

**FACULTAD DE DERECHO  
PROGRAMA DE DERECHO  
BOGOTÁ D.C.**

**AÑO DE ELABORACIÓN: 2016**

**TÍTULO: INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE CLÁUSULAS ARBITRALES  
ABUSIVAS**

**AUTOR (ES): MEDINA FANDIÑO, Aura Jessica**

**DIRECTOR(ES)/ASESOR(ES): FLOREZ ACERO, Germán Dario**

**MODALIDAD:**

**PÁGINAS:**  **TABLAS:**  **CUADROS:**  **FIGURAS:**  **ANEXOS:**

**CONTENIDO:**

**Introducción.**

**1. El Pacto arbitral o acuerdo de arbitraje.**

**1.1. Teorías acerca de la Naturaleza del Pacto arbitral.**

**1.1.1. Teoría Jurisdiccional.**

**1.1.2. Teoría Contractual.**

**1.1.3. Teoría Híbrida.**

**1.1.4. Teoría Autónoma.**

**1.1.5. Posición actual frente a las teorías.**

## **2. Las Cláusulas Abusivas.**

### **3. Las Cláusulas Arbitrales Abusivas.**

#### **3.1. Controversias frente al carácter abusivo de las cláusulas arbitrales.**

##### **3.1.2. Las Cláusulas Asimétricas en el Arbitraje.**

#### **3.2. Cláusulas arbitrales abusivas en Colombia.**

##### **3.2.1. Cláusulas arbitrales abusivas en los contratos de consumo o de adhesión.**

## **Conclusiones.**

## **Referencias.**

**PALABRAS CLAVES:** Cláusulas abusivas, Arbitraje, Cláusula compromisoria, Pacto arbitral, Justicia, Desigualdad

**DESCRIPCIÓN:** El trabajo de investigación evidencia como el uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, es en la actualidad cada vez más frecuente, uno de los cuales cobra gran relevancia es el arbitraje. En éste mecanismo él o los árbitros intervienen para imponer una solución a la controversia contractual que pueda surgir entre las partes, previa suscripción de una cláusula compromisoria, contentiva del pacto arbitral. Sin embargo, éstas cláusulas, no siempre llevan consigo una igualdad material para las partes, y se transforman en cláusulas abusivas, en torno a las cuales pueden surgir controversias relacionadas con su configuración y tratamiento.

**METODOLOGÍA:** se utilizó como metodología la investigación y análisis de información.

**CONCLUSIONES:** Para el estudio de las cláusulas arbitrales abusivas, es necesario remitirse en primer lugar a los conceptos de pacto arbitral y cláusula abusiva en general. El primero, cobra importancia, dado que es a través del cual – teóricamente- las partes acuerdan de manera voluntaria someter sus controversias al arbitraje y dan origen así a la cláusula compromisoria, sin embargo, no en todas las ocasiones dicha cláusula comporta igualdad. El segundo, permite comprender e identificar cuáles son aquellas características que pueden llegar a otorgarle el carácter abusivo a una cláusula contractual en general y verificar si algunas de éstas se presentan en las cláusulas de arbitraje.

Dado que su desarrollo no ha sido lo suficientemente amplio y éste varía de conformidad con las diversas legislaciones relativas al arbitraje, la temática de cláusulas arbitrales abusivas guarda gran complejidad. En el caso de Colombia, el análisis de éste tipo de cláusulas es aún más limitado que en Estados en los cuales el arbitraje tuvo su aparición con mayor antelación y en donde se han forjado las principales normatividades internacionales que regulan éste mecanismo alternativo de solución de controversias, junto con una gran evolución jurisprudencial y doctrinal.

Pero la complejidad de éstas cláusulas no se deriva únicamente del grado de su estudio, éste tiene su principal origen en la naturaleza de la cláusula en sí misma. Lo anterior dado que el carácter abusivo no puede únicamente deducirse de la desigualdad de las partes que comporta la cláusula arbitral, es necesario, además observar las circunstancias que rodean dicha desigualdad y los efectos negativos de la misma sobre el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos de las partes.

Si bien una cláusula cuenta con elementos que pueden llegar a considerarse como abusivos, la desigualdad que estos imponen, no genera una verdadera ventaja a favor de una de las partes, en detrimento de los derechos de su contraparte. Esto precisamente es lo que ocurre con las cláusulas asimétricas en el arbitraje, ya que pese a la desigualdad que impone entre las partes, no siempre resultan ser cláusulas abusivas (Aizenstatd Leistenschneider, 2007).

Frente al tratamiento de dichas cláusulas, la legislación colombiana, en materia de derechos del consumidor, señala que el juez o la Superintendencia de Industria y Comercio –según sea el caso- deben atender las reclamaciones de los consumidores con respecto a las cláusulas arbitrales que consideren abusivas y propender porque el elemento de abuso desaparezca. Por su parte, en el ámbito internacional, la Directiva de la Unión Europea CE 13/93 habilita al juez, para que éste declare de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas con el fin de proteger a las partes contratantes, y con respecto a esto, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de enero de 2008, señala que esa facultad no depende como tal del procedimiento y se extiende a aquéllos casos en que tenga lugar la intervención de la jurisdicción, que para el caso de los arbitrajes es el proceso de anulación o el proceso de ejecución deberá analizarse en concreto cada caso (Pardo Iranzo, 2012).

El árbitro o árbitros, que componen el tribunal de arbitramento, son figuras que cobran gran relevancia frente a la presencia de cláusulas arbitrales abusivas, pues dados los principios bajo los cuales operan y el compromiso de acudir al arbitraje para solucionar controversias inmerso en la cláusula, serían ellos, -en muchos casos- los primeros en observar y determinar el carácter abusivo de la cláusula arbitral.

Frente a la actual realidad socioeconómica, el legislador también juega un papel importante en la regulación y tratamiento de las cláusulas arbitrales abusivas, tal como lo evidencia Correa Arango (2013):

*“... se exige una intervención del legislador más profunda con el fin de reducir o suprimir las desigualdades que día tras día se presentan entre los contratantes; surgen entonces las leyes imperativas para prohibirle al más fuerte que imponga su voluntad contra ese contratante débil que no está en condiciones de defender eficazmente sus intereses en la relación contractual a causa precisamente de la precariedad de su situación socioeconómica”.*

Por ello, es necesario insistir en una mejor regulación para las cláusulas arbitrales abusivas, principalmente en el orden nacional dados sus grandes vacíos que ésta presenta y el gran auge del Arbitraje, como medio para la solución de controversias.

## **FUENTES:**

### **Libros**

Correa Arango, G. (2013). *Comentarios al estatuto de arbitraje y amigable composición*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Diez-Picazo, L., & Gullón, A. (2012). *Sistema del derecho civil* (Vol. II). Madrid: Tecnos.

González de Cossío, F. (2004). *Arbitraje*. México: Porrúa

Lew, J. D., Mistelis, L. A., & Kröll, S. (2003). *Comparative international commercial arbitration*. Netherlands: Kluwer Law International.

Monroy Cabra, M. (1998). *Arbitraje comercial*. Bogotá: Legis.

Ordoqui Castilla, G. (2010). *Abuso de derecho*. Bogotá: Universidad Javeriana.

Picand albonica, E. (2014). *Estudios de arbitraje: libro homenaje al profesor Patricio*

*Aylwin Azócar* (2 ed.). Santiago de Chile: Thomson Reuters La Ley.

Rengifo, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante* (2 ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Talero Rueda, S. (2008). *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*. Bogotá: Temis.

### **Revistas Académicas**

Aizenstatd Leistenschneider, N. (2007). Las cláusulas asimétricas del arbitraje. *Revista de la Facultad de Derecho de la U. Francisco Marroquí*, 25, 23-38.

Bordachar Urrutia, R. (2014). El acuerdo de arbitraje como cláusula abusiva en los contratos de consumo. *Revista Arbitraje PUCP* (4), 39-45.

De Argumedo Piñeiro, Á. (2014). La controvertida validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Europa. A propósito del auto de 18 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid. *Diario La Ley* (8258), 15.

Echeverri Salazar, V. M. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Revista Opinión Jurídica* 10 (20), 125-144.

González de Cossío, F. (2005). Naturaleza jurídica del arbitraje Reflexiones sobre aplicaciones prácticas del debate, en particular sobre su utilidad en

México. *Revista Iuris Tantum* (16), 103-110.

Gual Acosta, J. (2009). El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución. *Revista Iusta* (30), 15-44.

Laguado Giraldo, C. (2003). Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. *Vniversitas* (105), 231-251.

Llain Arenilla, S. (2014). El rol del principio de competence-competence en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional* (24), 143- 168.

Moreno Herrera, M. (2014). Control de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión en el consumidor fiduciario. *Vniversitas estudiantes* (11), 331-353.

Namen Vargas, W. (2000). Las Cláusulas Abusivas. *Revista de Derecho Comparado*, 171-227.

Neme Villarreal, M. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de Derecho Privado* (11), 79-125.

Palao Moreno, G. (2011). El lugar de arbitraje y la deslocalización del arbitraje comercial internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (130), 171-205.

Pardo Iranzo, V. (2012). El control judicial en el despacho de la ejecución de laudo arbitral. *Revista Boliviana de Derecho* (13), 163-153.

Quintana Adriano, E. (2010). Marco jurídico del arbitraje nacional, regional e internacional. *Contratación y arbitraje internacionales* (523), 395-422.

Rey Vallejo, P. (2013). El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización. *Vniversitas* (126), 199-237.

Rodriguez-Yong, C. (2011). Las cláusulas abusivas en el contrato de concesión desde la perspectiva estadounidense. *Revista Vniversitas* (122), 519-540.

Salcedo Flórez, Á. (2010). En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. *Revista Análisis Internacional* (2), 148-149.

Stiglitz, R. (1999). Contrato de consumo y cláusulas abusivas. *Con-texto* (4), 32-51.

Suescún Roa, F. (2009). Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad. *Revista de Derecho Privado* (41), 3-17.

### **Conferencia**

Caivano, R. (2015). *Las cláusulas abusivas en el contrato de adhesión*. Trabajo presentado en la Escuela Internacional 2015 "International Commercial Arbitration a Practical Vision" de la Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

### **Jurisprudencia**

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (21 de febrero de 2012). *Sentencia 11001-3103-040-2006-00537-01*. M.P. William Namen Vargas.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de casación Civil. (2 de febrero de



2001). *Sentencia 5670*. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

### **Normatividad**

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (10 de junio de 1958). *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*. Nueva York.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (07 de Julio de 2006). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, Enmendada en 2006*.

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

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

Consejo de las Comunidades Europeas (05 de abril 1993). Directiva 93/13/CEE. *Sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. Bélgica.

United Nations Conference on Trade and Development. (2005). *Dispute Settlement. International Commercial Arbitration. 5.2 The Arbitration Agreement, 4*. New York & Geneva.