

CLÁUSULA ARBITRAL PATOLÓGICA EN LA CONTRATACIÓN POR MEDIOS
ELECTRÓNICOS CON CONSUMIDORES

Estudiante

HAMINTON VALDERRAMA BERMÚDEZ

Trabajo de Grado en modalidad de artículo para optar al Título de Abogado

Tutor

JUAN CAMILO HERRERA DÍAZ

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN
2021

1. Título:

Cláusula arbitral patológica en la contratación por medios electrónicos con consumidores.

2. Resumen:

Este trabajo aborda el estudio de la cláusula arbitral cuando esta se encuentra pactada en una relación de consumo por medios electrónicos, por lo que se analizará si puede considerarse nula o ineficaz cuando no fue debidamente negociada por las partes, generando esta falta de aceptación contractual una frustración del arbitraje, ya que, de aceptarse se estaría yendo en contra de la autonomía de la voluntad privada y del carácter de voluntariedad que tiene todo proceso arbitral. Esta problemática, es generada por las relaciones comerciales asimétricas que se desarrollan en la red, en donde por lo general, los términos, condiciones y cláusulas del contrato no son negociados, por lo que se tornan en ciertos casos como cláusulas de sumisión, que pueden ser consideradas por el juez estatal como abusivas y calificadas de ineficaces dentro del contenido obligatorio de las partes, puesto que someten al consumidor de manera desproporcionada frente a la parte dominante de la relación contractual. Dicho esto, el arbitraje en este panorama, no tiene vocación de desarrollo, toda vez, que la parte que lo incorporó, lo hace normalmente en términos que imposibilitan la defensa material de su contraparte, al establecer condiciones onerosas que no permiten la ejecución del proceso.

Palabras clave:

Arbitraje, cláusula compromisoria, consumidor, negociación, ineficacia e internet.

3. Introducción:

Este documento, se deriva de la investigación titulada: “Cláusula arbitral patológica en la contratación por medios electrónicos con consumidores”, en donde se pregunta ¿Cómo la cláusula arbitral patológica puede frustrar el arbitraje en una

relación de consumo por medios electrónicos?, ya que es complejo introducir un pacto arbitral sin ser negociado entre las partes que lo suscriben, generando esta situación un resultado asimétrico en la relación contractual y una cláusula arbitral patológica de cara a la frustración del arbitraje como mecanismo para resolver la controversia. El objetivo general de este texto, fue analizar cómo el pacto arbitral es ineficaz, por tratarse de una cláusula abusiva. Para cumplir con este propósito, se indagó por los contenidos que debe tener todo pacto arbitral para no ser calificado como patológico y las reglas que debe cumplir cuando este se encuentra en un contrato de consumo. Por último, se analizó la dimensión de diversas cláusulas arbitrales que se pactan dentro del contrato de consumo por medios electrónicos, encontrando en muchos casos, que el contenido de esta, frustra el arbitraje, por incorporarse generalmente escenarios imposibles de cumplir por parte del consumidor que se pretende sumir en el proceso arbitral.

4. Desarrollo temático:

4.1 El contrato de consumo por medios electrónicos.

La contratación por medios electrónicos es desde hace años una forma importante de realizar transacciones dentro del escenario comercial nacional e internacional, debido a la era tecnológica y a las dinámicas globales en las que interactúan los agentes económicos (personas, empresas y Estado), por tal razón, toma importancia el entendimiento del panorama jurídico que envuelve a estas actividades comerciales hechas en la red. Entonces ¿Qué entender por comercio electrónico?

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el comercio electrónico es la convergencia de diversas relaciones comerciales entre consumidores, empresas o gobiernos (2020,p.16), lo que posibilita el desarrollo de iniciativas de inversión en diferentes tipos de mercado dado a la *“oferta y la contratación electrónica de productos y servicios a través de dos o más ordenadores*

o terminales informáticos conectados a través de una línea de comunicación dentro del entorno de red abierta que constituye Internet” (Nieto,2016,p.60). Este fenómeno configura una interconexión a escala mundial que vincula a millones de ordenadores interconectados, clientes y transacciones económicas.

En Colombia la regulación de esta materia empezó en el año 1999 con la entrada en vigencia de la Ley 527 de 1999, en donde el legislador colombiano atendió el llamado de la CNUDMI de incorporar al ordenamiento jurídico interno la Ley Modelo Sobre Comercio Electrónico de 1996, como un intento de regular el tema e inscribir al país en las lógicas del comercio electrónico internacional. Esta ley modelo pretendía que los países del mundo regularan en su derecho interno, los procedimientos legales o formas de comunicación no convencionales empleados por las partes cuando estas utilizan medios electrónicos de comunicación en una determinada negociación, además de ejemplificar a modo enunciativo los distintos canales de comunicación al servicio de las partes y la equivalencia que tendrían los documentos digitales respecto de los documentos tradicionales (documentos escritos, fax, telefax, etc).

En este sentido, la Ley 527 de 1999 acogió de manera generalizada los parámetros trazados por esta comisión internacional para regular el tema, ya que en su ámbito de aplicación estableció las bases sobre el entendimiento de conceptos como el de comercio electrónico, mensaje de datos, firmas digitales y entidades de certificación, es decir, esta norma abarcó un objeto más ambicioso que va más allá del comercio electrónico, puesto que reguló la utilización del mensaje de datos para celebrar actos jurídicos eficaces, sean mercantiles o no (Ley 527, 1999, art.2).

El literal “b” del artículo 2 de esta Ley definió el concepto de comercio electrónico como: *“b) Comercio electrónico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar” (Ley 527, 1999,*

art.2). Sin embargo, este concepto con el paso de los años ha sido actualizado debido al auge de la negociación por medios electrónicos, por lo que el Estatuto General del Consumidor -Ley 1480 de 2011-, entendió por comercio electrónico a *“la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios”* (Ley 1480, 2011, art.49).

El comercio electrónico es entonces *“una forma de venta en la que no existe establecimiento físico ni contacto directo entre vendedor y comprador”* (Cruz, 2009, p.183), ya que este se sirve de internet para el intercambio de bienes y servicios. Es precisamente esta razón la que motiva a los empresarios y consumidores a converger en el ciberespacio, puesto que los comerciantes en la actualidad realizan de manera frecuente la oferta de sus productos por este medio y el consumidor por su parte contrata cada vez más, interesándose por las facilidades y beneficios que ofrece el adquirir un bien bajo esta modalidad, ya que se agiliza la entrega del producto, se proporciona un servicio personalizado al cliente, se reducen costes de transporte y de cierre del negocio, se da una comunicación directa con el productor, ahorrando con esto, el precio de comisión del intermediario, entre otras bondades.

No obstante, en el comercio electrónico no solo confluyen proveedores y consumidores, sino que convergen todo tipo de negociaciones entre empresas, Estados o comerciantes sin que en muchos casos estos sean considerados como consumidores. Sin embargo, para efectos prácticos este trabajo se centra en las negociaciones que hacen los proveedores y consumidores en esta plataforma. Dicho esto, es importante definir el concepto de consumidor o usuario y el de productor y proveedor, para determinar la norma aplicable a los contratos que estos celebran, la esfera de protección del consumidor y los deberes que tienen los productores y/o proveedores en el escenario del derecho de consumo.

La primera noción frente al concepto de consumidor en Colombia tuvo lugar con el Decreto 3466 de 1982, que arropó con este estatus a *“toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”* (Decreto 3466, 1982, art. 1). No obstante, la norma no diferenció entre las personas que adquirirían un bien o servicio como destinatario final para satisfacer un beneficio familiar o personal y entre quienes lo hacían en desarrollo de una actividad comercial o profesional, por lo que este concepto, llevó a la interpretación de que toda persona que celebrara un contrato podría ser considerado como consumidor.

La Corte Suprema de Justicia en 2005, se refirió a la definición que trajo esta norma, señalando que:

[...] La simple imprecisión terminológica, [da] a pensar que todos los sujetos que interactúan en el tráfico de bienes y servicios conforman tal categoría - consumidores - y que, por ende, a ellos indistintamente les sean aplicables las normas especiales, pues con semejante entendimiento se desnaturalizaría, por vía de la generalización, un estatuto excepcional destinado a proteger a determinados sujetos de las relaciones de intercambio (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. No. 5000131030011999-04421-01, 2005).

Esta interpretación normativa tuvo un importante cambio con la entrada en vigencia del actual Estatuto General del Consumidor, ya que, en la exposición de motivos de este, se consideró que el Decreto 3466 de 1982, se encontraba obsoleto respecto al nuevo sistema económico y jurídico adoptado por el país en la Constitución Política de 1991, frente al tema se mencionó que:

La anterior norma, que tiene 25 años de vigencia, no es suficiente para regular los cambios comerciales producto de la apertura económica y de la competencia internacional generada por la misma. Las relaciones del mercado y del consumo de bienes y servicios se han globalizado y efecto de ello, el país se quedó corto en el

fortalecimiento del sistema jurídico y de garantías para defender los derechos de los consumidores. El estatuto de defensa del consumidor ha sido concebido como una normatividad en la cual se consagran los principios generales aplicables a todos los actores que interactúan en el mercado del consumo (Proyecto de Ley 089, 2010).

Con esto dicho, la Ley 1480 de 2011 entiende por consumidor o usuario a:

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 cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario. (Ley 1480, 2011, art. 5).

Esta norma también define el concepto de productor como aquella persona que de manera habitual, directa o indirectamente diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos; por otra parte, considera que el proveedor es aquella persona que *“de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro”* (Ley 1480, 2011, art. 5). Estas definiciones son importantes, debido a que permiten identificar cuándo una persona que contrata por internet obtiene dicha calidad y con esto puede ser sujeto de derechos y obligaciones conforme a dicho Estatuto.

Ahora bien, es relevante explicar cuál es la herramienta jurídica que permite a los consumidores y productores y/o proveedores realizar negocios por internet, siendo esta el contrato de consumo como vínculo jurídico que crea derechos y obligaciones para las partes, las cuales son el productor y/o proveedor y el consumidor final del bien o servicio. Frente al tema Stiglitz, basado en la normatividad argentina, define al contrato de consumo como:

Contrato de consumo es el celebrado a título oneroso entre un consumidor final –persona física o jurídica–, con una persona física o

jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos por parte del primero, para su uso privado, familiar o social (1999, p.32).

En este tipo de contrato siempre existe una asimetría entre el productor y/o proveedor respecto del consumidor, lo que genera un régimen de especial protección a favor de este respecto de la otra parte que interviene en el negocio jurídico, dicha circunstancia es precisamente la que motiva a los legisladores a crear normas que protejan al consumidor, ya que en el derecho de consumo por lo general, no se cumple la regla común al contrato civil o comercial de igualdad entre las partes que contratan, sino que se presenta una asimetría contractual que se debe entender como tuitiva a favor del consumidor debido a las disparidades que persisten entre las partes, a causa del desequilibrio que se presenta en ocasión a la asimetría en la información o en las cláusulas que se negocian.

Las principales características del contrato de consumo según Villalba (2011) son: **(i) asimétrico**, es decir, en este las partes no son iguales, ya que el productor y/o proveedor son especialistas que poseen toda la información importante que origina el contrato, por lo que cuentan con la ventaja en la negociación que les permite dictar las condiciones contractuales; **(ii) este tipo de contrato es de adhesión**, ya que el productor y/o proveedor establecen el contenido del negocio jurídico y el consumidor se limita a aceptar o rechazar las cláusulas de este; **(iii) es reglado**, conforme al Estatuto General del Consumidor y demás normas especiales, el consumidor es un sujeto de especial protección, lo que significa que el consumidor está protegido por la Ley en todas las etapas contractuales. Por lo tanto, dicha tutela va desde la formación del consentimiento en el negocio hasta la ejecución y terminación de este.

4.2 El arbitraje en el contrato de consumo por medios electrónicos.

Para autores como González De Cossío (2008) o Néstor Humberto Martínez (2013), el arbitraje es una institución mediante la cual un tercero resuelve una diferencia entre dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por estos, dicho tercero es un árbitro (juez privado) que toma decisiones autónomas para dar fin a la controversia. Esta institución en Colombia se encuentra regulada en el artículo 116 de la Constitución Política, el cual permite a los particulares administrar justicia de manera transitoria en la condición de árbitros para resolver un conflicto, siempre y cuando la controversia verse sobre una materia de libre disposición de las partes, esto en concordancia con la definición que, para tal fin, trae el Estatuto Arbitral -Ley 1563 de 2012-, que en su artículo 1, define al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos que permite a las partes encomendar a un árbitro la solución de una determinada controversia (Ley 1563, 2012, art. 1).

En este sentido, el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012, entiende por pacto arbitral al negocio jurídico por medio del cual las partes se obligan a resolver sus diferencias en un Tribunal de Arbitramento, el cual, según esta norma, puede tomar la forma de cláusula compromisoria o compromiso. La primera de ellas según la Corte Constitucional es el pacto contenido en un contrato o documento anexo a él, que obliga a las partes contratantes a acudir a arbitraje; por su parte, el compromiso es un negocio jurídico por medio del cual las partes ya inmersas en un conflicto, convienen resolverlo ante un Tribunal Arbitral (Corte Constitucional, T-511, 2011).

El Decreto 1829 de 2013, estableció la forma en la cual debe ser incorporada la cláusula compromisoria en los contratos de adhesión, por lo que esta norma aplica directamente al contrato de consumo, ya que este como se dijo es un contrato de este tipo. El artículo 80 de este Decreto en concordancia con el artículo 23 de la Ley 51 de 1918, contempló la posibilidad de incluir el pacto arbitral como cláusula de opción a favor del consumidor desde el momento de la celebración del contrato,

siempre y cuando la parte que incorpore la cláusula compromisoria lo haga de forma clara, precisa e informada al momento de pactar el contrato, de ser cumplidos estos requisitos el consumidor podrá elegir al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos una vez surgida la controversia, en cuyo caso el proveedor estará obligado a excepcionar en la jurisdicción arbitral una vez sea demandado por el consumidor.

El consumidor podrá aceptar o rechazar la opción de arbitraje otorgada por el proveedor desde el momento de la celebración del contrato o con instaurar las respectivas acciones jurisdiccionales ante la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC- o juez competente. Sin embargo, de ser aceptada la cláusula compromisoria el productor y/o proveedor estará obligado a excepcionar y defenderse ante un tribunal arbitral y no podrá declinar la opción de arbitraje pactada a favor del consumidor; la vigencia de la opción de arbitraje será de un año contado a partir de la celebración del contrato salvo pacto en contrario de las partes ampliando o restringiendo este plazo.

La aceptación del pacto arbitral por parte del consumidor será de forma libre, espontánea, precisa y suficientemente informada al momento de celebrar el contrato, ya que esto es un derecho que tiene el consumidor conforme al artículo 3 numeral 1.6 y 37 de la Ley 1480 de 2011, sobre el derecho a la información suficiente, anticipada y expresa de las condiciones generales pactadas en el contrato, de no cumplirse estas circunstancias, la cláusula arbitral será ineficaz. Respecto al contenido del pacto arbitral y al trámite del proceso, el artículo 81 ibídem señala que son arbitrables todas las controversias que se susciten de la relación contractual, sobre el producto adquirido o por la prestación del servicio, por lo que la competencia del árbitro solo se encuentra limitada en los asuntos que no sean de libre disposición o los no autorizados expresamente por la ley en materia de arbitraje de consumo.

Otra distinción importante que hace el Decreto es que el arbitraje será institucional, debido a que se desarrollará en un centro de arbitraje del domicilio del consumidor, el proceso estará dirigido por un solo árbitro designado por el centro de arbitraje quien deberá fallar en derecho el fondo de la controversia. Por otra parte, la norma planteó un escenario en donde prime la agilidad y la económica del proceso, ya que el centro de arbitraje tendrá un día hábil luego de recibida la demanda para designar al árbitro quien no contará con secretario, el proceso será eminentemente virtual en el cual no habrá lugar a etapa de conciliación judicial, no se llevará a cabo audiencia de alegatos de conclusión y el término para decidir la controversia por parte del árbitro será de cinco días hábiles contados a partir de la contestación a la solicitud de arbitraje o a la audiencia de pruebas, lo que demuestra que el proceso fue pensado para ser un trámite expedito sin menoscabar el derecho de defensa y debido proceso de las partes.

Bajo el panorama planteado hasta el momento el pacto arbitral es completamente válido, ya que se desarrollaría a la luz de un proceso normado que garantiza los derechos del consumidor, debido a que el Decreto 1829 de 2013 en los artículos 80 y 81 es claro en señalar que el arbitraje será una alternativa más no una obligación para el consumidor, quien podrá elegir o prescindir de este al momento de instaurar la demanda, aunado a lo anterior, la norma garantiza al destinatario del pacto la opción de rechazar o aceptar la oferta de arbitraje entablada por el productor y/o proveedor, que en todo caso no podrá obligar al consumidor a acudir al proceso.

Sin embargo, qué sucede cuando el pacto arbitral es incorporado en el contrato de consumo de forma unilateral sin ser negociado con el consumidor y redactado en términos en los cuales no se estipula como una cláusula de opción que permita decidir al consumidor el optar o no por el mecanismo, sino que lo obliga a resolver la controversia en la jurisdicción arbitral en condiciones que dificultan su defensa. En estas condiciones el pacto arbitral presentaría serias falencias por la forma irregular en la que fue incorporado en el negocio jurídico, ya que sería abiertamente

contrario a disposiciones como el Decreto 1829 de 2013 que regulan el cómo debe ser pactada la cláusula compromisoria en el contrato de consumo.

Según Juan Pablo Cárdenas (2019) y Caivano (2008) en estas circunstancias la cláusula sería considerada patológica, no tendría la vocación de someter al consumidor al proceso arbitral y sería calificada de ineficaz por tratarse de una cláusula abusiva por vicios en el consentimiento del consumidor al momento de celebrar el contrato. Para abordar la primera consecuencia, es importante traer a colación el concepto que tiene la doctrina sobre la cláusula arbitral patológica, al respecto Juan Pablo Cárdenas (2019), denomina como cláusula arbitral patológica a toda disposición contractual que presenta dificultades para hacer efectiva la voluntad de las partes de someter la controversia a arbitraje. Según el autor toda cláusula arbitral debería tener la capacidad de producir consecuencias jurídicas obligatorias para las partes, excluir la intervención de la justicia ordinaria, atribuir al árbitro el poder para resolver el conflicto y que este lleve a cabo un procedimiento en el cual profiera un laudo en condiciones de eficacia y rapidez, por lo que el pacto arbitral es patológico cuando no produce dichos efectos.

Las consecuencias de la patología son bastante serias debido a que cuando se presenta causa un impacto adverso en el proceso arbitral, pues en principio todo convenio arbitral tiene el efecto de privar de competencia al juez estatal e impedir que las partes acudan ante su jurisdicción para resolver la disputa, sin embargo, un pacto arbitral patológico causa en la parte que pretende demandar una confusión por no tener claro frente a cual jurisdicción accionar, ya que desconoce los efectos y alcances que el pacto produjo, lo que significa que la patología puede torpedear el proceso arbitral sin este haber empezado. Para Collantes (2011) la patología en la cláusula arbitral produce inseguridad jurídica, ya que esta al ser redactada de una manera errónea o inaplicable genera una imposibilidad para ser eficaz y aplicada una vez surgida la controversia o de desarrollarse el proceso arbitral con este tipo de discusiones, el laudo producido podrá ser cuestionado, puesto que en sede de

anulación se ventilará la falta de competencia del árbitro por la ineficacia o nulidad del convenio arbitral.

El ordenamiento jurídico colombiano sanciona a este tipo de cláusulas con la ineficacia o la nulidad del pacto arbitral como negocio jurídico. Frente a la primera sanción, el Estatuto General del Consumidor en su artículo 43, numeral 12, calificaba de ineficaz de pleno derecho a la cláusula que obligara al consumidor a acudir a la justicia arbitral para resolver las controversias surgidas en el contrato de consumo, ya que consideraba a la cláusula compromisoria como abusiva por generar en los términos del artículo 42 de este Estatuto un desequilibrio injustificado en menoscabo de los derechos del consumidor, en vista de que el arbitraje afectaba las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales el consumidor puede defender sus derechos y acceder a la administración de justicia. No obstante, el numeral 12 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 fue derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, lo que permitió la reglamentación del mecanismo, establecida en el Decreto 1829 de 2013, disposición que en su artículo 80 establece con claridad que el arbitraje debe ser aceptado por el consumidor de forma expresa, libre y espontánea, de no ser así el pacto arbitral no tendrá ningún efecto.

En la actualidad el pacto arbitral puede ser considerado como ineficaz si su contenido trasgrede normas imperativas, en cuanto a este tema Arrubla (2015) considera que la ineficacia es una sanción establecida en el artículo 897 del Código de Comercio para los actos jurídicos que la misma considere que no producen efectos, dicha norma es aplicable en materia de derecho de consumo teniendo en cuenta que el artículo 4 de la Ley 1480 de 2011 que contempla el carácter imperativo y de orden público de las disposiciones del Estatuto y remite a las normas contenidas en el Código de Comercio frente a los asuntos no regulados expresamente en dicha Ley. Sin embargo, la ineficacia de la cláusula arbitral pactada en el contrato de consumo debe ser analizada primero teniendo en cuenta

el Estatuto General del Consumidor como primer canon normativo llamado a regular la relación contractual.

El artículo 1.6 de esta norma protege al consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, los cuales según Arrubla (2015) se caracterizan por ser un esquema negocial establecido por una de las partes, quien generalmente detenta la posición dominante en la negociación, lo que le permite establecer unilateralmente el contenido del negocio, por lo que la otra parte solo puede aceptar o rechazar dicho contenido; el artículo 5, numeral 4 del Estatuto General del Consumidor define a esta especie de contratos como *“aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”* (Ley 1480, 2011, art. 5).

En este mismo sentido el artículo 37 ibídem, establece los requisitos que debe cumplir el productor y/o proveedor para pactar con el consumidor las condiciones negociales generales y el contenido de los contratos de adhesión. La ley obliga a informar de manera anticipada, suficiente y expresa al consumidor del alcance de las condiciones generales, las cuales deben ser concretas, claras, completas y cuando se encuentren por escrito deben ser legibles a simple vista para el adherente. El inciso final de este artículo declara por no escritas a las estipulaciones que no reúnan estos requisitos.

En concordancia con lo antes mencionado, el artículo 42 del Estatuto General del Consumidor, define como cláusulas abusivas:

[...] Aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio,

serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho. (Ley 1480, 2011, art. 42).

En consecuencia, el Estatuto prohíbe la inclusión de este tipo de disposiciones contractuales, ya que afectan los derechos y obligaciones que surgen del contrato en perjuicio del consumidor.

Para Caivano (2008) la decisión de las partes en someter la controversia a arbitraje debe surgir de una expresión de voluntad, la cual es la piedra angular y un elemento esencial del convenio arbitral. Para este autor es necesario que la intención de ambas partes de acudir a arbitraje sea inequívoca y que el acuerdo derivado de la misma se produzca como consecuencia de la manifestación de una voluntad libre y prestada por quienes tienen capacidad para obligarse, máxime cuando la cláusula arbitral se encuentra incorporada en un contrato de adhesión, en el cual se le debe brindar la posibilidad a la parte débil de aceptar o rechazar la cláusula, ya que según Preciado (2013) el pacto arbitral se cataloga como abusivo cuando su formación y contenido vulnera el principio de la buena fe, al incorporarse al contrato sin el consentimiento de una de las partes con el propósito de causarle un desequilibrio considerable en las obligaciones a su cargo, por lo que de presentarse dicho fenómeno el pacto arbitral será sancionado con la ineficacia y la frustración del proceso arbitral.

Finalmente, frente a la ineficacia del pacto arbitral en los contratos de consumo Juan Pablo Cárdenas (2019), concluye que este tipo de cláusulas no están prohibidas por sí mismas, ya que como se mencionó el numeral 12 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 fue derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, por lo que la ineficacia del convenio arbitral debe ser analizada con fundamento en el artículo 42

del Estatuto General del Consumidor, por lo que será sancionado como ineficaz y abusivo cuando contenga estipulaciones que causen un desequilibrio injustificado al consumidor, como sería el caso de un convenio arbitral que atribuya mayores facultades al productor y/o proveedor que al consumidor, o que restrinja facultades de este para pedir pruebas o acceder al proceso arbitral.

Ahora bien, si el convenio arbitral consta en las condiciones negócias generales, el pacto debe ser estudiado teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 37 de la Ley 1480 de 2011, ya que la norma exige que se informe de manera anticipada, suficiente y expresa al consumidor sobre los efectos y alcances de las condiciones negócias generales, esto es, informar al adherente de la existencia de una cláusula compromisoria que impedirá el ejercicio de los derechos ante la jurisdicción ordinaria y que la eventual controversia será resuelta por árbitros. De no cumplirse estas reglas la cláusula será ineficaz. Además de lo antes mencionado, el pacto arbitral debe incorporarse en el contrato celebrado con el consumidor en los términos del Decreto 1829 de 2013, por ser la norma que reglamentó el cómo y bajo qué circunstancias de tiempo, modo y lugar el pacto arbitral podrá quedar estipulado en el contrato de consumo.

Se examinará ahora la nulidad del pacto arbitral cuando es incorporado al contrato de consumo sin el consentimiento del adherente o desconociendo las normas que regulan la inclusión de este en los contratos celebrados con consumidores. De acuerdo con Arrubla (2013), el convenio arbitral como negocio jurídico es susceptible de nulidad en las hipótesis establecidas en el Código Civil y en el Código de Comercio, dependiendo de si se trata de un negocio mercantil o civil que para el caso que nos ocupa la norma aplicable es el Código de Comercio de acuerdo a la remisión establecida en el artículo 4 de la Ley 1480 de 2011 para los asuntos no regulados expresamente en ese Estatuto.

De conformidad con la legislación mercantil, el negocio jurídico será sancionado con nulidad absoluta cuando es contrario a una norma imperativa salvo que la ley disponga otra cosa, cuando tenga causa u objeto ilícito o si fue celebrado por una persona absolutamente incapaz (Código de Comercio, 1971, art. 899). El artículo 900 del mismo canon señala que será anulable el negocio jurídico en el evento que sea celebrado por una persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo conforme al Código Civil (Código de Comercio, 1971, art. 900). No obstante, estos artículos deben ser interpretados conforme al artículo 6 de la Ley 1996 de 2019, que reconoce capacidad legal plena a las personas bajo medidas de interdicción o que se encontraban limitadas en el ejercicio de algún tipo de derecho.

Según Juan Pablo Cárdenas (2019), la nulidad absoluta del pacto arbitral podrá ser alegada cuando este fue celebrado por un incapaz absoluto, si el pacto tiene objeto ilícito, circunstancia que se presenta cuando el derecho en litigio no es de libre disposición por las partes o el pacto arbitral tiene una finalidad contraria al orden público que según el autor podría presentarse por ejemplo cuando el propósito del arbitraje sea realizar lavado de activos provenientes de negocios ilícitos. Por otra parte, la inoponibilidad del pacto arbitral podrá ser alegada en el evento de que el pacto sea suscrito por una persona en nombre de otra sin tener la facultad o autorización para hacerlo. Finalmente, la nulidad relativa del convenio arbitral teniendo en cuenta lo considerado por este autor, se puede generar cuando el negocio arbitral se celebró con vicios en el consentimiento que para tal efecto son el error, la fuerza y el dolo.

En este sentido, según la Corte Constitucional para que una persona se obligue a través de un acto o declaración de voluntad, es necesario que esta sea legalmente capaz, que consienta el acto o declaración, que su consentimiento no tenga vicios y que recaiga sobre un objeto y causa lícita conforme al artículo 1502 del Código Civil. Frente a la capacidad legal para obligarse, esta consiste en que la parte que

se pretende obligar lo haga por sí misma sin el ministerio o autorización de otra, en este punto el artículo 1503 del Código Civil presume a todas las personas capaces, excepto a aquellas que la ley declare incapaces (Corte Constitucional, C-572A, 2014).

Por otra parte, el consentimiento libre de vicios implica que el acto o declaración de voluntad no esté viciado de error, fuerza o dolo. Para el Tribunal Constitucional el error cuando recae sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento (Código Civil, 1873, art. 1509); sin embargo, cuando el error recae sobre la especie de acto o contrato que se celebra o ejecuta, sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato o sobre la calidad de la persona con la que se pretende contratar, siempre y cuando la calidad de la persona sea la causa principal que motive la contratación, vicia el consentimiento (Código Civil, 1873, art. 1509, 1510, 1511, 1512).

Ahora bien, el consentimiento viciado por la fuerza se produce cuando esta sea capaz de generar:

Una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición, como cuando infunde un justo temor a la persona de verse expuesta o ver expuesta a su pareja o a sus parientes a un mal irreparable y grave (Código Civil, 1873, art. 1513).

Por otra parte, el dolo vicia el consentimiento *“cuando es obra de una de las partes y aparece claramente que sin él no se hubiera contratado. El dolo debe probarse, salvo en los casos especialmente previstos por la ley”*. (Código Civil, 1873, art. 1515).

Cuando se presenta alguno de estos vicios, el negocio jurídico será nulo. Según el artículo 1741 del Código Civil, la nulidad puede ser absoluta o relativa, frente a la primera hipótesis, la nulidad absoluta del acto o contrato se presenta cuando hay objeto ilícito, causa ilícita, por la omisión de algún requisito o formalidad que

imponga la ley y por la celebración del acto o negocio por una persona absolutamente incapaz. La nulidad absoluta, debe ser declarada de oficio por el juez cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato viciado, además, esta puede ser alegada por todo el que tenga interés, salvo que se trate de objeto o causa ilícita, esta puede ser saneada por la ratificación del consentimiento de las partes o por la prescripción extraordinaria (Código Civil, 1873, art. 1742).

La nulidad relativa, se presenta cuando el acto o contrato es celebrado por una persona relativamente incapaz o por ser consentido el acto o contrato por error, fuerza o dolo. La nulidad relativa debe ser rogada, es decir, debe ser solicitada por la persona en cuyo beneficio la ha establecido la ley. Esta nulidad puede ser saneada por la ratificación del acto o contrato viciado o por la ejecución voluntaria de la obligación contratada (Corte Constitucional, C-572A, 2014).

Para el caso puntual, la nulidad absoluta del pacto arbitral, puede presentarse cuando este es celebrado por una persona absolutamente incapaz, por tener objeto o causa ilícita, por contrariar normas imperativas o por omitir algún requisito que las leyes prescriben para su validez teniendo en cuenta la naturaleza del negocio o la calidad de las partes. La nulidad relativa del convenio arbitral, se presenta por la presencia de cualquier otro vicio en el consentimiento, por ejemplo, cuando el negocio jurídico fue celebrado por una persona relativamente incapaz o consentido por error, fuerza o dolo (Corte Constitucional, C-572A, 2014).

En este sentido, la Corte Constitucional se pronunció frente a la nulidad del pacto arbitral por vicios en el consentimiento, al respecto, adujo que el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos debe estar regido por el principio de voluntariedad o habilitación, el cual es la manifestación previa y libre de la voluntad de las partes de querer acudir a arbitraje. Para este Tribunal el pacto arbitral puede estar viciado de nulidad cuando la voluntad de las partes esté distorsionada o gravemente comprometida, lo que supone un vicio en el

consentimiento que afecta la validez y la legitimidad de cualquier decisión que los árbitros consideren sobre la resolución del conflicto. Por lo cual, es indispensable que la decisión de las partes de suscribir el pacto arbitral sea voluntaria, libre y autónoma y no producto de la imposición de la parte más fuerte en la relación negocial (Corte Constitucional, T-511, 2011).

Para Borja Soriano (2002) el consentimiento es un acuerdo de voluntades que hacen las partes sobre la producción o transmisión de derechos y obligaciones. Esta expresión de consentimiento de las partes no debe generar ninguna duda, es decir, su consentimiento debe ser inequívoco cosa que no sucede en el caso que se analiza, ya que una de las partes (el consumidor), no se entera en muchos casos de la suscripción del compromiso arbitral, siendo esto un indicio que podría generar la incompetencia del tribunal para conocer de fondo el asunto que se ventila en el proceso arbitral.

Es precisamente, la voluntad de las partes el pilar y la autoridad en la que el árbitro funda su competencia para conocer del fondo de la controversia y la decisión que este toma, por lo que cualquier circunstancia que vicie la voluntad autónoma e inequívoca de las partes afecta la legitimidad tanto del tribunal arbitral como de las decisiones que este adopta; de tal modo que el convenio arbitral debe ser el resultado de la libre discusión y autónoma aceptación, sin ningún tipo de apremio o imposición que afecte la libertad negocial (Corte Constitucional, SU-174, 2007).

Finalmente, frente a los efectos de la nulidad del pacto arbitral, Néstor Humberto Martínez (2013), considera que cuando este se encuentra viciado torna en nugatorio todos los efectos del pacto arbitral, es decir, las partes no se obligaron a someter a arbitraje la eventual controversia, y tampoco renunciaron a hacer valer sus derechos ante los jueces, al respecto, el artículo 44 del Estatuto General del Consumidor, considera que la nulidad o ineficacia de una de las cláusulas no afecta la totalidad del contrato, siempre y cuando este pueda subsistir sin la cláusula nula o ineficaz,

por lo que la autoridad competente será la que aclarará los derechos y obligaciones del contrato subsistente (Ley 1480, 2011, art. 44).

4.3 Desafíos del consumidor frente al pacto arbitral patológico.

Con lo dicho hasta el momento, el pacto arbitral estará viciado de nulidad o ineficacia cuando este no se origina de la manifestación de la voluntad libre y espontánea de las partes en querer someter la eventual controversia a arbitraje, sin embargo, el consumidor que pretenda la declaratoria de nulidad o ineficacia del convenio arbitral, y por ende la frustración del proceso y con ello acudir a la justicia ordinaria para hacer valer sus derechos, tendrá primero incluso que sortear los términos en los cuales fue redactada la cláusula arbitral y los argumentos del productor y/o proveedor que pretendan excepcionar la competencia de los jueces permanentes para conocer de la disputa.

Frente al primer punto, se socializará el contenido de varias cláusulas arbitrales que pueden ilustrar de mejor manera la problemática planteada a lo largo de la investigación. La primera de las cláusulas arbitrales, se encuentra incorporada en los términos y condiciones de Uber Colombia con los que esta compañía regula el uso de su aplicativo de arrendamiento de vehículo con conductor, el de Uber Eats, portal de contacto, páginas web, productos y servicios para los usuarios colombianos; en consecuencia, las personas que accedan al servicio quedan vinculadas por estas condiciones. Respecto a la cláusula de solución de controversias, esta compañía es enfática en afirmar que cualquier disputa o reclamación, incluso la discusión relativa a la validez, interpretación y exigibilidad de los términos y condiciones se deberá resolver así:

Cualquier disputa, conflicto, reclamación o controversia, del tipo que sea, que resulte de las presentes Condiciones o que se relacione en gran parte con ellas, incluyendo las relativas a su validez,

interpretación y exigibilidad (cualquier “Disputa”), deberán someterse forzosamente a procedimientos de mediación en virtud del Reglamento de Mediación de la Cámara de Comercio Internacional (“Reglamento de Mediación de la CCI”). Si dicha disputa no fuese solucionada en un plazo de sesenta (60) días desde la fecha en la que se formalice la solicitud de mediación en virtud del Reglamento de Mediación de la CCI, se hará referencia a dicha disputa y se solucionará exclusiva y definitivamente mediante arbitraje en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“Reglamento de Arbitraje de la CCI”). Las disposiciones sobre Proceso Expedito y del Árbitro de Emergencia del Reglamento de la CCI no se aplicarán. La disputa será resuelta por un (1) árbitro nombrado a tal fin en virtud del Reglamento de la CCI. El lugar tanto para la mediación como para el arbitraje será Ámsterdam, Países Bajos, sin perjuicio de cualquier derecho que usted pudiera tener según el artículo 18 del Reglamento Brussels I bis (OJ EU 2012 L351/1) y/o el artículo 6:236n del Código Civil holandés. El idioma de mediación y/o arbitraje será el inglés, a no ser que usted no hable inglés, en cuyo caso la mediación y/o el arbitraje se llevarán a cabo en inglés y en su idioma materno. La existencia y el contenido de los procedimientos de mediación y arbitraje, incluidos los documentos e informes presentados por las partes, la correspondencia de la CCI, la correspondencia del mediador y la correspondencia, los pedidos y los laudos emitidos por el único árbitro deberán permanecer en estricta confidencialidad y no deberán ser revelados a ningún tercero sin el consentimiento expreso por escrito de la otra parte, a menos que: (i) la revelación al tercero sea razonablemente necesaria para llevar a cabo el procedimiento de mediación o arbitraje; y (ii) el tercero acepte incondicionalmente por escrito estar sujeto a la obligación de

confidencialidad estipulada en el presente documento (Uber, 2020, art. 6)

El contenido de esta cláusula, va en contravía de todos los derechos del consumidor a la luz del Decreto 1829 de 2013 y demás normas aplicables a la materia como el Estatuto General del Consumidor y el Código General del Proceso –Ley 1564 de 2012-.

La primera dificultad de esta cláusula, es el procedimiento de mediación previo al proceso arbitral, maniobra que se encuentra prohibida en Colombia teniendo en cuenta el artículo 13 del Código General del Proceso y el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C- 602 de 2019, ya que esta norma considera que las estipulaciones de las partes que establezcan requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia, por lo que la parte podrá demandar directamente y el operador de justicia deberá tramitar la respectiva demanda (Ley 1564, 2012, art. 13). La Corte Constitucional en la sentencia antes referida, sostiene que las partes de un negocio jurídico no están facultadas para convenir requisitos de procedibilidad que impidan el acceso a los operadores de justicia, pues este tipo de potestades son de exclusivo resorte del legislador, en consecuencia, le está vedado a las partes establecer este tipo de mecanismos previos, pues se consideran que estos obstruyen el acceso a la administración de justicia (Corte Constitucional, C- 602, 2019).

Este tipo de estipulaciones son conocidas como cláusulas multinivel o escalonadas, al estar comprendidas por:

[...] Acuerdos de resolución de conflictos celebrados entre las partes contratantes que disponen un sistema de agotamiento gradual, progresivo y multinivel de etapas previas para la solución de las eventuales diferencias que surjan entre ellas, parten de la aplicación, entre otros, de diversos métodos para la resolución de controversias, tales como la negociación o la mediación directa (autocomposición) y

que en caso de resultado infructuoso culmina, por ejemplo, con el acceso a la jurisdicción ordinaria del Estado, o a la conciliación o al arbitraje (Corte Constitucional, C- 602, 2019).

Como se dijo anteriormente, este tipo de cláusulas no serán de obligatoria observancia, por lo que Uber no podrá obligar al consumidor a cumplir con una mediación en virtud del Reglamento de Mediación de la Cámara de Comercio Internacional, ni condicionar al consumidor a un plazo de 60 días para acceder ante el administrador de justicia.

Otro punto problemático, es la propuesta en la que se plantea el desarrollo del eventual arbitral, pues Uber pretende que este sea de obligatoria observancia para el contratante, que la sede del arbitraje sea Ámsterdam, Países Bajos, que este se rija por lo establecido en las normas de dicho país y en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y que se desarrolle el trámite en idioma inglés. Todo lo anterior, contradice el Decreto 1829 de 2013, pues en primer lugar el arbitraje como ya se expresó debe ser incorporado como una cláusula de opción que permita al consumidor aceptar o rechazar la oferta de arbitraje, además, este debe ser resuelto de conformidad con las normas de Colombia, la sede del mismo debe ser un Centro de Arbitraje del domicilio del consumidor y el proceso debe ser llevado a cabo en idioma español. Por lo que esta cláusula, encaja perfectamente en lo que se denomina como cláusula arbitral patológica susceptible de ser considerada como ineficaz o nula.

En el caso de empresas como Didi Mobility Technology Pte. Ltd. o Indriver ocurre algo similar, ya que los términos y condiciones de estas compañías tienen cláusulas similares a la antes analizada, a saber:

Cualquier conflicto, reclamo o controversia que surja de o en conexión con el incumplimiento, terminación, interpretación, o validez de estos Términos y Condiciones o el uso de los sitios web de DiDi o DiDi

Express-Usuario, será sometido al conocimiento y resuelto de manera definitiva, por un tribunal de arbitramento administrado por el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (“CAIS”) de conformidad con las Reglas de Arbitraje del CAIS vigentes, reglas que se consideran incorporadas por referencia a esta cláusula. El número de árbitros será uno. La sede del arbitraje será Singapur. El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será el inglés. La decisión del árbitro será definitiva y vinculante para las partes, salvo en lo que respecta al error manifiesto. Los costos del árbitro se sufragarán de manera equitativa entre las Partes o según lo indique el árbitro. El Usuario renuncia expresa e irrevocablemente a someter la disputa a cortes o tribunales arbitrales de cualquier otra jurisdicción (Didi, 2020, art. 16,3).

En el caso de Indriver este establece como cláusula de resolución de disputas:

Cada una de las Partes acuerda irrevocablemente que la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (Corte LCIA) tendrá jurisdicción exclusiva para resolver cualquier controversia o reclamación (incluidas las controversias o reclamaciones extracontractuales) que surja o esté relacionada con este acuerdo o su objeto o formación (Indriver, 2020, art. 13).

De la lectura de estas estipulaciones, se puede concluir razonablemente que las mismas son patológicas y podrán ser consideradas como ineficaces o nulas por el operador de justicia, en este sentido, surge el interrogante de cuándo serán ineficaces y cuando se darán por nulas. Al respecto, Juan Pablo Cárdenas (2019) considera que cuando este tipo de cláusulas se encuentran inmersas en las condiciones negociales generales deberán cumplir lo establecido en el artículo 37 del Estatuto General del Consumidor, esto es, informar de manera anticipada, suficiente y expresa al consumidor sobre los efectos y alcance de las condiciones negociales generales, además de la existencia de una cláusula compromisoria que impedirá el ejercicio de los derechos ante la jurisdicción ordinaria, de no efectuarse lo anterior, el pacto será considerado como ineficaz, incluso en virtud del artículo 40

del mismo Estatuto podrá ser considerada ineficaz la cláusula que haya sido negociada, cuando esta sea contraria a las disposiciones contenidas en el artículo 37 de la Ley 1480 de 2011.

Es claro entonces que estas cláusulas son ineficaces teniendo en cuenta lo contemplado en la Ley 1480 de 2011, no obstante, el consumidor que pretenda demandar al productor y/o proveedor ante los jueces o ante la Superintendencia de Industria y Comercio, tendrá que sortear argumentos de estos encaminados a llevar a flote el arbitraje, puesto que por más problemática que resulte la cláusula, lo cierto del caso es que esta se encuentra pactada en el contrato y en principio cumple con el requisito de existencia, el cual es, constar por escrito o en un medio de ulterior consulta (Ley 1563, 2012, art. 4).

En este sentido, cuando existe cláusula compromisoria el tribunal de arbitramento tiene la prerrogativa de ser el primero en pronunciarse sobre su propia competencia, esto quiere decir que este será la primera autoridad en conocer el conflicto y su decisión prevalece sobre la de cualquier juez al que se quiera someter el conocimiento del caso. Al respecto, el artículo 29 del Estatuto Arbitral consagra que:

El tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación (Ley 1563, 2012, art. 29).

Lo anterior, es conocido jurisprudencialmente como principio Kompetenz-Kompetenz “*en virtud del cual los tribunales de arbitramento tienen un margen autónomo de interpretación para determinar el alcance de su propia competencia*” (Corte Constitucional, T- 288, 2013). Según Mantilla (2013), este principio no es neutral, ya que con este se pretende favorecer al proceso arbitral otorgando competencia prioritaria al árbitro para que determine su propia competencia incluso cuando el convenio arbitral sea nulo, esta postura es compartida por la Corte

Constitucional, puesto que considera que el árbitro es el competente para pronunciarse sobre la nulidad, anulabilidad o invalidez del pacto y se encuentra excluida la injerencia del juez para referirse en primera medida sobre estos asuntos, sin embargo, este principio no es absoluto pues el mismo pacto arbitral lo limita, ya que los árbitros no pueden decidir materias ajenas al ámbito del convenio arbitral y en todo caso estarán sujetos al control del juez de anulación o reconocimiento del laudo (Corte Constitucional, T- 288, 2013).

Este principio se encuentra respaldado también en el numeral 2 del artículo 100 del Código General del Proceso, el cual consagra la excepción previa de “*compromiso o cláusula compromisoria*”, lo que significará que en principio el consumidor que eleve sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria, podrá ser interpelado por el productor y/o proveedor con esta excepción y en caso de prosperar, el juez decretará la terminación del proceso y se devolverá la demanda con sus anexos, sin perjuicio de la opción que tiene el demandante de promover el arbitraje dentro de los veinte días hábiles siguientes para mantener los efectos de la interrupción de la prescripción.

No obstante, el juez o superintendente antes de decidir el asunto deberán escuchar al consumidor, ya que a este se le corre traslado de la excepción por el término de tres días hábiles para que alegue los reparos correspondientes, es precisamente este punto el que permite la defensa material del consumidor, puesto que el operador de justicia no declina de inmediato su competencia una vez es alegada dicha excepción, ya que se puede y debe pronunciar de fondo sobre la misma, en este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio en un interesante fallo resolvió a favor del consumidor la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria.

La SIC consideró que el pacto arbitral debe ser interpretado de manera restrictiva por parte del operador de justicia, puesto que este tipo de convenios tienen el efecto

de derogar la competencia de los jueces estatales, y otorgar la misma a árbitros, en virtud de un pacto arbitral regido por el principio de voluntariedad o habilitación, que rige esta materia y que impide que la voluntad de las partes sea interpretada de manera extensiva, por lo que despachó de manera desfavorable la excepción del demandado, al considerar que el objeto de la controversia no hace parte de las disputas que fueron expresamente señaladas en el convenio arbitral para ser resueltas por un eventual tribunal de arbitramento (SIC, Auto -00074617, 2019).

Juan Pablo Cárdenas (2019) al referirse a este tema, considera que el juez está obligado a remitir a las partes a arbitraje cuando estas hayan pactado un convenio arbitral, sin embargo, él debe verificar que el pacto exista, de no ser así no tendrá que cesar su competencia, no obstante, cuando lo que se alega es la nulidad del pacto, esta debe ser declarada por el árbitro pues es precisamente uno de los asuntos que hace parte de su competencia.

Como se observa, el tema no es pacífico, por lo que el consumidor tendrá que sortear este tipo de aristas para hacer efectivo sus derechos en la jurisdicción ordinaria y recurrir a otro tipo de estrategias como las quejas que se pueden promover ante la SIC, para que esta inicie una investigación administrativa que podría conllevar a la imposición de una sanción administrativa u ordenar al productor y/o proveedor la modificación a los clausulados generales de los contratos de adhesión cuando sus estipulaciones sean contrarias a lo previsto en el Estatuto General del Consumidor o afecten los derechos de los consumidores (Ley 1480, 2011, art. 59).

4.4 Conclusiones.

El arbitraje como mecanismo alternativo para resolver un conflicto en materia de consumo, siempre debe estar fundado en el principio de voluntad o habilitación, el cual permite que ambas partes manifiesten su consentimiento e intención de

manera expresa e inequívoca de querer resolver la eventual disputa en un tribunal de arbitramento y con esto, derogar la competencia de los jueces estatales para conocer y resolver el conflicto surgido de la relación de consumo. Es precisamente este elemento el que dotará de legitimidad y competencia al tribunal de arbitramento.

En materia de consumo, la forma en la que se debe incorporar el pacto arbitral se encuentra reglamentada en el Decreto 1829 de 2013, el cual establece el paso a paso que debe seguir el productor y/o proveedor que pretenda invitar al consumidor a un proceso arbitral. Sin embargo, de no cumplir con dichos requisitos tanto esta norma como el Estatuto General del Consumidor, establecen mecanismos de defensa para atacar la validez del pacto arbitral y con esto, frustrar dicho proceso al considerar el convenio arbitral como nulo o ineficaz, por ser una cláusula que afecta directamente el equilibrio contractual y con esto los derechos del consumidor.

No obstante, el camino que debe recorrer el consumidor para elevar sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria, empieza con la disputa encaminada a sortear la presencia de la cláusula arbitral en el contenido obligatorio de las partes, ya que el productor y/o proveedor excepcionarán ante dicha jurisdicción su competencia y el alcance del pacto arbitral, sin embargo, a pesar de la presencia del artículo 29 de la Ley 1563 de 2012, el cual consagra el principio Kompetenz-Kompetenz, el juez o superintendente puede pronunciarse sobre la existencia y alcance que le dieron las partes al compromiso o cláusula compromisoria, y de comprobar que efectivamente las partes no declinaron la competencia del juez estatal, este asumirá el conocimiento del asunto debatido.

4.5 Referencias bibliográficas.

Arrubla, J. (2013). Contratos mercantiles: contratos contemporáneos. Bogotá, Colombia: Legis.

Arrubla, J. (2015). Contratos mercantiles: contratos atípicos. Bogotá, Colombia: Legis.

Borja Soriano, M. (1991). Manual: teoría general de las obligaciones. México: Estudios jurídicos.

Caivan, R. (2008). La cláusula arbitral: evolución histórica y comparada. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

Cárdena, J. (2019). Módulo arbitraje nacional e internacional. Bogotá, Colombia: Panamericana formas e impresos S.A.

Collantes et al. (2011). Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional: comercial y de inversiones. Lima, Perú: Palestra.

Congreso de Colombia. (09 de septiembre de 2010). por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor, se crea una contribución para la defensa del mismo y dictan otras disposiciones. [Proyecto de Ley 089 de 2010]

Congreso de Colombia. (12 de julio de 2012). Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. [Ley 1563 de 2012]. DO: 48.489.

Congreso de Colombia. (12 de julio de 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48489.

Congreso de Colombia. (12 de octubre de 2011). Por medio de la cual se expide el Estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones. [Ley 1480 de 2011]. DO: 48.220.

Congreso de Colombia. (12 de octubre de 2011). Por medio de la cual se expide el Estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones. [Ley 1480 de 2011]. DO: 48.220.

Congreso de Colombia. (18 de agosto de 1999). Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. [Ley 527 de 1999]. DO: 43.673.

Congreso de Colombia. (21 de noviembre de 1918). Sobre establecimientos o sociedades de crédito. [Ley 51 de 1918]. DO: 16650.

Congreso de Colombia. (26 de agosto de 2019). Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. [Ley 1996 de 2019]. DO: 51.057.

Consejo Nacional Legislativo. (31 de mayo de 1873). Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. [Ley 84 de 1873]. DO: 2.867.

Constitución Política de la República de Colombia. (20 de julio de 1991). Segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

Corte Constitucional, Sala de Plena. (14 de marzo de 2007) Sentencia SU-174 de 2007. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]

Corte Constitucional, Sala de Plena. (20 de mayo de 2013) Sentencia T- 288 de 2013. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional, Sala de Plena. (30 de julio de 2014) Sentencia T-572A de 2014. [MP Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (11 de diciembre de 2019) Sentencia C- 602 de 2019. [MP Alberto Rojas Ríos]

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (30 de junio de 2011) Sentencia T-511 de 2011. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (03 de mayo de 2005) Sentencia Exp. No. 5000131030011999-04421-01 de 2005. [MP César Julio Valencia Copete]

Cruz, A. (2009). Marketing electrónico para PYMES: cómo vender, promocionar y posicionarse en internet. México D.F: Alfaomega.

Esguerra et al. (2013). Estatuto arbitral colombiano: análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Bogotá, Colombia: Legis.

González, F. (2008). La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balance químico, Anuario mexicano de derecho internacional, VIII, 500-525.

Nieto, P. (2016). El comercio electrónico y la contratación electrónica: bases del mercado virtual, 54-77. Recuperado: file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/19835Texto%20del%20art%C3%ADculo-78858-1-10-20180418.pdf

OCDE. (2020). Panorama del comercio electrónico: políticas, tendencias y modelos de negocio. México D.F: Asociación Mexicana de Internet.

Presidencia de la República de Colombia. (02 de diciembre de 1982). Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones. [Decreto 3466 de 1982].DO: 36143. 3.

Presidencia de la República de Colombia. (27 de agosto de 2013). Por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012. [Decreto 1829 de 2013].DO: 48895.

Presidencia de la República de Colombia. (27 de marzo de 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. [Decreto 410 de 1971].DO: 33.339.

Serrano Piug, A. (2002). Cláusulas patológicas, [1-25]. Doi:
<https://pdfslide.net/documents/clausulas-patologicas-armando-serrano-puig.html>

Stiglitz, R. (1998). Contrato de consumo y cláusulas abusivas, 32-51. Recuperado de:
[file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/1712-Texto%20del%20art%C3%ADculo-5869-1-10-20101014%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/1712-Texto%20del%20art%C3%ADculo-5869-1-10-20101014%20(1).pdf)

Superintendencia de Industria y Comercio. (24 de julio de 2019) Sentencia Auto-00074617 de 2019. [MP Andrés Felipe Restrepo Padro]

Villalba, J. (2011). Los contratos de consumo en el derecho colombiano y el derecho comparado, Rev.fac.cienc. xix (2), 171- 195.

Yépez, L. (2019). Convenio arbitral: supuestos doctrinarios de patología, principios e interpretación y su enfoque pro arbitraje en la legislación ecuatoriana, [1-31]. Doi:
[file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/YEPEZ%20ALMEIDA,%20LINDA%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/YEPEZ%20ALMEIDA,%20LINDA%20(1).pdf)