

Una propuesta para la verdadera. Implementación del arbitraje de consumo en Colombia^{1*}

A proposal for the real. Implementation of consumer arbitration in Colombia

MARITZA ALEXANDRA RUBIANO ROMERO²

RESUMEN

El arbitraje de consumo, como mecanismo alternativo de resolución de controversias derivadas de las relaciones de consumo, ha sido un tema ampliamente discutido que hoy, sin embargo, es mayormente aceptado a nivel mundial. En razón de esta tendencia, es posible identificar en distintos ordenamientos jurídicos dos modelos que implementan el arbitraje de consumo, los cuales tienen diferentes implicaciones tanto para consumidores como para empresarios. Así, el presente artículo pretende –a partir del estudio de los dos modelos y de la principal normatividad colombiana– dar algunas luces sobre cual es el desarrollo que debe tener el arbitraje de consumo en Colombia para ser una herramienta efectiva y especialmente favorecedora para el consumidor.

1 Fecha de recepción: 19 de marzo de 2021. Fecha de aceptación: 25 de junio 2021 Para citar el artículo: Rubiano M. "Una propuesta para la verdadera implementación del arbitraje de consumo en Colombia". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 20, N° 1 enero–junio 2021.

DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v20n1.04>

2 Estudiante de Quinto año de Derecho en la Universidad Externado de Colombia. Monitora de la Línea de Investigación en Contratación y Resolución de Controversias Internacionales (CYRCI) del Departamento de Derecho de los Negocios de la misma Universidad. Miembro de la Red Juvenil de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Educación continuada en derecho procesal civil y en especial, en arbitraje nacional e internacional. Contacto: maritza.rubiano@est.uexternado.edu.co; amrubiano09@gmail.com.

Palabras claves: Arbitraje de consumo; Colombia; Pacto arbitral; Contrato de adhesión; Modelo público del arbitraje de consumo; Modelo privado del arbitraje de consumo; Estatuto del consumidor.

ABSTRACT

Consumer arbitration as an alternative dispute resolution mechanism for resolving disputes arising from consumer relations has been a widely discussed topic that today is however largely accepted at the world. Because of this trend it is possible to identify in different legal systems two models of consumer arbitration which have different implications for both, businesses and consumers. Thus, the following paper provides –based on the study of the two models and the main Colombian regulation– some perspective on the development that consumer arbitration should have in Colombia in order to be an effective and especially beneficial tool for the consumer.

Keywords: Consumer arbitration; Colombia; Arbitration agreement; Adhesion contract; Public model of consumer arbitration; Private model of consumer arbitration; Consumer statute.

INTRODUCCIÓN

Es una realidad innegable la transformación que ha sufrido el arbitraje en determinadas materias y sectores, muchos de los cuales se encuentran conectados con lo público y a lo que se suma la presencia de una tendencia legislativa en donde “interesa más proteger a los *consumidores* que a los *ciudadanos*” (Barona Vilar, 2016, p. 28). En este contexto aparecen figuras de gran interés como lo es el arbitraje de consumo, un mecanismo previsto para que los consumidores puedan resolver sus controversias sin tener que acudir a la jurisdicción ordinaria. A pesar de ello, la arbitrabilidad de las materias que tienen implicación en los derechos del consumidor ha sido un tema ampliamente discutido en el panorama global y que, por supuesto, no ha sido ajeno al derecho colombiano.

En el derecho comparado se reconoce hoy un apoyo casi que generalizado al mecanismo y su implementación se ha hecho de distintas maneras. Se identifica en primer lugar la tendencia normativa de países como España, Perú y Argentina, y que denominamos *modelo público de arbitraje de consumo*. Un segundo modo de desarrollar el mecanismo es el expuesto por el derecho estadounidense, que surge de la iniciativa privada y se explica bajo la expresión *modelo privado de arbitraje de consumo*.

Por su parte, en el derecho colombiano, la inclusión del pacto arbitral³ en los contratos de consumo ha sido especialmente discutida cuando se incorpora en contratos de adhesión. Se presentaron variadas tesis y argumentos y, si bien hoy *prima facie* el debate estaría zanjado por la existencia de habilitación legal para llevarlo a cabo, hace falta en nuestro ordenamiento una verdadera regulación que permita su desarrollo. Ello pues la normativa actual luce insuficiente y hace que, a la fecha, aún siete años después de la expedición del Decreto 1829 de 2013 (compilado por el Decreto 1069 de 2015), no se haya desarrollado ningún arbitraje de consumo en Colombia.

De esta manera, a partir de un breve análisis de los modelos que existen en el derecho foráneo y de la constatación de que la regulación del arbitraje de consumo en Colombia es insuficiente, se darán algunas luces y comentarios que permitan desarrollar e implementar verdaderamente un modelo que atienda a las necesidades del consumidor colombiano y que, en menor tiempo y mayor efectividad, responda a sus reclamaciones.

I. EXPERIENCIA DEL ARBITRAJE DE CONSUMO EN EL DERECHO COMPARADO

Las relaciones de consumo son tema que concierne a todos los ordenamientos jurídicos del mundo. Si bien cada derecho tiene vicisitudes y consideraciones específicas que atienden a su realidad política, social y económica, es innegable que existe en todos una reglamentación sobre el Derecho del Consumo que –al igual que otras ramas del Derecho como el Laboral o el de Familia– se erige como un lugar común en la vida de todos los ciudadanos del mundo.

En vista de la particular naturaleza de las relaciones de consumo, ha sido ampliamente discutida la posibilidad de disponer de los derechos inmersos en ellas y, en consecuencia, la de someter sus controversias al arbitraje. En este contexto es posible identificar regímenes jurídicos como el estadounidense en donde el arbitraje de consumo se ha permitido y surge de la iniciativa privada; otros ordenamientos como el francés que lo prohíben⁴; y por

3 A efectos del presente texto, se empleará la expresión "pacto arbitral" en el sentido genérico que comprende tanto la cláusula compromisoria como el compromiso. En igual sentido fue empleada por la ley 1563 de 2012, reglamentaria del arbitraje nacional e internacional en Colombia.

4 La jurisprudencia francesa ha establecido que no es posible emplear el mecanismo en las relaciones de consumo por tratarse de contratos mixtos (celebrados entre un profesional y un no profesional) pues su legislación solo permite la cláusula compromisoria cuando se celebra en una actividad profesional, lo que debe ser válido para los dos contratantes. Al respecto, la doctrina francesa ha opinado que la posición debe moderarse y considerar que por tratarse de nulidad relativa o anulabilidad, quien podría invocar la invalidez del pacto sería el no comerciante (y no el profesional), lo que permitiría que el consumidor se beneficiare del arbitraje. Para más profundidad puede verse CÁRDENAS MEJÍA (s.f.).

último, se reconoce una tendencia que lo permite y lo regula, creando un andamiaje estatal para adelantar el proceso, es así como ocurre en España, Argentina y Perú.

Actualmente resulta notoria –y en mayoría considerable– una inclinación a nivel global en favor del arbitraje de consumo. No obstante, no es objeto de este trabajo analizar el comportamiento que ha tenido la figura en cada ordenamiento del derecho comparado, sino más bien comentar algunas experiencias que por tener un desarrollo amplio y significativo, permiten dilucidar las ventajas del mecanismo y algunos de sus puntos esenciales.

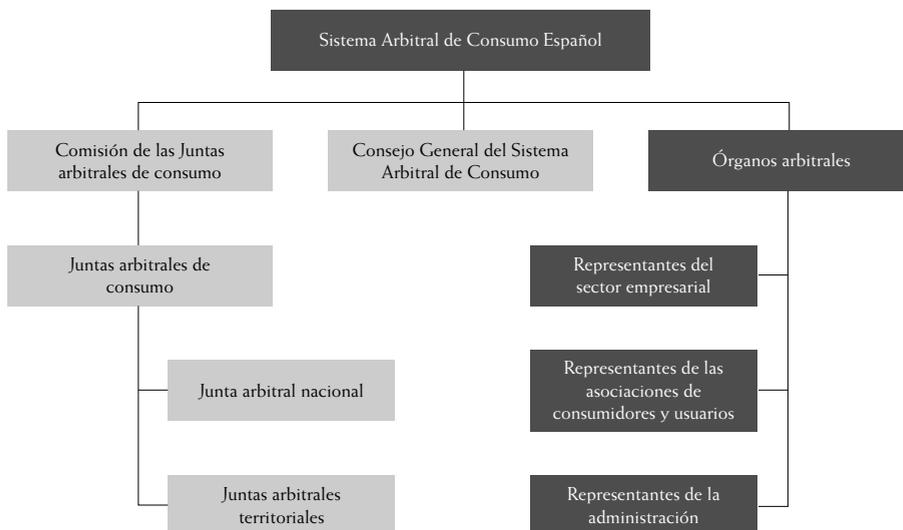
A. EL MODELO PÚBLICO DE ARBITRAJE DE CONSUMO: LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Lo que denominamos modelo público de arbitraje de consumo se caracteriza por tener integrado en su funcionamiento el aparato estatal de cada país, y es un modelo respecto del cual puede predicarse un efectivo funcionamiento en la tutela del consumidor. Encuentra desarrollo en países como España, Perú y Argentina, siendo el primero de estos el principal exponente de la iniciativa pública, cuyo desarrollo ha sido paulatinamente copiado por otras latitudes que vieron en él virtudes afines a sus ordenamientos.

Dado su éxito y desarrollo, mucho se ha escrito para describir los caracteres y estructura del mecanismo en el derecho español. Es de puntualizar que, si bien hoy este es un modelo “icónico”, su avanzada reglamentación no es fortuita, pues desde la habilitación para su reglamentación con la Ley 26 de 1984, existieron varias regulaciones hasta que 24 años después se expidió el Real Decreto Legislativo 231 de 2008 –en adelante RDL 231/2008– el cual fuere la normatividad exhaustiva y clara que es hoy ejemplo a nivel mundial. Tal como lo menciona Bujosa Vadell (2013), el Sistema Arbitral de Consumo –en adelante SAC– desarrollado por este Real Decreto no sustituye en modo alguno los cauces jurisdiccionales con los que ya cuenta el consumidor, no existe prevalencia de uno sobre el otro ni es este exigido como requisito de procedibilidad en la jurisdicción ordinaria.

Sentado lo anterior, relacionaremos brevemente su estructura, para luego referirnos a algunos aspectos centrales que resultan de especial utilidad para una posible incorporación del modelo público en el ordenamiento jurídico colombiano.

1. Estructura del Sistema Arbitral de Consumo (SAC) español



Fuente: Elaboración propia.

El SAC está compuesto principalmente por: (i) Juntas Arbitrales de Consumo; (ii) Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo; (iii) Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo y (iv) Órganos arbitrales (RDL 231/2008, art. 4).

De acuerdo con el artículo 5 del RDL 231/2008, las Juntas Arbitrales de Consumo son: "órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de consumo y prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría". Existe una Junta Arbitral Nacional y junto a esta coexisten otras Juntas⁵ distribuidas territorialmente que, en nuestro criterio, configuran el órgano más importante al interior del SAC español pues dentro de sus funciones, además de las administrativas y secretariales como la designación del órgano arbitral⁶, se encuentra la admisión o inadmisión de la solicitud de arbitraje de consumo (según lo ordena el art. 8.1 RDL 231/2008). En cumplimiento de esta función, revisará que no se trate de una cuestión excluida por la materia arbitral, que la reclamación no sea infundada y que en ella se aprecie efectivamente una afectación de los derechos y legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios (RDL 231/2008, art. 35). Otra de sus funciones que interesa destacar es la de asegurar la mediación previa

5 La legislación española establece los criterios determinantes de la competencia de las juntas arbitrales en el artículo 8 del RDL 231/2008.

6 Vale precisar que la designación o nombramiento de los árbitros no se hace conforme a la normativa general del arbitraje ordinario –que en el caso español es la Ley 60 de 2003– sino que se atiende a la previsión especial del RDL 231/2008.

al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales, establecida en el artículo 6 literal f del RDL 231/2008⁷.

Por su parte, la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo tiene como principal función la resolución de recursos⁸ sobre la admisión o inadmisión de las solicitudes, mientras que las funciones del Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo se limitan principalmente a la promoción y mejora del SAC (RDL 231/2008, art. 15). Las Juntas, la Comisión y el Consejo General se encuentran adscritas al Instituto Nacional de Consumo.

Finalmente se encuentra la segunda entidad más importante del SAC, los órganos arbitrales, cuya función principal es la resolución de la disputa presentada ante la Junta Arbitral⁹. De estos importa mencionar que están integrados por representantes del sector empresarial; representantes de las asociaciones de consumidores y usuarios y por representantes de la administración (RDL 231/2008, art. 16). Además, si bien por regla general son órganos colegiados, existe la posibilidad de que sean unipersonales cuando las partes así lo acuerden o cuando lo estime el presidente de la Junta Arbitral, en este último supuesto "siempre que la cuantía de la controversia sea inferior a 300€ y que la falta de complejidad del asunto así lo aconseje" (RDL 231/2008, art. 19).

2. Definición, materia arbitral, convenio arbitral y otros caracteres del sistema

Una vez referida la estructura, es posible dar paso al análisis de algunos elementos del SAC que resultan centrales. En primer lugar, la definición del mecanismo contenida en el artículo 1.2 del RDL 231/2008, que a la letra dispone:

El Sistema Arbitral de Consumo es el arbitraje **institucional** de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor. [resaltado fuera del texto original]. (Real Decreto Legislativo 231, 2008).

- 7 A su vez, el artículo 38 del Real Decreto establece que "cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto". Seguidamente, indica el artículo 38.2 que se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación.
- 8 Dispone sin embargo el artículo 32.3 del RDL 231/2008, que cuando se impugne la admisión y esta ya haya sido notificada al árbitro o colegio arbitral designado, será este quien decida sobre su propia competencia.
- 9 Podrán asimismo instar a las partes a la conciliación (RDL 231/2008, art. 42).

Una definición legal y determinada otorga a la figura rasgos esenciales que, de no estar precisados, podrían dar lugar a disímiles interpretaciones. Se subraya en este punto que el arbitraje de consumo será institucional y que prestará mérito ejecutivo para ambas partes.

En segundo lugar, frente a la *materia arbitrable*, el artículo 2 determina que "serán objeto de arbitraje de consumo los conflictos a que se refiere el artículo 1.2 que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho". Seguidamente, el artículo 2.2 precisa que no obstante lo anterior, "no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos (...)". Frente a este punto, Aguilar Olivares (2014) considera que tampoco sería objeto de arbitraje de consumo las "materias *inseparablemente unidas a otras sobre las cuales las partes no tengan poder de disposición*" [cursiva fuera del texto original] (p. 27)¹⁰.

En lo que concierne al *convenio arbitral*, el artículo 24 del RDL 231/2008 establece tres vías para llegar al arbitraje de consumo. La primera consiste en una cláusula inserta en el contrato y la segunda, en un acuerdo independiente celebrado entre las partes, debiendo constar cualquiera de estas dos alternativas por escrito o por cualquier otro medio del cual quede constancia. La tercera es la destacada oferta pública de adhesión al SAC, la cual es realizada por el empresario¹¹ y se entiende aceptada con la solicitud del arbitraje presentada por el consumidor. Por último, –y la que teóricamente podría considerarse como una cuarta vía– es la que se presenta cuando a falta de la dos anteriores, se corre traslado al empresario de la solicitud y si este nada expresa, se entiende que desea acudir al mecanismo.

Aquí es adecuado hacer una digresión y es que en un primer momento el sistema español, en busca de la protección contractual del consumidor y en atención a las directivas europeas que se dictaron en su favor, prohibió y estableció como cláusula abusiva el adelantamiento de un arbitraje distinto al de consumo entre consumidores y empresarios. Señala Iboleón Salmerón (2012) que con posterioridad se precisó esa prohibición y se estableció que solo sería posible pactar el convenio arbitral como cláusula en los arbitrajes

10 Refiere también que quedan excluidos del arbitraje de consumo las materias en donde no exista un acto de consumo propiamente dicho; aquellas en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación legal de las personas que no tienen capacidad de obrar; las cuestiones sobre las que recaiga resolución judicial firme y definitiva, excepto los aspectos derivados de su ejecución, entre otras.

11 En virtud de esta oferta pública de adhesión, el empresario recibe el distintivo público de adhesión al SAC, un reconocido sello de calidad. De ahí que el mecanismo represente un incentivo para los empresarios, pues el tener el sello le otorga una ventaja competitiva frente a empresarios que no ofrecen dicha posibilidad a sus clientes.

institucionales de consumo, mientras que en los demás arbitramentos únicamente será posible pactarlo cuando ya ha surgido la controversia¹², es decir, solo será posible pactarlo como compromiso.

El *fallo se proferirá en equidad* salvo que las partes acuerden expresamente otra cosa¹³ y “las normas jurídicas aplicables y las estipulaciones contractuales servirán de apoyo a la decisión en equidad que, en todo caso, deberá ser motivada” (RDL 231/2008, art. 33). El plazo para emitirlo será de 6 meses a partir del inicio del procedimiento arbitral y será prorrogable hasta por 2 meses más.

La *gratuidad* es quizá el elemento más atractivo del modelo público de arbitraje de consumo. De conformidad con esta característica, ni el consumidor ni el empresario deben sufragar costo alguno del adelantamiento del proceso, ni honorarios ni gastos de administración. Únicamente quedan a su cargo los gastos que supongan la realización de pruebas que soliciten (RDL 231/2008, art. 45)¹⁴.

Finalmente, queda referir que es este un sistema *unidireccional* en que son los consumidores quienes pueden iniciar el procedimiento, no siendo factible que un empresario o profesional reclame directamente a la Junta Arbitral (Marcos Francisco, 2011). Resaltamos asimismo que el procedimiento carece de formalidades especiales, pues si bien tiene unas fases que facilitan su desarrollo, está basado en principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad, sin ser rígido o con pasos innecesarios.

Existen otros elementos que son innovadores en la regulación española como lo son los *arbitrajes electrónicos y los colectivos*. De acuerdo con el artículo 51 del Real Decreto, el electrónico es aquel que se desarrolla en su totalidad (desde la solicitud de arbitraje hasta la terminación) por medios electrónicos y se sustancia a través de la aplicación que habilite el Ministerio de Sanidad y Consumo para el efecto. Por su parte, el arbitraje de consumo colectivo busca resolver en un único procedimiento los conflictos que, basados en los mismos hechos, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores (RDL 231/2008, art. 56). Aunque interesante, el alcance de estas figuras no será analizado en las líneas siguientes.

12 Esto salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico.

13 Por ejemplo, si en la oferta pública de adhesión que realizó el empresario se prevé que el laudo se proferirá en derecho.

14 Esta disposición precisa que las pruebas comunes o coincidentes correrán por mitad a cargo de cada una de las partes y que en el supuesto en que el órgano arbitral aprecie en el laudo mala fe o temeridad por parte de alguno de los intervinientes, podrá distribuir en forma distinta los gastos ocasionados por la practica de prueba.

B. EL MODELO PRIVADO DE ARBITRAJE DE CONSUMO: LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE

En los Estados Unidos de Norteamérica –en adelante EE.UU. – el derecho del consumo ha sido tema de suma importancia. En efecto, autores como Villalba Cuellar (2009) afirman que fue en dicho territorio en donde se desarrolló por primera vez la normativa de protección al consumidor. Es así como este país también se ha constituido como representante del arbitraje de consumo, pero esta vez del denominado modelo privado de arbitraje de consumo, el cual se caracteriza porque son instituciones privadas las que adelantan el procedimiento, sin existir participación directa del Estado en su desarrollo.

Dado que el derecho estadounidense se ha inclinado por seguir la tendencia del *Common Law* y no se cuenta con una regulación expresa y uniforme sobre el arbitraje de consumo a nivel nacional, la aceptación del mecanismo se ha dado prevalentemente vía jurisprudencial, haciéndose un análisis de su viabilidad caso a caso.

Sin embargo, a pesar de que la tendencia es a la aprobación, existe también en el derecho estadounidense un sector que aun es reacio al arbitraje de consumo, de manera que se ha propuesto en el Congreso el *Arbitration Fairness for Consumer Act*¹⁵, un proyecto normativo que busca prohibir la inclusión de cláusulas compromisorias en las relaciones de consumo financiero, limitando la viabilidad del mecanismo únicamente al compromiso. Prohíbe asimismo los acuerdos o prácticas que limiten el ejercicio de la *class action* y la *collective action*, tema que ha sido especialmente controvertido en los tribunales judiciales estadounidenses. A pesar de que el proyecto se ha presentado en reiteradas oportunidades, "se ha desestimado sin siquiera alcanzar los debates correspondientes" (Namén, 2019).

1. Los centros privados que adelantan el arbitraje de consumo en EE.UU.

En un inicio, fueron dos las instituciones que incursionaron en el desarrollo del mecanismo, la American Arbitration Association (AAA) y la Better Business Bureau (BBB), las cuales coincidieron en que el procedimiento debía ser sencillo, expedito y flexible¹⁶. En la actualidad sin embargo, no es el BBB la entidad que coexiste con la AAA en el adelantamiento de los arbitrajes de

15 El proyecto se encuentra disponible en la página oficial del Congreso estadounidense y puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/630>

16 En particular, la BBB contempló una serie de pasos antes de efectivamente acudir al arbitraje de consumo, primero la conciliación, luego la mediación y por último el arbitramento (NAMÉN, 2019).

consumo, sino que es el Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS). Tanto la AAA como el JAMS han establecido unas reglas y estándares particulares frente al mecanismo, de los cuales mencionaremos algunos centrales que interesan en nuestro estudio.

1.1. La American Arbitration Association (AAA)

En lo que concierne a la AAA, se diseñó el *Consumer Due Process Protocol* –en adelante CDPP–, el cual establece una serie de principios sobre el debido proceso que deberían ser seguidos en el arbitraje de consumo. Del mismo modo, emitió las *Consumer Arbitration Rules*, un conjunto de normas procesales que se aplican a las cláusulas arbitrales que son parte de contratos estandarizados entre consumidores individuales y empresas, en donde los términos y condiciones de la compra de bienes o servicios no son negociables en su mayoría o totalidad¹⁷ (American Arbitration Association [AAA], 2018). Nos centraremos en el CDPP por ser sus directrices sustanciales más que procedimentales, de manera que son útiles a un lineamiento general de la figura.

En primer lugar, en cuanto al *deber de información y el acuerdo de arbitraje*, el principio 2 del CDPP establece que los empresarios deberán tomar medidas razonables para proporcionar a los consumidores información *completa y exacta* sobre los Mecanismos Alternativos de Resolución de Controversias –en adelante MASC– de consumo¹⁸, medidas dentro de las cuales está el aviso claro y adecuado de las disposiciones y una declaración de si la participación en estos es obligatoria u opcional. Este deber se ve fortalecido con lo establecido en el principio 11 sobre el acuerdo de arbitraje, donde se añade que los consumidores deben ser notificados clara y adecuadamente sobre la disposición de arbitraje y sus consecuencias, sobre la diferenciación entre el arbitraje y los procedimientos judiciales y sobre los costos conexos, entre otros.

De otro lado, se destaca en el principio 3 que tanto el árbitro como el centro que administra el arbitraje deberán ser *imparciales e independientes* y que, en la escogencia de los primeros, tanto el consumidor como el proveedor deberán tener igualdad de voto para la selección. Sobre este punto, el CDPP anota que ciertamente la percepción de imparcialidad y equidad son igualmente esenciales en el caso de las instituciones administradoras del arbitraje como en el caso de los árbitros. De hecho, se afirma que a largo plazo la independencia de estas instituciones puede ser el mayor reto de los MASC del consumidor

17 Se requiere también para su aplicación que el producto o servicio sea para uso personal o doméstico, y se aclara que la AAA tiene la discreción de aplicar o no las Reglas, pudiendo las partes poner en conocimiento del árbitro cualquier disputa relativa a su aplicación o no aplicación (AAA, 2018).

18 De acuerdo con lo establecido en el CDPP, estos MASC de consumo pueden ser de gran valor para que la solución de la controversia sea más rápida, menos costosa y más satisfactoria (AAA, 1998).

(AAA, 1998). Igual énfasis se hace en el deber de divulgación que tienen los árbitros para con las partes, en el sentido en que deben comunicar cualquier circunstancia que pueda poner en duda la imparcialidad de la decisión.

En lo que concierne a los *costos*, el principio 6 establece que este debe ser razonable para los consumidores, basado en las circunstancias concretas de la disputa, en el tamaño y la naturaleza de los bienes o servicios contratados y en la capacidad de pago del consumidor, lo que en ocasiones podría implicar que el proveedor o empresario asumiera completamente el costo del proceso. Es posible vislumbrar en este aspecto la flexibilidad por la que propugna el modelo, pues no se establece una regla unívoca para todos los casos sino criterios que permiten determinar en la controversia específica la asignación de gastos y demás aspectos. Es más, según precisa Namén (2019), con posterioridad y dado que el pago de gastos tenía la facultad de comprometer la imparcialidad de los árbitros y del proceso, se implementaron unas reglas complementarias que permitían la negociación entre las partes para determinar como se realizarían los pagos.

Respecto al *laudo arbitral*, el principio 14 establece que el árbitro deberá estar facultado para conceder cualquier tipo de reparación que este reconocida por las Cortes, por la ley, o en equidad¹⁹. De otro lado, el principio 15 propugna que en la elaboración se tendrán en cuenta *todos* los términos contractuales y las leyes y estatutos pertinentes. El laudo podrá revisarse –y en consecuencia anularse o revocarse– de acuerdo con la normativa general arbitral, en el caso de EE.UU., por lo que indique la Federal Arbitration Act.

Finalmente queda por mencionar el incentivo que consagra el principio 10 del CDPP al uso de la *mediación* como medio no oficial de asistencia a las partes en la resolución de sus controversias, y la *herramienta de resolución en línea* que ofrece la AAA para que las partes puedan llegar a un acuerdo directo virtual. Esta herramienta puede usarse mientras se lleva a cabo el arbitraje, o este puede suspenderse por acuerdo entre las partes, y consiste en la presentación de ofertas y contraofertas hasta que el caso se cierre. Ni el árbitro ni la AAA revisan ninguna de las comunicaciones en línea entre las partes.

1.2. *El Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS)*

Por su parte, el JAMS estableció el *Policy on Consumer Arbitrations Pursuant to Pre-Dispute Clauses Minimum Standards of Procedural Fairness*, un proyecto mucho más

19 Por lo que en principio podría condenar incluso por los daños punitivos, aspecto este que ha sido controversial en el derecho estadounidense. De hecho, para evitar discusión, algunas cláusulas compromisorias establecieron expresamente que, originada la controversia en sede arbitral, el demandante podría pedir el reconocimiento de *cualquier* tipo de reparación, incluyendo los daños punitivos. Es el caso de la cláusula discutida en el caso AT&T v. Concepción (2010).

concreto de 10 estándares que son aplicables cuando una empresa coloca sistemáticamente una cláusula de arbitraje en sus acuerdos con los consumidores y hay una mínima o ninguna negociación entre las partes en cuanto a los términos de la misma. Enfatiza el JAMS que estas pautas no se aplicarán al arbitraje de controversias entre empresas y clientes comerciales ni a los acuerdos que fueron negociados por el consumidor individual y la empresa.

Entre las pautas que incluye el JAMS destaca que *el acuerdo de arbitraje* debe ser recíprocamente vinculante para todas las partes y el consumidor debe ser notificado de la existencia de la cláusula de arbitraje y sus términos, condiciones e implicaciones deben ser claras. *El árbitro(s) debe ser neutral* y el consumidor debe tener una oportunidad razonable de participar en el proceso de su elección, así mismo tendrá derecho a una audiencia en persona en el área de su residencia. *En cuanto a los costos*, se establece que cuando el consumidor inicia el arbitraje el único honorario que deberá pagar son \$250US, que es el equivalente aproximado a los honorarios actuales de una Corte, todos los demás costos deberán ser sufragados por la empresa. Si es la empresa quien inicia el arbitraje, esta deberá asumir todos los costos derivados del mismo. Por último, *el laudo* será escrito, se pronunciará sobre cada pretensión y proporcionará los principales hallazgos y conclusiones.

Huelga mencionar que en las dos instituciones es necesario seguir las respectivas pautas, pues infringir el CDPP o los estándares hará que la AAA o el JAMS rechace la administración del arbitraje.

Si bien nos quedan detalles sin describir, la exposición hecha permite aseverar que las instituciones privadas que adelantan el arbitraje de consumo en EE.UU. tienen una delimitada y clara organización que permite el desarrollo del mecanismo, y que por lo pronto han subsanado la falta de regulación federal sobre el tema.

2. Tratamiento jurisprudencial del pacto arbitral de consumo en EE.UU.

Como es natural, algunos de los convenios arbitrales han sido cuestionados a nivel jurisdiccional ante las Cortes estadounidenses, las cuales han hecho diferentes consideraciones relevantes sobre la validez del pacto arbitral en los contratos de consumo. A continuación, se describirán algunos aspectos relevantes del tratamiento y las implicaciones que tienen en el desarrollo del mecanismo en EE.UU.

Lo primero es describir la tendencia ampliamente desarrollada que invalida el pacto arbitral cuando lo encuentra "unconscionable"²⁰. A pesar de que

20 GÓMEZ DURÁN (2016) precisa que esta teoría fue tomada del Código de Comercio Uniforme de EE.UU. y que su aplicación pasó de las relaciones contractuales individuales

este término no tiene un alcance claro y unívoco, el profesor colombiano Juan Pablo Cárdenas (s.f.) ha podido precisar que "un contrato unconscionable es uno que una persona capaz no habría celebrado y que una persona justa y honesta no aceptaría". Este concepto tiene una acepción sustancial y otra procesal, resultando de mayor importancia la primera y de acuerdo con la cual son inválidas las cláusulas que priven de derechos y garantías a los consumidores. En tanto a lo procesal, se coincide en mayoría en que la imposición unilateral en los contratos de adhesión es natural, de manera que las cláusulas arbitrales serían "unconscionables" procesalmente pero ello no haría que estas fueran inválidas *per se*²¹.

El desarrollo de esta teoría "unconscionable" ha sido crucial, pues ha permitido a las Cortes establecer una serie de limitantes al arbitraje de consumo y determinar a través de sus decisiones —y en vista de que no hay reglamentación al respecto— una serie de características sobre el mecanismo que permiten dilucidar algunas ventajas para el consumidor.

Frente a la *sede del arbitraje*, se ha establecido que la cláusula arbitral devendría inválida si al consumidor se le obliga a desplazarse de un lugar a otro para exigir sus derechos, o si la sede se encuentra muy alejada de su domicilio²².

En cuanto al *deber de información*, se ha considerado que si el consumidor no sabe que en el contrato se ha incluido una cláusula arbitral, no sería posible admitir que esta es vinculante, por lo que, como asevera Cárdenas Mejía (s.f.), no vincularía una cláusula arbitral escondida o que este en pequeños caracteres. De hecho, en el caso *Bell v. Congress Mortgage* (citado por *Ware*, 1996) se estableció que las cláusulas de arbitraje en los contratos de adhesión serían inaplicables si no aparecen en forma clara e inconfundible, resaltadas y/o en negrita. Empero, a pesar de este y otros pronunciamientos, debe reconocerse que la jurisprudencia no ha sido uniforme respecto a este lineamiento y en otros casos, aun cuando no es absolutamente claro que el consumidor conociera de la cláusula, se le ha otorgado valor a la misma²³.

a las de la contratación en masa. Menciona también que este nuevo uso fue dado por primera vez en el caso *Manfredi v. Blue cross*.

- 21 Por ejemplo, *WARE* (1996) considera que si bien puede haber cierta "desmesura" procesal en la elaboración de una forma típica de contrato, ello por si solo no hace inaplicable sus términos. El negar la aplicación de una cláusula de arbitraje simplemente porque forma parte de un contrato de adhesión aplicaría la doctrina de la *desaprobación* de manera más agresiva a los acuerdos de arbitraje que a los contratos en general.
- 22 Algunos de los casos en los que la cláusula arbitral imponía al consumidor la obligación de desplazarse de un lugar a otro fueron *Randolph v. Green Tree Financial Corp* y el caso *Patterson v. ITT Consumer Financial Corp*.
- 23 Ejemplo de ello es el caso *Hill v. Gateway* citado por *CÁRDENAS MEJÍA* (s.f.), en donde la Corte del Séptimo Circuito consideró que era plenamente vinculante un pacto arbitral incluido en los términos y condiciones que se encontraban en la caja del computador, los cuales señalaban que los mismos se aplicarían en el contrato sino se devolvía el equipo en los siguientes 30 días.

Por último –y sin pretensión de agotar el tema– se ha reconocido que hay lugar a la *unconscionability* cuando en la cláusula se designa un árbitro cuya *imparcialidad* pueda estar comprometida. Por ejemplo, en el caso *Graham v. Scissor-Tall Inc* (citado por Namén 2019), la Corte Suprema de California determinó que la cláusula compromisoria que remitía las controversias a un tribunal arbitral conforme a las reglas de la American Federation of Musicians era *unconscionable*, pues una de las partes era miembro activo de dicha institución. Empero, aclaró la Corte en la misma decisión que ello no significaba que las partes se vieran impedidas para acudir al arbitraje y que el tribunal arbitral podría dar oportunidad a las partes para escoger un árbitro adecuado.

Si bien resultan de gran valor las revisiones que de las cláusulas arbitrales han hecho las diferentes Cortes de EE.UU. pues otorgan una suerte de control en el mecanismo, el primer problema que se evidencia es que, al ser Cortes estatales, sus decisiones pueden ser revocadas por la Corte Suprema de Justicia, lo que ya ha sucedido en varios casos y especialmente cuando lo que se debate es si la prohibición de la *class action* invalida el acuerdo arbitral²⁴. Lo anterior deja una sensación de inseguridad jurídica, sumada al hecho de que el fallo caso a caso sin supuestos claros y exhaustivos genera decisiones dispares y pérdidas de tiempo y dinero considerables.

II. ANÁLISIS AL INTERIOR DEL DERECHO COLOMBIANO

Como se anticipó, la inclusión del pacto arbitral en los contratos de adhesión no ha sido un tema pacífico en el derecho colombiano. El asunto era aun más controversial antes de la expedición de la Ley 1480 de 2011, pues hasta ese momento no había una reglamentación que prohibiere o permitiere de manera expresa la estipulación de pacto arbitral en los contratos de consumo, ni en concreto en los contratos de adhesión.

Como consecuencia de este vacío normativo imperante hasta 2011, se presentaron variadas tesis que procuraban responder a la interrogante de si era plausible o no la inclusión cláusulas arbitrales en los contratos de adhesión²⁵. Quintero (2008) identificó tres interesantes posturas que ilustran de manera suficiente el variado panorama que los doctrinantes establecían para la figura en Colombia.

24 Al efecto puede verse lo mencionado por CÁRDENAS MEJÍA (s.f.), p. 4 y lo referido por NAMÉN (2019) pp. 50-51.

25 Si bien es tema interesante el relativo a la validez o no del pacto arbitral inmerso en los contratos de consumo y en concreto en los contratos de adhesión, este ya ha sido ampliamente ilustrado en la doctrina nacional y la internacional. Lo que nos compete en este escrito es, partiendo de que es una realidad su presencia en muchas relaciones mercantiles actuales, determinar cual sería la manera adecuada de implementar un arbitraje de consumo que respete los derechos y garantías con que cuenta el consumidor colombiano.

En primer lugar se encontraba la tesis más elemental, la cual sostenía que las cláusulas compromisorias eran válidas en los contratos de adhesión pues no había una norma expresa que las prohibiere y su práctica obedecía al libre desarrollo empresarial. De otro lado, existía una tendencia inclinada a condicionar la licitud de estas cláusulas a algunos supuestos fácticos, se exigía por ejemplo (i) que la parte oferente no gozara de un monopolio u oligopolio de hecho o de derecho²⁶, y (ii) que no se tratara de un producto de naturaleza esencial para la sociedad. Por último, se ubicó un criterio más radical que proscribía por completo la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos de adhesión pues al no haber un verdadero consentimiento del consumidor, estas cláusulas limitaban el principio de habilitación del arbitraje establecido en el artículo 116 constitucional, vulnerando a su vez el derecho fundamental al acceso a la justicia ordinaria previsto en el artículo 229 de la Constitución Nacional.

Como estas se encontraban muchas otras posturas con meritorios argumentos que demostraban la imperiosa necesidad de un pronunciamiento de la rama legislativa. Si bien existían pronunciamientos judiciales y administrativos que daban algunas nociones para resolver la discusión²⁷, esta no se encontraba zanjada por completo, generando así inseguridad jurídica en relación con el diverso tratamiento que podía tener la figura.

En este contexto, apareció el primer pronunciamiento legislativo con la Ley 1480 de 2011, la cual en su artículo 43 numeral 12 prohibió la inclusión de las cláusulas que obligaran al consumidor a acudir a la jurisdicción arbitral por considerarlas abusivas. Con posterioridad, se expidió la Ley 1563 de 2012, la cual derogó la disposición prohibitiva del estatuto del consumidor sin hacer ninguna reglamentación adicional, para finalmente expedirse el Decreto 1829 de 2013 –compilado por el Decreto 1069 de 2015– el cual intentó, sin éxito, regular la materia.

- 26 En el derecho estadounidense se presentó un planteamiento similar, pues algunos cuestionaban la aceptación de la cláusula cuando una de las partes tenía un monopolio o cuando todos los posibles contratantes contemplaban una cláusula compromisoria. Al efecto puede verse lo establecido por CÁRDENAS MEJÍA, J. (s.f.). Un análisis interesante sobre el tratamiento doctrinal que han tenido las cláusulas compromisorias como cláusulas abusivas en EE.UU. puede verse en GÓMEZ DURÁN (2016).
- 27 Un primer ejemplo se encuentra en el pronunciamiento C-2080/1978 de la otrora llamada Superintendencia Bancaria, según el cual la estipulación de la cláusula compromisoria en el contrato de seguro –por regla general contrato de adhesión– sólo era admisible cuando constara en un anexo del contrato, es decir, cuando este fuera suscrito por el asegurado con posterioridad al perfeccionamiento del contrato principal y de modo que se evitará que la compañía subordinara el amparo de la póliza a la aceptación la cláusula compromisoria. En el orden constitucional se dieron otros pronunciamientos partir de los cuales podía inferirse que el arbitraje en los contratos celebrados entre una parte “fuerte” y una “débil” no era válido, *vgr.* la C-033 de 2000.

A continuación, se analizan las normativas referidas:

A. FUNDAMENTOS NORMATIVOS

1. Ley 1480 de 2011

Dada su particular naturaleza, las relaciones de consumo se han caracterizado por tener legislaciones y reglamentaciones especiales a las del derecho común. En Colombia, la protección al consumidor tiene raigambre en el artículo 78 constitucional (Const., 1991) e inicialmente estuvo reglamentada por el Decreto 3466 de 1982, el cual después de estar vigente por casi 30 años y dadas las nuevas dinámicas del tráfico mercantil, tuvo que ser reformado por la Ley 1480 de 2011.

El Proyecto de renovación del Estatuto del Consumidor –en adelante EC– pasó varias veces por el Congreso de la República antes de ser definitivamente aprobado (Gaceta del Congreso N.º. 1102, 2010) y, a pesar de seguir una tendencia protectora y tutelar del consumidor, se caracterizó por tener en su gestación la opinión de varios sectores de la sociedad²⁸, en particular de comerciantes y consumidores. Así, el resultado del articulado además de contener un amplio catálogo de acciones y derechos para el consumidor, introdujo también beneficios para los empresarios como la delimitación clara de la responsabilidad²⁹.

En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 1480 de 2011, su artículo 2 precisa que aplicará “en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista una regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta ley”. Es decir, el Estatuto no deroga de manera alguna las facultades con las que

28 De acuerdo con la Gaceta N.º. 626 de 2010, en la gestación del proyecto participaron representantes de todos los sectores. En representación del Gobierno Nacional se encontraba el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la SIC. En representación del sector empresarial (productores y proveedores) participó la Asociación Nacional de industriales (ANDI). Los comerciantes estuvieron representados por la Federación Nacional de Comerciantes (FENALCO) y la academia también estuvo presente a través de los aportes del departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Los consumidores estuvieron representados por la Federación Colombiana de Consumidores y se precisó en las Gaceta N.º. 16 y N.º. 347 de 2011 que en la redacción del proyecto también participó el jurista Ariel Armel en cabeza de los mismos.

29 Por ejemplo, en materia de garantías, la previsión de la “garantía mínima presunta” del Decreto 3466 de 1982 fue muy indeterminada y no tuvo una aplicación exitosa en la solución de controversias en donde se alegaba. En su lugar, el Estatuto del Consumidor delimitó de forma clara en los arts. 7 y ss. la responsabilidad en materia de garantías, estableciendo, de un lado, que la responsabilidad entre el productor y el expendedor sería solidaria (art. 10) y de otro, la forma en la que sería posible exonerarse de dicha responsabilidad (art. 16).

ya contaba el consumidor en ciertos sectores de la economía³⁰ como en el financiero o el de los servicios públicos. Por el contrario, el objetivo del EC es reglamentar principalmente las compras de la vida cotidiana, donde el ejemplo más ilustrativo lo constituyen los diferentes productos ofertados en los supermercados.

Son muchos los aspectos interesantes que trajo la expedición del nuevo EC, sin embargo, se mencionaran principalmente los siguientes dada su incidencia en el desarrollo del arbitraje de consumo en Colombia:

1.1. Definición de 'consumidor' y las distintas relaciones de consumo

El primer punto que es importante determinar atañe a si el nuevo EC consagra una definición de relación de consumo, pues esta determinaría qué asuntos serían susceptibles de conocerse por la vía arbitral.

El artículo 2 de la normatividad establece: "las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo" (Ley 1480, 2011). Sin embargo, ni en el artículo 5 (encargado de dictar las definiciones) ni a lo largo de todo el articulado de la ley se encuentra una definición de lo que ha de entenderse por una relación de consumo. Esta situación hace que, por defecto, sea la presencia de un consumidor la que determine cuando se está o no ante una relación o contrato de consumo. Empero, lo que debe entenderse por el vocablo 'consumidor' no es tampoco tema pacífico en la doctrina y la jurisprudencia, por lo que resulta valioso el intento de delimitación³¹ que realizó el legislador del 2011, que definió al consumidor o usuario como:

Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial

30 Algunos autores como Villalba (2012) consideran que la redacción de este artículo es desafortunada pues en caso de una posible contradicción entre la norma especial y el Estatuto del Consumidor, prevalecería la primera aun cuando apareciere menos proteccionista. En su opinión, "debería constituir un conjunto de mínimos frente a los cuales solamente sea posible regular normas que aumenten el nivel de protección de los consumidores" (p. 36).

31 En vigencia del Decreto 3466 de 1982 la definición de consumidor no estaba completamente delimitada pues desde su reglamentación parecía indicar que era aplicable a *cualquier persona*, alterándose el amparo excepcional que propugnada la norma. En atención a esta circunstancia y antes de que se expidiera el nuevo EC, la SIC y la Corte Suprema de Justicia emitieron varios pronunciamientos en los que se daba alcance a la previsión del Decreto 3466 de 1982, importantes en la medida en que parecen ser la tendencia que adoptó el EC para la consagración de la definición de consumidor. Véase por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (3 de mayo de 2005). [MP César Julio Valencia Copete].

cuando no este ligada intrínsecamente a su actividad económica. (Ley 1480, 2011, art. 5 num. 3).

Una primera lectura de la disposición permite dilucidar que lejos de ser sencilla unívoca, se trata de una definición compleja (compuesta) que además cuenta con condicionamientos específicos. El primer elemento que salta a la vista es que, a diferencia de lo que se establecía en el anterior EC (Decreto 3466 de 1982), son consumidores a la luz de la Ley 1480 tanto las personas naturales como las personas jurídicas, siempre que se cumplan los demás condicionamientos de la norma.

Esto es una novedad y un aspecto de estudio interesante pues *prima facie*, al momento de definir al consumidor, existiría una inclinación a limitarlo únicamente a las personas naturales, dado que es notoria su posición de desigualdad frente a los empresarios que generalmente se erigen como personas jurídicas. Esta particularidad del actual EC autoriza a clasificar al consumidor colombiano en dos ramificaciones principales: 1) el consumidor-empresario, que es persona jurídica y que adquirió, disfrutó o utilizó un producto para satisfacer una necesidad empresarial no ligada intrínsecamente a su actividad económica; y 2) el consumidor-natural, que es una persona natural que por lo general adquiere, disfruta o utiliza bienes de un empresario persona jurídica con el fin de satisfacer una necesidad propia, privada, familiar o doméstica.

Este consumidor-natural se instituiría regularmente como la parte débil o indefensa de la relación, a lo que se añade que la mayor parte de sus relaciones contractuales serían consecuencia de la celebración de contratos de adhesión. Este tipo de convenio se define como aquellos en los 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” (Ley 1480, 2011, art. 5 num. 4).

Los contratos de consumo no son por definición, contratos de adhesión³², pues en virtud de la autonomía de las partes es posible que la contratación se lleve a cabo mediante negociaciones, consensuando de manera integral el contenido del negocio jurídico. Sin embargo, las dinámicas del comercio en los diferentes ámbitos nacionales e internacionales han dado lugar a que en la mayoría de las transacciones se opte por la utilización este tipo de contratos

32 El EC tuvo en cuenta que en este tipo de contratos pueden presentarse muchas situaciones vulneratorias de los derechos del consumidor, de manera que una de las medidas que tomó para conjurar esa posibilidad fue establecer en el artículo 37 unas condiciones generales los contratos de adhesión. Entre ellas destacan la obligatoriedad de brindar información suficiente, anticipada y expresa, que la misma sea concreta y clara y que sea suministrada en idioma español.

pues maximizan costos y aumentan la eficiencia empresarial³³. A pesar de que esta tendencia universal en favor de la contratación en masa parece traer importantes ventajas, es indiscutible que la mala praxis y los comportamientos de mala fe de quienes disponen el contrato han causado innumerables perjuicios al consumidor. Esta situación ha causado paralelamente otro movimiento universal en favor de la protección y tutela del consumidor, que lo califican como parte débil de la relación y le otorgan mecanismos procesales y sustanciales para su defensa en un intento por reequilibrar el contrato.

En lo que atiene al *consumidor-empresario* la situación cambia, pues dadas sus calidades, la mayoría del tiempo celebra contratos negociados en los cuales tuvo la posibilidad de discutir las condiciones contractuales con su vendedor, productor, proveedor o expendedor. No obstante, se precisa, ello no obsta para que en ocasiones –de ocurrencia mucha más reducida– puedan verse afectados por una desigualdad frente a su contraparte contractual. Por ejemplo, cuando una empresa MIPYMES negocia la compra de productos con una empresa multinacional para satisfacer necesidades que no están relacionadas con su actividad negocial. En este evento, de llegarse a presentar una controversia, la empresa más pequeña tendría dificultades en la defensa o reclamación, pues no cuenta con los mismos medios económicos y organizacionales para acudir al litigio.

Así las cosas, si bien en principio y las más de las veces es el consumidor-natural quien se halla en posición de debilidad manifiesta frente a una parte negocial económicamente más fuerte –que además determina las condiciones de su contrato–, ello no es óbice para que, en algunas circunstancias, los consumidores-empresarios puedan verse también afectados por una desigualdad frente a su contraparte contractual.

A partir de la exposición realizada, es menester concluir que el arbitraje de consumo en Colombia no se aplicaría a controversias de un único tipo. Aunque todos los conflictos encajarían bajo el rubro “contrato de consumo”, no es lo mismo, desde ningún punto de vista, el contrato celebrado en el mundo empresarial por personas jurídicas con experiencia en este mecanismo³⁴, que el contrato celebrado por consumidores-naturales, quienes al hacer sus compras diarias no tienen conocimiento ni interés en un mecanismo alternativo para solucionar los potenciales conflictos derivados de las mismas. Dada esta

33 Según VEGA (2001) citado por GÓMEZ DURÁN (2016, p. 20) esta forma de contratación se traduce en “una racionalización y reducción de los costos; una previsión de los riesgos; una interpretación igual y un trato similar a todo cliente, una menor inversión de horas-hombre en las ventas, etc”.

34 De hecho, tal y como lo establece Valenzuela (2012), el arbitraje es el mecanismo natural que emplean las empresas para la solución de sus controversias, siendo lo extraño acudir a la jurisdicción ordinaria en busca de solución a las eventualidades contractuales.

diferencia, es también posible establecer que los beneficios del arbitraje de consumo variarían según la relación de consumo de la que se trate.

Identificadas las partes de la relación contractual y las distintas relaciones que pueden presentarse, es posible determinar la legitimación activa y pasiva en el proceso arbitral. Frente a quien sería el habilitado para promover el arbitraje, existirían dos posibilidades: el consumidor-natural del supermercado como también el consumidor-empresario en el marco de la satisfacción de una necesidad que no este intrínsecamente ligada a su actividad económica. Por su parte, la legitimación pasiva, contra quien se dirige la acción, no encuentra mayor precisión, pues sería en todo caso el productor y/o proveedor, definidos respectivamente en los numerales 9 y 11 del artículo 5 del EC.

1.2. Materia arbitrable e ineficacia de pleno derecho del pacto arbitral en los contratos de consumo

El artículo 4 del EC estableció que las disposiciones contenidas en dicha ley serían de orden público y que cualquier estipulación en contrario se tendría por no escrita. Del mismo modo, previó que serían válidos los arreglos sobre *derechos patrimoniales* obtenidos a través de cualquier MASC después de surgida una controversia entre el consumidor y el proveedor y/o productor.

En lo que nos concierne, de la citada norma pueden extraerse dos puntos fundamentales. En primer lugar, la limitación de la materia arbitral, pues se dice de manera expresa que los arreglos válidos obtenidos a través de MASC se circunscriben a los derechos patrimoniales del consumidor, dejando por fuera otros derechos de que goza como el amparo a su dignidad y el derecho a la salud, establecidos en el artículo 1 de la Ley 1480 de 2011.

En igual sentido, el artículo 56 numeral 2 dispuso que la acción de responsabilidad por daños por producto defectuoso se adelantaría ante la jurisdicción ordinaria, de manera que cuando el daño producido por el producto sea la muerte o lesiones corporales, el único juez competente sería el de la jurisdicción ordinaria. En general, los daños producidos a una cosa diferente al producto defectuoso por el mismo producto defectuoso³⁵ dan lugar a este tipo de responsabilidad y, en consecuencia, el juez del asunto será el de la jurisdicción ordinaria.

De este modo, encuentra aquí un límite la materia arbitral³⁶, no siendo posible que en arbitraje se debatan derechos no patrimoniales del consumidor ni los daños que este sufre que son amparados por la acción de responsabilidad

35 Los supuestos que dan lugar a la acción de responsabilidad por daño por producto defectuoso se encuentran previstos en el artículo 20 de la Ley 1480 de 2011.

36 No está de más recordar que las disposiciones del Estatuto del Consumidor son calificadas expresamente como de orden público (artículo 4), de manera que prevalecen frente a otras normas que puedan llegar a limitar su alcance.

por daño por producto defectuoso. En este último aspecto, nuestra legislación sigue la normatividad española, pues en ella se excluye también de la materia arbitrable la muerte o las lesiones que hayan sufrido los consumidores.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 4 de la Ley 1480 de 2011 habilitaba a las partes a hacer arreglos sobre derechos patrimoniales mediante MASC, el artículo 43 numeral 12 estableció que serían ineficaces de pleno derecho las cláusulas que obligaren al consumidor a acudir a la justicia arbitral. Una lectura rápida de las normas podía llevar a suponer la existencia de una antinomia entre las mencionadas normas, pues si bien el artículo 4 permitía los MASC, el artículo 43 prohibía las cláusulas que obligaren al consumidor a acudir al arbitraje. No obstante, si a nivel técnico y riguroso se estudiaren las disposiciones, se concluiría con razón que en efecto podía pactarse el pacto arbitral en las relaciones de consumo, pero únicamente vía compromiso –una vez surgida la controversia– y nunca como cláusula compromisoria.

El incluir la cláusula compromisoria en los contratos de consumo recibía entonces como consecuencia –al igual que la inclusión de cualquiera de las cláusulas calificadas como abusivas en el artículo 43– la ineficacia de pleno derecho, esto es, se tenía por no escrita y por tanto era inexigible. Esta consecuencia jurídica no fue en realidad avalada doctrinariamente para el caso concreto de la cláusula compromisoria, pues tal y como lo expone Valenzuela (2012), en la práctica no evitaba que la controversia se ventilara en sede de tribunal arbitral y si traía, por el contrario, muchas dificultades prácticas.

De cualquier forma, la discusión no se prolongaría por mucho tiempo, pues en el mismo año 2012 el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional derogó expresamente el numeral 12 del artículo 43, dando vía libre a la inclusión del pacto arbitral (sin distinguir entre las dos vías que este comprende) en las relaciones de consumo.

2. Ley 1563 de 2012

El año 2012 fue un año de proliferación de normas que desde hace un buen tiempo se estaban haciendo necesarias en el país. Se expidieron de forma seguida la Ley 1563 de 2012, reglamentaria del arbitraje nacional e Internacional y la Ley 1564 de 2012, el nuevo Código General del Proceso aplicable a todas las jurisdicciones y especialidades salvo regulación especial. La primera normativa, el Estatuto Arbitral –en adelante E–, constituyó una ampliación de los asuntos arbitrales y uno de sus principales objetivos consistía en “fortalecer y difundir el arbitraje a nivel nacional, con el fin de garantizar el acceso a la Administración de Justicia a más ciudadanos sin que sea necesario acudir al aparato estatal” (Gaceta del Congreso, N.º. 542, 2011).

Esta regulación estableció el proceso de arbitraje nacional e internacional, dividiendo al primero en institucional o *ad hoc* y estableciendo el procedimiento para cada uno de ellos. Al ser esta la normativa general del arbitraje

en Colombia, son varios los aspectos que deben ser estudiados con ocasión del presente texto.

Lo primero a mencionar es la derogatoria expresa que el artículo 118 del EA hizo respecto de la ineficacia de pleno derecho del pacto arbitral prevista en el numeral 12 del artículo 43 del EC, pues con esta previsión ahora sería viable incluir el arbitraje, vía compromiso y vía cláusula compromisoria, en los contratos de consumo. Llama la atención que ni en la exposición de motivos de esta ley, ni en los diferentes trámites que surtió, se encontró un argumento profundo para la derogatoria, la cual se remota a la Gaceta del Congreso N.º 108 (2012) en donde se consideró que era pertinente "toda vez que el arbitraje puede constituir una importante herramienta para la solución de los conflictos entre los consumidores, vendedores y productores, más aún cuando se van a habilitar a nivel legal las jornadas de arbitraje social"³⁷.

Empero, más allá de la permisión, no se encuentra en el EA ninguna previsión específica para el adelantamiento del arbitraje de consumo, de lo que se colige que en principio el procedimiento se desarrollaría por el trámite arbitral ordinario previsto para el arbitraje institucional (EA, 2012, art. 2). De este modo, resaltan varios aspectos de importancia de cara a las relaciones de consumo:

En lo que atiene a la *materia arbitrable*, el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 establece que la controversia que se llevará a arbitraje atenderá a "asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice"³⁸. Entonces, en un primer momento, los asuntos arbitrables serían los que por su naturaleza sean de libre disposición o susceptibles de transacción y los que el legislador, así no tuvieren tal connotación, hubiere dispuesto como susceptibles de decisión ante los árbitros. Pero en este último punto, en lo que atiene a las materias autorizadas por ley, la materia arbitrable debería remitirse a lo que el EC como norma especial dispuso al efecto, es decir, limitándose únicamente a los derechos patrimoniales de los consumidores y reservando a la jurisdicción ordinaria los derivados de la acción de responsabilidad por daños por producto defectuoso.

Frente a las *vías para acudir al arbitraje*, el artículo 3 precisa que será mediante pacto arbitral, categoría en la cual se encuentra la cláusula compromisoria

37 La breve argumentación menciona un mecanismo que es especialmente interesante –el arbitraje social– y que, con el fin de seguir el orden integrado por la Ley 1563 de 2012, explicaremos al final de esta sección.

38 Autores como López Blanco (2018) consideran que a este respecto la Ley 1563 de 2012 dio un paso atrás en relación con la normativa vigente, pues limitó la materia arbitrable a los asuntos de libre disposición (susceptibles de transacción) y a los determinados por la ley. Para él, la exclusión de derechos indisponibles es innecesaria, posición que refiere se encuentra en otros autores como Namén Vargas (2000), que estiman que el hecho de que el asunto sea transigible "no parece ser una exigencia conceptual de la figura" (p. 163).

(que se suscribe antes del surgimiento de la controversia) y el compromiso (el cual se suscribe una vez surge el conflicto). Pero además, el párrafo del artículo 3 incluye una tercera vía para acudir al arbitraje en Colombia, tal es el pacto arbitral ficto o la cláusula compromisoria tácita, la cual consiste en que:

Si 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 lo niega expresamente, ante los jueces o ante el tribunal, se entenderá válidamente probada la existencia de pacto arbitral. (Ley 1563, 2012, parágrafo art. 3).

Ahora bien, referente al *trámite* del arbitraje institucional son varios los puntos a destacar. En Colombia, se adelanta ante centros de arbitraje privados que se encargan de gestionar y administrar el arbitramento pero que no tienen funciones jurisdiccionales, de manera que, por ejemplo, pueden designar el árbitro en caso de que las partes no lo acuerden, pero no tienen la facultad de pronunciarse sobre la admisión o inadmisión de la demanda arbitral. Por regla general, para presentar la solicitud ante estos centros es necesario sufragar la tarifa de presentación de la solicitud, la cual suele estar determinada en el Reglamento del respectivo centro³⁹. Este costo no incluye los honorarios de los árbitros ni los gastos que se causan al interior del proceso arbitral en si mismo (Bejarano, 2019).

Los árbitros por su parte tienen el *deber de informar* a las partes si tienen o tuvieron una relación que pueda ocasionar un conflicto de interés en el proceso (EA, 2012, art. 15). En los procesos de mayor cuantía (más de 400 SMLMV) deberá nombrarse un tribunal arbitral compuesto por 3 árbitros, mientras que en los de menor cuantía (inferiores a los 400 SMLMV) bastará con un solo árbitro, salvo que las partes acuerden lo contrario.

Una vez integrado e instalado el tribunal arbitral, es decir, una vez los árbitros aceptan el nombramiento y se han pronunciado sobre la admisión, inadmisión o rechazo de la demanda arbitral, se proseguirá a una *audiencia de conciliación* en donde el(los) árbitro(s) instarán a las partes a conciliar (EA, 2012, art. 24). Posteriormente hay lugar a las audiencias de trámite, en donde se practican pruebas, se escuchan los alegatos de las partes y el proceso culmina con el laudo. Salvo disposición en contrario de las partes, la duración del proceso será de 6 meses a partir de la primera audiencia de trámite (en donde los árbitros asumen competencia), los cuales podrán ser prorrogables por 6 meses más.

El *laudo* se proferirá en derecho si las partes no acordaron algo distinto en el pacto arbitral (EA, 2012, art. 3) y puede ser susceptible de los recursos

39 Sobre el reglamento de los centros de arbitraje véase el artículo 51 de la Ley 1563 de 2012 y el artículo 8 del Decreto 1829 de 2013.

extraordinarios de anulación y de revisión según lo prevé el capítulo 4 de la Ley 1563 de 2012. Ambos recursos proceden por causales específicas⁴⁰, las cuales se centran esencialmente en circunstancias procesales sobrevenidas en el desarrollo del trámite y no permiten cuestionar los fundamentos sustanciales del laudo.

Es de utilidad la previsión que trae el artículo 23 del EA, pues habilita a utilizar los *medios electrónicos* en todas las actuaciones del proceso arbitral y en particular, en las comunicaciones, notificaciones, presentación de memoriales e incluso se establece que los intervinientes podrían participar en las audiencias a través de videoconferencia, teleconferencia o por cualquier otro medio técnico.

A la luz del EA, queda por analizar un tema de especial interés para el derecho del consumo: el arbitraje social. Si bien en el proyecto original del EA no estaba incluido este mecanismo, en los trámites que surtió la ley se optó por incluir en el artículo 117 unas jornadas de arbitraje social para la prestación de servicios arbitrales de hasta por 40 SMLMV, sin perjuicio de que el centro pudiese prestarlo por cuantía superior. Se estableció que podría prestarse a través de procedimientos especiales breves y sumarios autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, no se requeriría apoderado, sería llevado por un solo árbitro escogido de una lista de voluntarios⁴¹ (quien no recibiría honorarios) y los centros cumplirían las funciones secretariales (EA, 2012, art. 117).

No se precisó si en este arbitraje especial el laudo debía proferirse en derecho, en equidad o si sería técnico. Pero, además de lo dispuesto por el EA, el artículo 24 del Decreto 1829 de 2013 estableció que se realizaría como mínimo una jornada gratuita al año, en la cual debería atenderse un mínimo de casos establecidos por el Ministerio de Justicia y del Derecho que no debía ser inferior al 5% de los casos atendidos por el centro en el año inmediatamente anterior.

De otro lado, es posible concebir que la figura se previó para ampliar la posibilidad de los consumidores de acudir al arbitraje, pues como ya se mencionó, el argumento que se utilizó para la derogatoria del numeral 12 del artículo 43 fue que se implementarían en el país jornadas de arbitraje social

40 En el caso del recurso de revisión, su procedencia se remite a lo establecido en los artículos 354 y ss. del Código General del Proceso, mientras que, para el recurso de anulación, la Ley 1563 de 2012 estableció unas causales de procedencia específicas en el artículo 41, precisando a su vez en el artículo 42 que la autoridad competente no podría pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

41 Dispone el artículo 17 del EA: "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".

(Gaceta N.º 108, 2012). A pesar de ello, nada dice en concreto la normativa sobre la necesidad de que se trate de una controversia de consumo, de manera que el mecanismo podría ser utilizado por cualquier sector de la sociedad⁴² siempre que no sobrepase el límite de los 40 SMLMV, que a hoy serían aproximadamente 36 millones de pesos⁴³.

3. Decreto 1829 de 2013 (compilado por el Decreto 1069 de 2015)

Aproximadamente un año después de la expedición del EA cambió nuevamente el estado del arbitraje de consumo en Colombia, pues se profirió el Decreto 1829 de 2013 que en sus artículos 80 y 81 pretendía reglamentar sus directrices y procedimiento.

Un primer aspecto a mencionar es que, desde el título, la reglamentación es imprecisa. La hoy sección 10 del Decreto 1069 de 2015 se titula "*Pacto arbitral en contratos de adhesión*", lo que indicaría en principio que se refiere únicamente al arbitramento en este tipo de contratos. Sin embargo, el artículo 80 establece la opción de pacto arbitral para *todos* los contratos y el artículo 81 frente a la materia arbitrable establece que esta se circunscribirá a "*todas las diferencias que surjan con referencia a la relación de consumo*". De ello habría que concluir que el trámite previsto en el Decreto sería aplicable no solo a las relaciones entre consumidores-naturales y empresarios –que son las que suelen perfeccionarse mediante contratos de adhesión–, sino también a las relaciones consumidor-empresario y empresario, que dejarían su escenario natural del arbitraje ordinario regido por el EA para la aplicación de un procedimiento especialísimo y expedito que debería ser aplicado únicamente al consumidor-natural adherente.

Sentado lo anterior, explicaremos algunos puntos importantes de la reglamentación. En cuanto al artículo 80, este establece que en todos los contratos y en particular en los de contenido predispuesto, se podrá incluir el *pacto arbitral como cláusula de opción*⁴⁴, estipulación que deberá ser "*clara, precisa e informarse explícitamente al celebrarse el contrato*" (Decreto 1829, 2013, art. 80). La parte a cuyo favor se concedió "*podrá aceptarla o rechazarla, y hacerla efectiva con la presentación de la solicitud ante el centro de arbitraje (...)* la aceptación será expresa, libre y espontánea y en ningún caso impuesta

42 De hecho, de acuerdo con la exposición que hace Zamudio (2019) sobre el Informe Final del Diagnóstico del Arbitraje en el Territorio Nacional (2017), al menos en el caso del centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, de los 5 casos de arbitraje social que se presentaron, tres versaron sobre conflictos comerciales y dos de ellos resolvieron conflictos civiles.

43 Empleamos aquí el monto de \$877.802 pesos, salario mínimo legal mensual vigente a septiembre de 2020.

44 En los términos del artículo 23 de la Ley 51 de 1918.

ni se presume por la celebración" (Decreto 1829, 2013, art. 80). Se prevé asimismo que la falta de aceptación al instante de la celebración deja sin valor ni efecto la oferta, la cual, salvo estipulación en contrario, tendrá vigencia por el término de un año.

De esta disposición vale comentar que es incompatible con la figura del pacto arbitral ficto, pues aquí se establece que la aceptación deberá ser expresa y que en ningún caso se presume por la celebración. Lo anterior resultaría favorecedor para el consumidor y en especial para el que denominamos consumidor-natural, pues garantiza que al aceptar la opción lo haga de manera consciente e informada y no por un error de diligencia al dejar pasar términos legales con los que probablemente pueda tener alguna dificultad. De otro lado, que el aceptante de la opción sea quien puede presentar la solicitud ante el centro de arbitraje indicaría que el mecanismo, al igual que el del modelo español, sería unidireccional y solo el consumidor –o en general la parte que acepte la opción– podría iniciar el arbitraje. Este punto resulta importante porque al menos al inicio de la actuación no habría mayor riesgo de abuso por parte del empresario.

Si bien frente al artículo 80 no hay mayor complicación y por el contrario se destacan algunos puntos favorecedores, las dificultades vienen a presentarse con el artículo 81 que prevé "las condiciones" que *podría* contener la oferta o cláusula compromisoria.

En lo que concierne a la *materia arbitrable*, como ya se anticipó, se establece que son todas las diferencias en la relación de consumo, "en cualquiera de sus fases y/o aspectos" (Decreto 1829, 2013, art. 80), ampliando peligrosamente el alcance de la arbitrabilidad que ya se ha explicado en las secciones precedentes.

Respecto a los *árbitros*⁴⁵ dispone que será uno solo, que deberá ser designado por el centro en el término de un día hábil a partir de la recepción de la demanda y que resolverá en derecho en un plazo de cinco (5) días hábiles a partir de la contestación⁴⁶ o de la audiencia de pruebas virtual⁴⁷ (en caso de que esta se haya solicitado). La *sede* del arbitraje será un centro de arbitraje y conciliación autorizado del domicilio del consumidor, el tribunal no tendrá secretario y *no habrá lugar a conciliación ni a audiencia de alegatos*. Finalmente se

45 El numeral 5 literal f del artículo 81 del Decreto 1829 de 2013 precisa que "El árbitro que conforme a las reglas del deber de información tenga alguna circunstancia para manifestar, deberá abstenerse de aceptar el encargo, caso en el cual el mismo día de la designación así lo manifestará y será reemplazado por el centro al día siguiente".

46 Para la contestación se prevé el término de dos (2) días hábiles a partir de la recepción de la demanda por el centro. Se prevé también que tanto para esta como para la demanda y el fallo, se utilizarán formatos que el centro deberá tener disponibles en su página web (Decreto 1829, 2013, art. 81 num. 5 literal h).

47 De solicitarse, tendrá lugar dentro de los tres (3) días siguientes a la contestación.

establece que el trámite se adelantará por vía virtual y en materia de *costos* se prevé que "se ceñirá a las tarifas del centro, aprobadas por el Ministerio de Justicia y del Derecho" (Decreto 1829, 2013, art. 81 num. 7).

Es de destacar que los términos previstos son sencillamente irrisorios. Un día para designar el árbitro presumiría que el centro de arbitraje no recibe solicitudes de otro tipo o que tiene una dependencia específica para el arbitraje de consumo, circunstancia que en la actualidad no se presente en Colombia. Además, dos días para contestar a partir de la recepción de la demanda desconoce las implicaciones de las notificaciones, respecto de las cuales nada se prevé.

De otro lado, si bien la supresión de la conciliación puede tener como fin que el procedimiento sea expedito, parecería indicar que a las partes les está vedado de cualquier modo conciliar en el transcurso del trámite, lo que no parece muy razonable pues si presentada la demanda el empresario quiere hacer alguna oferta y el consumidor muestra interés en la misma, no tendría porque terminar de agotarse la vía arbitral.

B. ESTADO ACTUAL DE LA FIGURA EN COLOMBIA

Del análisis anterior puede concluirse que, si bien existen algunas pautas sobre el arbitraje de consumo en Colombia, no existe una reglamentación que de manera sólida y clara permita su desarrollo procesal y, en consecuencia, su implementación.

En primer lugar, debe señalarse que la reglamentación tuitiva del consumidor trae limitaciones claras respecto de la materia arbitral –la cual está en consonancia con el EA– y debe ser tenida en cuenta al momento de definir la arbitrabilidad dentro del mecanismo. Con independencia de que el Decreto 1829 de 2013 parezca ampliarla irrestrictamente, el EC prevalece por ser norma de orden público de carácter especial.

Se resalta asimismo que la posibilidad de incluir el pacto arbitral no hace que las disposiciones especiales de protección al consumidor pierdan efectividad, pues perfectamente en el momento en que el árbitro realice el análisis del pacto arbitral puede restarle eficacia si sus condiciones llegan a configurar una cláusula abusiva en los términos del artículo 42 del EC. En el mismo sentido, recuerda Valbuena Quiñones (2019) que en el caso concreto de los contratos de adhesión la estipulación de cláusulas compromisorias no se traduce en la inaplicabilidad de las normas que desarrollan el artículo 78 constitucional.

Frente al Decreto 1829 de 2013, debe destacarse que si bien persigue un fin loable al intentar implementar un MASC adicional para el consumidor, su reglamentación trae confusiones y varios puntos distantes frente a la normativa del arbitraje ordinario. En cuanto a lo último, lo desatinado no es que se trate de un procedimiento con previsiones específicas diferentes en temas

como la sede, el número de árbitros y el término para fallar, sino que dejó vacíos como la competencia del tribunal o la posible anulación del laudo, los cuales necesariamente deberán llenarse justamente con el EA que sin embargo desarrolla un procedimiento muy diferente previsto para en un período de tiempo mucho más prolongado.

Además, este trámite ordinario del EA es el que normalmente es utilizado en las controversias entre empresas, sin embargo, a partir de lo establecido en el Decreto 1829 de 2013, pareciera que si en la relación una de ella está actuando como consumidor –y aun cuando no se circunscriba un contrato de adhesión– podría darse la aplicación del trámite expedito y especial del Decreto 1829 de 2013. Circunstancia infortunada que podría congestionar el mecanismo. Aun más infortunada es la disposición relativa al adelantamiento de la conciliación pues, como ya se dijo, de su redacción podría llegar a interpretarse que a las partes les es prohibido conciliar en este procedimiento, lo que es absurdo e insensato.

Quizá el punto que más complicaciones representa en la práctica es el que concierne a los costos, pues el artículo 81 del Decreto 1829 de 2013 establece que "el valor del trámite se ceñirá a las tarifas del centro", de manera que en principio el consumidor debería sufragar los relativos a la presentación de la solicitud aun cuando sean excesivos. Pero aun cuando no se cobrara por radicar la demanda en los centros, el arbitraje tendría unos costos sobre los que no se precisa quien será el encargado sufragarlos, quedando un vacío en donde, nuevamente, entraría a regir el EA. En este punto, el proceso sería de menor o mayor cuantía según el valor de las pretensiones, cobrando relevancia la figura del arbitraje social, pues cuando las pretensiones fueren inferiores a 40 SMLMV, el arbitraje sería gratuito. Esto solucionaría en parte el problema de los costos, sin embargo, quedarían por fuera las pretensiones que versen sobre una suma mayor, obteniéndose como resultado una distinción entre consumidores por el valor de sus bienes (Namén, 2019), circunstancia que ha sido discutida, pues el sector mayoritario⁴⁸ de la doctrina considera que el arbitraje de consumo no debe tener en cuenta el valor de los bienes, en tanto lo que se protege son los derechos de los consumidores en cuanto a tal.

Por último, pareciera que la reglamentación actual ordena que el arbitraje de consumo sea adelantado obligatoriamente vía electrónica, condición que no es mala *per se* pues patentes son los beneficios de esta modalidad de arbitraje, pero que si olvida que no todos los consumidores colombianos tienen fácil acceso y manejo de los recursos electrónicos.

48 Incluso en foros académicos en donde es constante la contraposición de ideas, parece coincidir en que no debe ser un criterio determinante en la figura el valor que tenga el bien. Al respecto puede verse el panel "Evolución del arbitraje de consumo" en las III Jornadas de Arbitraje Nacional e Internacional en Derecho de la Competencia y del Consumo, ofertadas por la Universidad Externado de Colombia (2019).

III. UNA PROPUESTA PARA LA VERDADERA IMPLEMENTACIÓN DEL ARBITRAJE DE CONSUMO EN COLOMBIA

Sentado que el arbitraje de consumo carece de una regulación completa que permita su desarrollo e implementación en Colombia, el interrogante que naturalmente se plantea es cual de los modelos debería ser adoptado por la legislación interna para desarrollar el mecanismo apropiadamente. Para responder es necesario precisar que ninguno de ellos puede ser instaurado de forma idéntica y exacta en nuestro derecho⁴⁹, hacerlo significaría un craso error en el entendido en que la normativa del Derecho del Consumo ya tiene sentadas directrices y lineamientos que deben necesariamente ser tenidos en cuenta al momento de analizar una verdadera implementación, de hecho, son justamente estos los que garantizan que este MASC se erija en una herramienta segura para el consumidor colombiano.

Así las cosas, estudiada la experiencia del derecho foráneo y expuestas las consideraciones más importantes de la normatividad colombiana aplicable, es factible enunciar los elementos necesarios para que en Colombia pueda implementarse de manera satisfactoria esta herramienta procesal. En primer lugar, resulta adecuado que la nueva regulación cuente con un acápite de definiciones, en el que se establezca qué se entenderá por 'arbitraje de consumo', cual es su objeto y quien recibirá la calidad de 'consumidor', para con ello establecer la legitimación procesal en el mecanismo.

Del mismo modo, es preciso establecer cuidadosamente cual es la materia arbitrable, pues hay en Colombia un catálogo de derechos indisponibles de los consumidores que no pueden, so pena de agilidad y eficacia, ser objeto de proceso arbitral. En este punto, aspecto neurálgico es si debe tener relevancia el valor del bien en el arbitraje de consumo, frente a lo que la tendencia mayoritaria considera que no porque lo que se lleva al arbitraje son los derechos del consumidor, independientemente de su cuantía. En nuestra opinión, si bien es cierto que tanto el bien de menor valor como el de mayor valor deben ser susceptibles de ser discutidos en sede arbitral, es natural que se haga una diferenciación entre ellos al menos en el procedimiento. Esto no quiere decir que el consumidor de un bien de una cuantía alta deba supeditarse al arbitraje ordinario y quedar excluido del arbitraje de consumo, lo que se plantea es que bien pueden pretermirse ciertos aspectos del procedimiento y agilizarlos cuando la cuantía sea de bienes de una pequeña entidad. Puede tomarse en este aspecto el ejemplo del modelo español, en donde la controversia tendría

49 Tal como establece Barona Vilar (2016), "lo local condiciona muchas consideraciones en la implementación y aplicación de las diversas formas de ADR" (p. 27).

únicamente un árbitro si el bien no supera los 300€. Previsión similar sería de utilidad en el desarrollo en nuestro derecho⁵⁰.

Son estos elementos preliminares que deben precisarse independientemente de si el país opta por un modelo público o por un modelo privado, pues guardan aspectos esenciales del arbitraje de consumo.

Pero lo procesal es también fundamental, por lo que se propone que el modelo que adopte Colombia sea un modelo público de arbitraje de consumo, un sistema institucional, gratuito, unidireccional, complementario y no privativo de las demás herramientas protectoras del consumidor, administrado por el Estado y por Juntas arbitrales descentralizadas que permitan que el mecanismo llegue a todos los rincones del país.

La legislación española cuenta con regulación expresa sobre los puntos necesarios para desarrollar de manera completa y clara un arbitraje de consumo, brinda una definición del mecanismo, limita la materia arbitral y propone que el procedimiento sea ágil y flexible. Entonces, los pasos que en nuestro derecho se implementen no tienen que ser absolutamente rigurosos, sino que es viable que se establezcan unos mínimos para las controversias más sencillas y, orientados por principios de contradicción, igualdad y gratuidad, establecer en general un procedimiento que sea rápido pero sobre todo efectivo. Es quizá este el elemento más importante, que el modelo español ha demostrado ser un sistema en realidad operativo para los consumidores, pues tan solo al año 2007 donde apenas entraba en vigor la normativa exhaustiva, se emitieron 18.653 laudos en esta materia (Cárdenas, s.f.).

No obstante, como el fin de la propuesta es una verdadera implementación –y no una reglamentación que como la actual se quede regulando una situación que en la práctica no se presenta– es necesario tener consciencia respecto a la cantidad de dinero, tiempo y personal que demandaría la construcción de un andamiaje estatal como el del modelo español⁵¹. Por ello, la posibilidad real de un modelo público de arbitraje de consumo parece posible únicamente en el largo plazo, camino en el que el primer paso debería ser determinar la ubicación del Sistema Arbitral de Consumo al interior de la estructura del Estado, con lo que se determinaría también la provisión de sus fondos.

Empero no se justifica que mientras se implemente el modelo "ideal", los consumidores se vean privados de resolver sus controversias mediante este

50 Si se quisiera ver este aspecto en un modelo privado adelantado por centros, el arbitraje social sería ilustrativo en tanto por tener una cuantía "mínima" su trámite tiene algunas disposiciones distintas a las del arbitraje ordinario.

51 Vale recordar que tardó cerca de 24 años en tener una regulación completa y exhaustiva. A manera ilustrativa, en una primera reglamentación española se crearon solo las juntas arbitrales de consumo y hoy, además de estas se cuenta con otros órganos que buscan que el mecanismo tenga un mayor alcance nacional.

MASC que otorga beneficios como la celeridad y la especialidad. De manera que, en el corto plazo, sería factible modificar la regulación prevista en el Decreto 1829 de 2013 y establecer previsiones que permitan desarrollar un modelo privado de arbitraje de consumo en Colombia. Es por esta línea que se han inclinado los más de los trabajos teóricos, y se ha propuesto, entre otras, extender el arbitraje social a todos los asuntos de consumo, que los costos los asuma el empresario o que se implemente la figura del amparo de pobreza.

El principal obstáculo que se presenta en un modelo privado es el relativo a los costos, pues debe remunerarse a las instituciones privadas y a los árbitros su trabajo en la administración y en el fallo respectivamente. En concreto, lo que puede suceder es que en ocasiones el costo de llevar el proceso ante un centro puede ser más elevado que el del bien o servicio objeto de controversia, constituyéndose así una barrera en el acceso a la justicia. Por lo anterior, se ha propuesto extender el arbitraje social a todos los asuntos de consumo independientemente de la cuantía, posibilidad que resultaría demasiado onerosa para los centros de arbitraje, pues tendrían que constituir una lista de árbitros especializados, prestar instalaciones y generar un nuevo reglamento, costos que no tiene porqué asumir al ser una institución privada. Se ha propuesto entonces que los costos sean asumidos por los empresarios interesados en que las controversias se resuelvan por esta vía, pero esta posibilidad también puede traer complicaciones. Por ejemplo, las que anota Namén (2019), y es que al ser una única parte la que sufraga los costos, ello puede comprometer la imparcialidad del tribunal arbitral, o incluso, si decide no pagarlos, el proceso podría no adelantarse y el consumidor se quedaría sin la tutela de sus derechos.

En vista de las problemáticas, destaca una idea propuesta por Francesca Cifuentes⁵² en las ya referidas Jornadas de la Universidad Externado de Colombia (2019), según la cual, sería viable constituir un fondo alimentado por recursos de empresarios interesados⁵³ y del Estado que sufragara los costos del arbitramento. Ello resulta plausible y solucionaría el mayor de los inconvenientes, pues frente a las demás complicaciones del trámite basta con que –a partir del entendimiento fundamental de que el arbitraje de consumo no puede ceñirse a lo establecido en la normativa general– se entre a regular los aspectos sobre los cuales hay vacíos actualmente. En este punto es de destacar que la disposición frente al trámite virtual debe establecerse como una mera posibilidad (justo como se hace en los modelos del derecho foráneo), más no como algo obligatorio. De lo contrario habría que incurrir en gastos adicionales como la compra de una plataforma virtual y se pasaría por alto

52 Que para ese momento era jefe del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio.

53 Incluso podría coadyuvarse esta solución con la posibilidad de exención en algunos tributos a las empresas interesadas en optar por el mecanismo.

que en las condiciones actuales del país no todos los consumidores cuentan con fácil acceso y manejo de los recursos electrónicos.

Es también de máxima importancia que en la ampliación del Decreto 1829 de 2013 se aclare a qué tipo de relaciones se aplicarán las disposiciones, pues lo más adecuado sería que se tratara únicamente de los contratos de adhesión en donde el consumidor está sujeto a un "tómelo o déjelo". Mientras que los contratos de consumo que tuvieron la posibilidad de ser negociados deberían ser excluidos de esta normatividad especial. Al expedirse una regulación que toque los aspectos que brevemente se han desarrollado en este escrito, puede también evitarse la contingencia del derecho estadounidense respecto a una desuniformidad en el control del pacto arbitral, teniendo en cuenta que siempre debe hacerse a la luz de la protección al consumidor establecida en el EC. Además, sería de ayuda que la regulación dejara claro que no se prohíbe la conciliación, pues como ya se vio en la exposición del derecho foráneo, tanto la mediación como la conciliación se han constituido en aliadas en el arbitraje de consumo, del modelo público y del modelo privado.

La desventaja que por lo pronto podría acarrear esta implementación es que el mecanismo no llegue a todo el país, pues como es sabido solo hay centros de arbitraje y conciliación en algunas de las ciudades de Colombia, por lo que la experiencia estaría limitada.

Por último, la realidad social en la que se desarrolla el tráfico mercantil colombiano otorga orientación de imperativa observancia. Uno de los aspectos que sobresale es la necesidad de un acompañamiento del Estado –al menos en el desarrollo inicial del mecanismo– pues aun cuando se trate de justicia privada, es este un instrumento extraño en nuestro derecho que ante todo debe tener como objetivo la protección y beneficio del consumidor. Se hace necesario conjurar los riesgos de que, en la práctica, se constituya en una herramienta en favor de las empresas como parte fuerte de la mayoría de las relaciones de consumo.

IV. CONCLUSIONES

De lo expuesto en este artículo, pueden sentarse las siguientes:

- En el derecho foráneo puede constatarse un amplio desarrollo del arbitraje de consumo, bien se trate de un modelo público administrado por el Estado o ya sea proveniente de la iniciativa privada y con control judicial posterior. Ello permite entrever que no existe una vía unívoca para la implementación del mecanismo, pero de cualquier forma este debe propender por el bienestar del consumidor.
- En virtud del EC vigente no existe un solo tipo de relaciones de consumo, sino que dentro de estas bien pueden estar las relaciones de consumidores-naturales (consumidores del día a día) así como las de consumidores-empresarios, que adquieren de otros empresarios bienes y servicios que no están

intrínsecamente relacionados con su actividad económica. Dentro del primer tipo de relaciones debe también distinguirse la existencia de contratos de adhesión, pues a pesar de que la mayor parte de los contratos de consumidores-naturales reciben esta connotación, no todo contrato de consumo es *per se* un contrato de adhesión. Esto es importante al momento de determinar la legitimación por activa en el arbitraje de consumo.

- La normativa general del arbitraje regulada en la Ley 1563 de 2012 no puede aplicarse de manera indistinta al arbitraje de consumo, pues la naturaleza de sus controversias es muy diferente a de las controversias que normalmente se ventilan en el arbitraje ordinario. En este mecanismo deben tenerse en cuenta en todo momento las limitaciones previstas en el Derecho del Consumo.

- Actualmente en Colombia si bien existen algunas pautas, no existe una normativa que permita desarrollar realmente un arbitraje de consumo, de manera que se hace imperante una regulación que otorgue efectivamente a los consumidores la posibilidad de acudir a este MASC y lo vuelva complementario a todo el catalogo de acciones con las que ya cuenta el consumidor colombiano.

REFERENCIAS

DOCTRINA

- AGUILAR OLIVARES, Y. (2014). El arbitraje de consumo: Evolución y régimen actual. *Revista de Derecho UNED (RDUNED)*. N° 15. 15-38. http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2014-15-7000/pag_15.pdf
- BARONA VILAR, S. (ed). (2016). *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*. Civitas. Thomson Reuters Proview.
- BEJARANO GUZMÁN, R. (2019). *Proceso ejecutivos, declarativos y arbitrales*. 9ª ed. Temis.
- BUJOSA VADELL, L. (2013). El arbitraje de Consumo. *Revista Jurídica de Castilla y León* N°. 29. 1-20. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2267914.pdf>
- CÁRDENAS MEJÍA, J. P. (S.F). El Arbitraje en Materia de Consumo. (artículo inédito). <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/17167>
- CASAROTTO. 31 Wake Forest L. Rev 1001, 1023. <https://kuscholarworks.ku.edu/handle/1808/7376>
- GÓMEZ DURAN, C. (2016). *El arbitraje de consumo en Colombia: un análisis de su regulación y propuesta para su reforma desde la perspectiva del Common Law*. (Trabajo de grado, Universidad de los Andes). <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/18225>

- IBOLÉON SALMERÓN, M. B. (2012). *El proceso arbitral: Una Perspectiva Procesal del Arbitraje de Consumo*. Universidad de Granada. <http://hdl.handle.net/10481/19966>.
- LÓPEZ BLANCO, H. F. (2018). *Código General del Proceso. Parte Especial*. Dupré editores.
- MARCOS FRANCISCO, D. (2011) El Arbitraje de Consumo Como Medio Extrajudicial de Resolución de Conflictos en la Normatividad Española. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 18(1), 241-266. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532011000100010
- NAMÉN BAQUERO, D. (2019). Una mirada desde la iniciativa privada de arbitraje de consumo: el caso estadounidense y algunas reflexiones sobre su posible adecuación en Colombia. *Revista E-Mercatoria*, 18(2), 39-62. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/6442>
- QUINTERO, J. D. (2008). Las cláusulas arbitrales en los contratos de adhesión en Colombia. En: Centro de arbitraje y conciliación, Cámara de Comercio de Bogotá, *Ensayos arbitrales* (pp. 91-112). Kimpres.
- Universidad Externado de Colombia (16 de diciembre de 2019). *III Jornadas de Arbitraje Nacional e Internacional en Derecho de la Competencia y el Consumo – 7*. [Archivo de Video] https://www.youtube.com/watch?v=16_BVSfsy9g
- VALBUENA QUIÑONES, G. (2019). El pacto arbitral frente a la relación de consumo en contratos de adhesión. *Arbitrio*, 2, 66-71. <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Arbitrio/02>
- VALENZUELA BERNAL, C. (2012). La Cláusula Arbitral y el Arbitraje de Consumo en el nuevo Estatuto del Consumidor. En: *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal (pp. 317-351). Universidad Libre.
- VILLALBA CUELLAR, J. C. (2009). Aspectos introductorios al derecho del consumo. *Prolegómenos – Derecho y valores*, 12 (24), 77-95. <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2481/2162>
- VILLALBA CUELLAR, J. C. (2012). Análisis de la ley 1480 de 2011 que reforma el estatuto de protección al consumidor en Colombia. *Revista principia iuris* 17(1), 32-63. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/451>
- WARE, S. J. (1996) Arbitration and Unconscionability after doctor's associates, Inc. V.
- ZAMUDIO, A. (2 de diciembre de 2019). El arbitraje social como herramienta para la construcción de paz. [Entrada de blog]. <https://procesal.uexternado.edu.co/elarbitraje-social-como-herramienta-para-la-construccion-de-paz/>

LEGISLACIÓN

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012) Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. [Ley 1563 de 2012]. DO: 48.489.

Congreso de la República de Colombia. (12 de octubre de 2011) Estatuto del Consumidor. [Ley 1480 de 2011]. DO: 48.220.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 39ª Ed. Legis.

Gobierno de España. (25 de febrero de 2008). "Real Decreto Legislativo 231 de 2008, de 15 de febrero, por el cual se reglamenta el Sistema Arbitral de Consumo". BOE: 48.

Presidencia de La República de Colombia. (27 de agosto de 2013) "Por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 21 de 1992, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012" [Decreto 1829 de 2013]. DO: 48.895.

OTROS DOCUMENTOS

American Arbitration Association. (1998). Consumer Due Process Protocol. [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)

American Arbitration Association. (2018). Consumer Arbitration Rules. https://www.adr.org/sites/default/files/Consumer_Rules_Web_1.pdf

Judicial Arbitration And Mediation Services. (2009). JAMS Policy on Consumer Arbitrations Pursuant to Pre-Dispute Clauses Minimum Standards of Procedural Fairness. https://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMSRules/JAMS_Consumer_Min_Std-2009.pdf

República de Colombia. Gaceta del Congreso N°. 108 (27 de marzo de 2012).

República de Colombia. Gaceta del Congreso N°. 1102 (15 de diciembre de 2010).

República de Colombia. Gaceta del Congreso N°. 16 (7 de febrero de 2011).

República de Colombia. Gaceta del Congreso N°. 347 (31 de mayo de 2011).

República de Colombia. Gaceta del Congreso N°. 542 (29 de julio de 2011).

República de Colombia. Gaceta del Congreso N°. 626 (9 de septiembre de 2010).