árbitros podrán solicitar las pruebas que acrediten esa condición.

Esta situación podría presentarse en consideración al estado actual de la normatividad colombiana. Así, frente a la capacidad económica de un consumidor, tendríamos unos arbitrajes gratuitos y otros onerosos. Esta circunstancia para algunos podría ser desigual, porque lo que se busca es protegerlos con independencia de la capacidad económica que estos tengan. Además, si se toma en cuenta que estas hipótesis son aisladas, en la mayoría de los casos, el consumidor que efectúa su reclamo, es aquel consumidor promedio al que no solo le interesa que su conflicto sea resuelto en la mayor brevedad posible, sino que busca acceder al sistema sin que represente mayores costos.

Por último, la aplicación de la Ley 1563 de 2012 a los procesos arbitrales de consumo debería ser supletiva y no constituir la regla general. Por esto, si se piensa en un sistema arbitral de consumo administrado por los centros de arbitraje, como ocurre en los Estados Unidos, es menester una reglamentación específica, que no solo extienda el arbitraje social a todos los eventos de la relación de consumo, sino que además señale un procedimiento especial

para garantizar efectivamente el acceso a la justicia de los consumidores. Esto podría lograrse mediante el ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 50 de la Ley 1563 de 2012, a los centros de arbitraje para expedir sus propios reglamentos.

CONCLUSIONES

De lo expuesto en este escrito, pueden sentarse las siguientes reflexiones preliminares:

- A nivel internacional el arbitraje de consumo tiene un desarrollo significativo. La experiencia revela la firme determinación de los Estados para dotar a los consumidores de mecanismos ágiles y eficientes de acceso a la justicia.

- En el modelo propuesto por los Estados Unidos, el arbitraje es administrado por entidades privadas y el pacto que habilita a los árbitros está atado al control previo de las cortes, que de hallar motivos de "unconscionability" le resta vinculatoriedad.

A su vez, en esta tendencia si bien permite distinguir cuándo un consumidor podría o no contribuir con las expensas del proceso arbitral, en muchos casos el consumidor promedio carece de la solvencia suficiente para soportar los costos, lo que deja a discreción del empresario cancelar los gastos correspondientes y la suerte del proceso arbitral.

- La Ley 1563 de 2012, superó la prohibición que traía la Ley 1480 de 2011, permitiendo el desarrollo del arbitraje de consumo en Colombia. Mediante el Decreto 1829 de 2013, se intentó desarrollar la figura, sin embargo, la naturaleza de la relación de consumo y el derecho de consumo excede esta previsión legal.

- De acogerse la tendencia estadounidense, el principal inconveniente, serían los costos del panel arbitral y el tratamiento disímil por la cuantía de las pretensiones. Por lo tanto, es necesaria una reglamentación específica, para ampliar la cuantía y extender, si quiere, el ámbito del arbitraje social. Sin embargo, esta posibilidad podría no resultar atractiva para los Centros de Arbitraje y Conciliación, quienes no la verían como una oportunidad de negocio, sino más bien, como una carga adicional.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ADAMS, RONALD J. Consumer Compliant Arbitration: The Corporate View. *Dispute Resolution Journal*, 1988, vol. 43, n.º 4, pp. 41-48.

ADAMS, RONALD J. Consumer Reaction toward Arbitration as a Remedial Alternative to the Courts. *The Journal of Consumer Affairs*, 1983, vol. 17, n.º 1. pp. 234-247.

- BĚLOHLÁVEK, ALEXANDER J. B2C Arbitration Consumer Protection in Arbitration. Huntington, NY: Juris, 2012. 554 p. ISBN: 978-1937518127.
- BENNETT, STEVEN C. The proposed arbitration fairness Act. *Dispute Resolution Journal*, 2012, vol. 67, n.º 2, pp. 39-42.
- BROWN, SHERROD. S.630- 116th Congress (2019-2020): Arbitration Fairness for Consumer Act. [en línea] [consulta: 22-08-2019]. Disponible en: <https://www.govtrack.us/congress/bills/116/s630>
- CAMACHO LÓPEZ, MARÍA ELISA. (2005) *Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la Jurisprudencia Colombiana*. en: *Revista e-Mercatoria*, vol. 4, n.º 1 Bogotá, [en línea] [Consulta: 20-10-2019]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3625884.pdf>
- CÁRDENAS, JUAN PABLO. El Arbitraje en Materia de Consumo. (art. inédito) [en línea]. [consulta: 09-08-2019]. Disponible en: <http://absta.info/el-arbitraje-en-materia-de-consumo-juan-pablo-cardenas-mejia.html>
- DRAHOZAL, CHRISTOPHER. y FRIEL, RAYMOND. Consumer Arbitration in the European Union and the United States (2003). en: *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 28, p. 357, 2003. [en línea] [consulta: 22-08-2019] Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1882624>
- GOODWIN, STEPHEN A., MAHAJAN, VIJAY y BHATT, BHALJ. On Consumer Dissatisfaction: Consider Arbitration as an Alternative Dispute Resolution Mechanism. *Advances in Consumer Research*, 1979, vol. 6, pp. 460-465.
- HORTON, DAVID. (2011) Unconscionability Wars. *Northwestern University Law Review*. Nw. U. L. Rev. Colloquy [en línea]. Vol. 106, n.º 13. [Consulta: 09-08-2019]. ISSN . 0029-357 Disponible en: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1143&context=nulr>
- INFANTE ANGARITA, CHRISTIAM. (2015) Arbitraje de Consumo: Aspectos Generales e Integración del Contradictorio. [en línea], en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. n.º 43., pp. 69-52. [Consulta: 22-08-2019]. ISSN: 2346-3473. Disponible en: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/376/html>
- JOHNSON, HENRY. H.R.2087–114th Congress (2015-2016): Arbitration fairness act of 2015 [en línea]. 26 de Junio de 2015. [Consulta: 22-08-2019]. Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2087>
- JONES, MARY GARDNER, Wanted: A new system for solving consumer grievances. *The Arbitration Journal*, 1970, vol. 25, n.º 4. pp. 234-247.

LABELLE, YANNICK. *Consumer Arbitration: A Fair and Effective Process?* Union des consommateurs, Jun, 2009. [en línea]. [Consulta: 07-01-2019] ISBN 2923405315. Disponible en: <http://deslibris.ca/ID/227534>

LABORDA, EMILIO. *El Sistema Arbitral de Consumo*. UNED, 2015. [en línea] [Consulta: 07-01-2019]. Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:DerechoElaborda/LABORDA _ VALLE _ Emilio _ Tesis.pdf

MCGONAGLE, JOHN J. *Arbitration of Consumer Disputes*. *Dispute Resolution Journal*, 1972, vol.27. n.º 2, pp. 65-84.

MEJÍA RODRÍGUEZ, MARCELA. (2014). Aproximación a los Mecanismos Procesales para la Garantía de los Derechos de los Consumidores en la Regulación Colombiana. En: *Revista Unicritiba*. Vol. n.º 3, n.º 36. pp. 6-22. [en línea] [Consulta: 22-08-2019] ISSN: 2316-753X. Disponible en: <http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/989/680>

MULLERAT, RAMÓN MARÍA. El arbitraje de consume en los Estados Unidos de América. *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1998, n.º 3, pp. 1719-1727.

POMERANTZ, LISA R. *Consumer Arbitration: Pre-dispute Resolution Clauses and Class Action Waivers*. *Dispute Resolution Journal*, 2016, vol. 71. n.º 2, pp. 63-71.

WARE, STEPHEN (2007) *Arbitration and Unconscionability after doctor's associates, Inc. V. Casarotto* por Stephen J. Ware. [en línea]. [Consulta: 20-08-2019]. Disponible en: <https://kuscholarworks.ku.edu/handle/1808/7376>.

WAX, MICHEAL (2001) *Randolph v. Green Tree Financial Corp: Does a Failure to Allocate Arbitration Clause Prevent Consumers from Vindicating their Cause of Action?* *Loyola Consumer Law Review*. Vol. n.º 13, 3, pp. 273-291 [en línea]. [Consulta: 20-08-2019].-. ISSN: 1530-5449. Disponible en: <http://lawcommons.luc.edu/lclr/vol13/iss3/>

JURISPRUDENCIA

Estados Unidos. *Brower v. Gateway 2000, Inc.*, 676 N.Y.S.2d 569, 574 (N.Y. App. Div.) (1998).

Estados Unidos. *Gillman v. Chase Manhattan* 73 N.Y.2d 1 (1988).

Estados Unidos. *Graham v. Scissor-Tail, Inc.* 623 P.2d 165 (1981).

Estados Unidos. *Green Tree Financial Corp.-Ala. v. Randolph* 531 U.S. 79 (2000).

Estados Unidos. *Kuzma v. Protective inc. Co.*, [104 AD3d 820] NY (2013).

Estados Unidos. *New Hope Community Church v. Patriot Energy Partners, L.L.C.*, Ohio-5882 (2013).

Estados Unidos. *Stolt–Nielsen S.A. et al., petitioners, v. Animalfeeds International Corp.* 559 US 662 (2010).

NORMATIVIDAD

Colombia. Ley 1480/2011, de 12 de octubre, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 48.220, 12 de octubre de 2011, pp. 1-16.

Colombia. Ley 1563/2012, 12 de julio, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. *Diario Oficial* n.º 48.489, 12 de julio de 2012, pp. 1-15

Colombia. Decreto 1829/2013, 27 de agosto, por el cual se reglamenta algunas disposiciones de las Leyes 21 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012. *Diario Oficial* n.º 48.895, 27 de agosto de 2013.

Colombia. *constitución Política De Colombia*. *Gaceta Constitucional* n.º 116, 20 de julio de 1991.

OTROS DOCUMENTOS

American Arbitration Association. *Consumer due process protocol statement of principles 2015*. [en línea]. [consulta 16-08-2019]. Disponible en: [https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Consumer%20Due%20Process%20Protocol%20\(1\).pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Consumer%20Due%20Process%20Protocol%20(1).pdf)

Changing Times. *Kiplinger's Personal Finance*. Does consumer arbitration really work? *Kiplinger Washington Editors, Inc.* 1973, vol. 27. n.º 7, pp. 19-21.

Jams. (2009). *Jams Policy on Consumer Arbitrations Pursuant to Pre-Dispute Clauses Minimum Standards Of Procedural Fairness*. [en línea]. [consulta: 16-08-2019]. Disponible en: https://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMS-Rules/JAMS_Consumer_Min_Std-2009.pdf