UNIVERSIDAD ESPÍRITU SANTO

ESCUELA DE POSTGRADO EN DERECHO

TÍTULO:

Afectación a los derechos de los consumidores en la Sentencia 1758-15-EP/20 de la Corte Constitucional del Ecuador

TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCION EN DERECHO DE EMPRESAS

AUTORES:

Luis Eduardo Cabello Cortés

Daniel Augusto del Hierro Cepeda

SAMBORONDÓN, 25 de julio de 2023

Resumen

La Corte Constitucional emitió la sentencia 1758-15-EP/20 por una acción extraordinaria de protección presentada en contra de sentencias emitidas dentro del marco de un proceso de consumo, en donde ambos jueces de instancia declararon como nula una cláusula arbitral dentro de un contrato de adhesión. En la sentencia, la Corte Constitucional realiza un análisis de oficio de la capacidad de los jueces ordinarios para decidir sobre la validez y alcance de los convenios arbitrales a la luz de los principios *kompetenz-kompetenz* y *pro arbitri*. El presente artículo revisa conceptos relacionados con el Derecho del consumidor, el arbitraje y como se relacionan ambos, tomando en cuenta ejemplos de legislaciones extranjeras. Finalmente, se revisará la sentencia de la Corte Constitucional a efectos de determinar si existen o no afectaciones a los derechos de los consumidores.

Palabras claves: arbitraje, consentimiento, consumidor, consumo, kompetenz-kompetenz, pro arbitri

Abstract

The Constitutional Court issued sentence 1758-15-EP/20 regarding an extraordinary protection action against sentences issued in the context of a process of consumer protection rights, in which both judges declared the annulment of an arbitration clause inserted in an adhesion contract. The sentence analyses *ex officio* the capacity of the ordinary judges to decide about the validity and reach of the arbitration clauses under the light of the *kompetenz-kompetenz* and *pro arbitri* principles. This article investigates concepts related to Consumer Rights, Arbitration and how they both relate, considering examples from foreign legislatures. Finally, we will look into the sentence issued by the Constitutional Court to the effect of finding out if there are or aren't transgressions against Consumer Rights.

Keywords: arbitration, consent, consumer, kompetenz-kompetenz, pro arbitri

Introducción

Los derechos de los consumidores se analizan a la luz de que se los que se considera como la parte débil de la relación, de tal forma que se establecen normas especiales en defensa del consumidor ante potenciales abusos del proveedor, ya que el capital siempre está del lado del proveedor. El arbitraje es un método para resolver controversias, como las que se puedan ocasionar entre

consumidores y proveedores, pero que conlleva costos que podrían afectar los derechos del consumidor. La Corte Constitucional realizó un análisis respecto de la capacidad de los jueces para revisar un convenio arbitral suscrito dentro del marco de derecho de consumo y a la luz del artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que establece que ciertas cláusulas son prohibidas y por tanto nulas, como la cláusula arbitral. El enfoque del presente artículo busca determinar si la sentencia 1758-15-EP/20 de la Corte Constitucional atenta contra los derechos de los consumidores al limitar o entorpecer el acceso a la justicia.

Marco conceptual

Convenio Arbitral

Es el acuerdo mediante el cual las partes someten sus controversias a la decisión de árbitros.

Es común que el convenio o acuerdo arbitral se encuentre dentro del contrato sobre el cual las partes han acordado que sus controversias sean resueltas por árbitros, en cuyo caso, el convenio, como lo señala Caivano (2008), pasa a denominarse cláusula arbitral[1].

Consentimiento

En materia de formación del contrato, la expresión del consentimiento está sometida al principio del consensualismo, en virtud de este principio, el contrato se forma por la sola voluntad de las partes y los modos de exteriorizarla. Esto quiere decir que la forma del contrato puede ser libremente escogida por las partes.

La doctrina acerca de la autonomía de las personas tiene su base en que el hombre nació y tiene albedrío y se reconoce en su capacidad de obligarse por sí mismo con plena capacidad ya que sin un límite jurídico esta libertad sería indeterminada. (Fortich, 2019).

En el arbitraje, al ser un proceso al que las partes se someten de manera voluntaria, el consentimiento es una piedra angular para la validez del proceso. De no existir consentimiento no podría haber arbitraje. (Caivano, 2008).

[1] El objeto del convenio es que las diferencias sean resueltas por medio de un proceso arbitral, esto, a su vez, produce dos efectos "el efecto negativo, consistente en permitir plantear la incompetencia de los jueces estatales para intervenir en la resolución de aquellos conflictos que hayan sido sometidos a arbitraje, y el efecto positivo, consistente en atribuir jurisdicción a los árbitros" (Caivano, 2008, p. 137)

Kompetenz-kompetenz

Principio de competencia de la competencia, establece que es potestad de los tribunales arbitrales decidir sobre su propia competencia al momento de revisar el convenio arbitral y determinar su alcance y validez (Barceló, 2017). Esto es conocido como el efecto positivo del *kompetenz-kompetenz*. Este principio está en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Por el contrario, el efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz* es la extracción de la competencia de los juzgadores ordinarios a favor de los árbitros. Es así como, ante la presencia de un convenio, y más aún de la excepción de existencia de convenio arbitral, los juzgadores ordinarios deben declinar el conocimiento de la causa.

Ruggeri y Vilaseca (2022) toman las palabras de Gary Born y mencionan que el efecto negativo del *kompetenz-kompetenz* tiene tres enfoques: (a) un efecto pleno, (b) un rechazo al efecto negativo, y (c) un punto medio.

El primero refiere a una aplicación estricta del *kompetenz-kompetenz* en el sentido de que los tribunales se encuentran completamente prohibidos de revisar las validez y alcance del convenio arbitral y siempre deberá ser el tribunal el que decide primero si es competente o no.

El segundo expone un criterio contrario al anterior, esto es, que los tribunales ordinarios siempre se encuentran facultados para decidir sobre el alcance y validez del convenio.

En el tercero, se reconoce la competencia de los tribunales para decidir sobre su competencia, pero establecen ciertos casos en los cuales se permite a las cortes ordinarias realizar una revisión del convenio. Usualmente estos casos se limitan a revisar si el convenio es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Principio *pro arbitri*

El principio *pro arbitri* establece que, en el caso de duda respecto de la interpretación y validez de un convenio arbitral, se favorecerá el sometimiento de las partes al convenio arbitral antes que el sometimiento a la jurisdicción estatal (Jara, 2013). El principio se encuentra reconocido en el

artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, indicando que, en caso de duda, se preferirá que las controversias sean resueltas mediante arbitraje[2] (Follonier-Ayala, 2014).

Derecho del consumidor

Regula las relaciones entre proveedores y los consumidores, dando protección especial a los consumidores, bajo el presupuesto de que se trata de la parte débil de la relación jurídica, debido que no es un conocedor del negocio sino alguien que busca satisfacer una necesidad o interés, confiando en que la calidad de lo ofertado es la adecuada.

Ecuador. Esto va de la mano con lo previsto en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor –LODC- donde encontramos, en el artículo 1, que tiene como objeto "…normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores…".

La misma norma, en el artículo 43, prevé que ciertas cláusulas deberán considerarse nulas, denominándolas cláusulas prohibidas. En el número 4 de dicho artículo se tiene como prohibida la que obligue al consumidor a someterse a arbitraje.

Hay una salvedad, esta es, que el consumidor de su consentimiento expreso. El artículo 40 del Reglamento a la Ley de Defensa del Consumidor –RLODC-, detalla que el consentimiento expreso para someterse a arbitraje podrá darse a través de "una ratificación impresa debajo de la cual suscriba el consumidor, o con una señalización en un casillero, (…) o cualquier fórmula que permita entender inequívocamente la aceptación expresa de cualquiera de estos procedimientos por parte del consumidor."

Principio pro consumidor

Su origen se encuentra en la seguridad jurídica que debe darle el Estado al consumidor cuando realiza transacciones comerciales, ya que por regla general los proveedores cuentan con capital, información y asesoría en su campo de ejercicio económico, que se traduce en ventajas sobre el individuo que desconoce de las normativas, alcances y métodos de defensa.

[2] Tiene fundamento en los principios de interpretación contenidos en los artículos 1576 y 1578 del Código Civil, los cuales indican, en su orden, que (a) si se conoce la intención de las partes, se atendrá más a esta que la literalidad de las palabras y, que (b) se preferirá interpretar una cláusula en el sentido que produzca efectos antes del sentido en que no produzca efecto alguno.

Es la obligación del Estado de regular, disminuir y erradicar las prácticas comerciales de mala fe y contrarias al ordenamiento jurídico que afecten al comercio, sobre todo al consumidor.

Este principio detalla que en caso de duda las normas siempre deben interpretarse a favor del consumidor (Landa, 2017), aún en los casos que las normas "sean generales y no especiales u orgánicas" (Cevallos, 2013, p. 228).

Contratos de adhesión

Dentro de las relaciones contractuales que involucran a proveedores con consumidores encontramos las que se plasman a través de la firma de contratos de adhesión, es decir, contratos donde una de las partes propone todas o la mayoría de las cláusulas que conforman el contrato a ser suscrito por los involucrados, es decir, no existe una propia negociación de los términos contractuales.

En principio, se comprende que esta actividad tiene una finalidad de carácter práctico. El comerciante busca colocar su producto, ofertarlo y que sea adquirido por el mercado, por tanto, tiene sentido que para concretar su finalidad de lucro y para facilitar su negocio creé contratos donde los elementos de la esencia y de mayor importancia para el comerciante sean presentados inmediatamente al consumidor sin negociación previa alguna (Royo Martínez, 1949). De tal forma que, para el comerciante, el cambio o revisión de estas cláusulas contractuales que considera de mayor importancia, no son de carácter negociable puesto que afectan directamente su interés en llevar a cabo el negocio y, por lo tanto, serán impuestas al consumidor bajo el entendimiento de que si no son aceptadas no habrá contrato[3] (Rakoff, 2006).

Como indica Caivano (2008, p.268), "[l]ejos han quedado los tiempos en que, como regla, las partes discutían 'paritariamente' y en forma detallada las estipulaciones contractuales, y plasmaban en un instrumento escrito y firmado por ambas lo que resultaba de esas más o menos extensas conversaciones."

El mismo autor se pregunta cómo conciliar la realidad de que el sometimiento a arbitraje requiere del consentimiento pleno, y que, en los contratos de adhesión, al no ser propiamente negociados,

[3] Siguiendo lo mencionado por Rakoff (2006), todo esto lleva a que los contratos de adhesión sean documentos aceptados y esperados por parte de los consumidores. Sin mencionar, como indica Royo Martínez (1949), lo difícil que sería para un proveedor sentarse con cada consumidor para mantener una fase de negociación previa a la firma de un contrato.

se limita a una de las partes a otorgar su pleno consentimiento. Por un lado, podríamos decir que dichos contratos no tienen validez, pero dicha postura es poco deseable. La solución que se ha dado sería la presunción de la validez de las cláusulas, pero estableciendo restricciones que permiten, en casos concretos, analizar si estas cláusulas puedan ser nulas (Caivano, 2008).

Arbitraje y el consumidor

Arbitraje de consumo. Procesos arbitrales en los que se tratan diferencias ocasionadas de una relación entre consumidor y proveedor se los denomina arbitrajes de consumo (San Cristóbal Reales, 2007), los cuales, como veremos en párrafos siguientes, suelen tener regulaciones especiales en consideración a la relación jurídica que se tutela.

En términos generales, en legislaciones a nivel mundial, el arbitraje de consumo no se encuentra prohibido, pero tiene ciertas limitaciones o consideraciones particulares para su aplicación.

Reino Unido. El *Consumer Rights Act* de 2015 (CRA) es la legislación del Reino Unido que regula los derechos de los consumidores en sus relaciones contractuales y extracontractuales con proveedores. Podemos encontrar que en varias ocasiones se indica que los términos que limiten o eliminen la responsabilidad de los proveedores ante los consumidores no le son oponibles a los segundos. No obstante, la ley también determina que el sometimiento escrito a arbitraje no debe, en sí mismo, comprenderse o entenderse como un limitante o excluyente de responsabilidad.

El CRA contiene una sección que hace referencia a términos injustos. En dicha sección encontramos como regla general que los términos que se comprendan como injustos no son oponibles a los consumidores. De entre estos términos tenemos aquellos que limiten la capacidad del consumidor para tomar acciones legales, en particular si requieren al consumidor llevar exclusivamente sus controversias a arbitraje que no considere las previsiones legales.

Las previsiones las encontramos en dos documentos: (i) Arbitration Act 1996, y (ii) The Unfair Arbitration Agreements (Specified Amount) Order 1999. La ley de arbitraje contiene una sección sobre arbitraje de consumo, donde indica que se entenderán como injustos los términos que constituyan un acuerdo de arbitraje, si el reclamo pecuniario es de un monto inferior al establecido por orden. El segundo documento es la orden que indica que el monto referencial es £5,000.00 (cinco mil libras esterlinas).

España. La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, estableció la creación de un Sistema Arbitraje de Consumo a efectos de resolver de forma especial las controversias ocasionadas por las relaciones consumidor proveedor. El Sistema está a cargo de la administración pública.

El sistema tiene como principio que el arbitraje deberá ser iniciado siempre por el consumidor y no por el proveedor (Bujosa Vadell, 2013). De hecho, el artículo 57.4 de la LGDC establece que no serán vinculantes para el consumidor los acuerdos de arbitraje suscritos antes de la controversia. Esto con la intención de no limitar el acceso a la justicia del consumidor.

Otra de las ventajas que ofrece el Sistema es que es de acceso gratuito y lo único que deberían costear las partes serían las pruebas que soliciten. Incluso, en el caso de pruebas solicitadas por el tribunal, el costo será cubierto por la administración pública.

Sentencia 1758-15-EP/20 de la Corte Constitucional

La sentencia 1758-15-EP/20 -en adelante, también la Sentencia- se emite dentro de un proceso de acción de extraordinaria de protección presentada en el marco dentro de un proceso contravencional por violación de derechos del consumidor.

En los antecedentes del caso, encontramos que una de las alegaciones de la parte accionante fue que tanto en primera como segunda instancia se puso en conocimiento de los juzgadores la existencia de un convenio arbitral contenido dentro del contrato de adhesión suscrito por las partes.

Luego se indica que ambos juzgadores desestimaron las alegaciones de la accionante debido a que el convenio arbitral contenido en el contrato de adhesión sería nulo, de acuerdo al artículo 43 numeral 4 de la LODC. Dicha norma prevé:

> Art. 43.- Cláusulas Prohibidas.- Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que: (…) 4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento; …

La Corte realiza el siguiente análisis:

1. El punto 42 de la Sentencia, la Corte Constitucional menciona que de oficio y en virtud del principio *iura novit curia*, realizará un análisis sobre si los jueces pueden pronunciarse

sobre la validez o alcance del convenio arbitral, dado que los jueces del proceso de origen declararon nula la cláusula arbitral por, aparentemente, ser una cláusula prohibida por el artículo 43.4 de la LODC.

2. El punto 43, indica que en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*, la facultad de pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral es exclusiva de los árbitros. De tal forma que un juez, ante la excepción de convenio arbitral, no le corresponde analizar el alcance y validez del convenio sino únicamente determinar si la materia de la controversia se encuentra dentro del ámbito del convenio o no, atendiendo siempre al principio *pro arbitri*.
3. El punto 44, establece que los juzgadores actuaron fuera de sus potestades al declarar nula la cláusula arbitral, puesto que no estaban facultados para analizar la validez del convenio arbitral, aún en el caso que la cláusula se encontrare dentro de lo previsto en el artículo 43.4 de la LODC. Por tanto, declaran que esta inobservancia de la norma es una vulneración a los derechos al debido proceso y seguridad jurídica del accionante.

Análisis

Expuesto el marco conceptual, se procede a analizar la sentencia 1758-15-EP/20 de la Corte Constitucional con los conceptos mencionados con anterioridad. El análisis lo dividiremos en tres partes: (i) cuál es el alcance del principio *kompetenz-kompetenz* que da la Corte Constitucional, (ii) La aplicación del artículo 43.4 de la LODC y 40 de su Reglamento no transgrede el principio *pro abritri*, y (iii) cuál es el efecto de lo decidido por la Corte para los consumidores.

Cuál es el alcance del principio *kompetenz-kompetenz* que da la Corte Constitucional

La Corte Constitucional hace referencia al principio *kompetenz-kompetenz* para determinar si los jueces, que en el proceso de origen declararon nula la cláusula arbitral contenida en el contrato de adhesión, tenían la competencia para hacerlo.

Llama la atención que la Corte haya considerado oportuno realizar este análisis de oficio, dado que el accionante del proceso no había presentado entre sus alegatos tal aseveración. Únicamente se limitó a alegar que su derecho a ser juzgado por un juez independiente, imparcial y competente había sido vulnerado debido a que las partes habían pactado una cláusula arbitral y que tal forma de resolver conflictos tiene sustento constitucional.

La Corte expresa en su análisis que la decisión sobre la competencia, y respecto del alcance y la validez del convenio arbitral, corresponde exclusivamente a los árbitros, aparentemente favoreciéndose un enfoque con plenos efectos del principio *kompetenz-kompetenz*. Incluso indicando que aún en el caso que las cláusulas arbitrales se encuentran dentro de los supuestos del artículo 43.4 de la LODC, deberán ser siempre los árbitros quienes tendrán la primera palabra respecto de si son competentes o no.

Esta última aseveración es la que consideramos problemática, puesto que la Corte no realiza un análisis a profundidad respecto del derecho del consumidor ni la normativa de la materia. No se considera que las relaciones jurídicas que involucran a consumidores tienen una protección adicional por parte del ordenamiento jurídico, puesto que se los considera como una parte débil de una relación jurídica que puede estar expuesta a abusos por los proveedores.

La Corte, al no realizar mayores consideraciones, equipara las relaciones consumidor-proveedor con las que pueden existir entre dos comerciantes. Donde no se proveen mayores protecciones a las partes en virtud de que la presunción es que ambas se encontrarían en igualdad de condiciones. Lo cual causa sorpresa considerando que en el punto 37 de la sentencia, al referirse a alegaciones del accionante sobre una aparente vulneración a su derecho de libertad de contratación, la Corte menciona que la libertad de contratación no es absoluta y que hay normas que la regulan en consideración de que no en todas las relaciones contractuales hay igualdad de condiciones, y que hay que establecer los límites a efectos de precautelar derechos constitucionales[4]. Por tanto, se puede presumir que la Corte Constitucional entiende que hay relaciones jurídicas particulares que requieren de ciertas protecciones adicionales por parte de la Ley, la Constitución y las cortes.

Es así como nos encontramos ante una sentencia que establece un enfoque de efecto pleno del principio *kompetenz-kompetenz*, lo cual en sí mismo no se considera un error, pero que omite realizar un debido análisis de la materia a la que busca imponer este efecto pleno. No considera la normativa nacional, la práctica internacional y los principios de la rama. Sí se reconoce que hay situaciones en las cuales la libertad de los contratantes puede ser regulada en consideración de las

[4] Sentencia 1753-EP-15/20. 37. Respecto a los cargos 2, 3 y 4, cabe precisar que la libertad de contratación no es absoluta y, por lo mismo, existen cuerpos normativos que la regulan y limitan, considerando que no en toda relación contractual las partes se encuentran en igualdad de condiciones. En este sentido, establecer límites justificados a la libertad de contratación, considerando los derechos constitucionales que están en juego para las partes intervinientes, no supone una vulneración de este derecho.

partes involucradas y derechos constitucionales, pero no lo toma en cuenta cuando se encuentra con una norma que busca proteger al consumidor de abusos.

La aplicación del artículo 43.4 de la LODC y 40 de su Reglamento no transgrede el principio *pro abritri*

La Corte indica que no les corresponde a los jueces ordinarios pronunciarse sobre el alcance y validez el convenio. Luego, señala que al juez solo le corresponde determinar si la materia de la controversia se encuentra dentro del objeto del convenio arbitral. Consideramos que tal aseveración resultaría contradictoria si la determinación del objeto del convenio, que dice la Corte que el juez puede hacer, es también parte del análisis del alcance del convenio arbitral que, como se dijo en el inicio, la Corte señala que no le compete al juez.

Procedemos a analizar si la revisión que se realice de un convenio arbitral dentro de un contrato de adhesión en materia de consumo, a la luz de lo previsto en el artículo 43.4 de la LODC y 40 de la RLODC, necesariamente implica efectuar una revisión de la validez y alcance del convenio arbitral en la medida que deba aplicarse el principio *pro arbitri*.

Consideramos que los artículos de la LODC y su Reglamento no establecen presupuestos que requieran un análisis profundo del convenio arbitral que puedan causar dudas al juzgador respecto de su validez. Los artículos son claros y establecen que, ante la presencia de una potencial cláusula prohibida, se debe hacer una revisión que no merece mayor interpretación del contenido del convenio. Esto es, si el juez tiene una cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión en materia de consumo, debe revisar que exista el consentimiento expreso del consumidor mediante una ratificación impresa suscrita, la marcación de un casillero u otra forma que denote el consentimiento claro y preciso del consumidor.

Estos requerimientos no son de la clase que implique un estudio del contenido del convenio arbitral sino una mera constatación de un requisito normativo que busca dar mayor protección a la parte débil de la relación jurídica, remarcando su intención de someter sus posibles controversias al arbitraje.

Por tanto, no creemos que sea correcta la aseveración de la Corte Constitucional de que aún en los casos que exista el supuesto de cláusulas prohibidas previsto en la LODC se deba preferir que los árbitros resuelvan primeramente sobre su competencia, puesto que la revisión que debe hacer el

juez es únicamente de requisitos que no implican un estudio profundo del convenio que pueda llegar a generar dudas para la aplicación del principio *pro arbitri*.

Cuál es el efecto de lo decidido por la Corte

Consumidores. La sentencia significa que en el caso que quieran presentar un reclamo en contra de un proveedor deberán primero acudir al arbitraje, lo cual tiene dos situaciones que deberán sortear, sin aún tomar en cuenta si se les dará la razón o no en su reclamo.

La primera son los altos costos del proceso arbitral, ya sea administrado o independiente. Esto en principio no sería problema para partes que pacten contratos de altas cuantías y que a sabiendas prefieran el arbitraje, pero nos encontramos en una situación de consumo donde las cuantías de los contratos o de la relación jurídica pueden ser muy bajas. Lo que significa que se estaría forzando a una persona a pagar, con dinero que tal vez no disponga, un proceso arbitral por un reclamo de baja cuantía y que saldría muy costoso.

En el caso de España, el Sistema Arbitraje de Consumo no tiene costo para los consumidores que presenten reclamos y, en el caso del Reino Unido, por un reclamo de tan baja cuantía, la cláusula no sería oponible al consumidor. Esto tiene sentido, se toma en cuenta la realidad de muchos consumidores, que el arbitraje es un método de resolver controversias alterno y de excepción, y que la imposición de convenios que involucren este tipo de reclamos modestos constituiría un abuso por parte del proveedor con el fin de evitar que el consumidor presente reclamos, debido al alto costo del proceso.

Esto es importante en el Ecuador, ya que el acceso a la justicia ordinaria es gratuito. Por tanto, cualquier costo para la presentación de un reclamo, por bajo que sea, constituye en una carga para el consumidor.

La otra consecuencia se da debido al tiempo que perderá el consumidor para reclamar lo que se le debe. Ya que primero debe acudir al arbitraje para que los árbitros decidan sobre su competencia, para lo cual el consumidor deberá cumplir con las etapas de un proceso arbitral.

Encontrándonos con una cláusula arbitral prohibida de acuerdo con la LODC, el tribunal arbitral, al momento de decidir sobre su competencia, se declararía incompetente para conocer la causa. Lo que implica que el consumidor deba volver a presentarlo por la vía ordinaria, esto es, siguiendo el proceso previsto en la LODC, COIP y COFJ.

Es decir, el consumidor tuvo que iniciar un proceso arbitral, que el tribunal se declare incompetente, volver presentar su reclamo y pasar por el proceso ordinario, para obtener una resolución. Se plasma la pérdida de tiempo y el desgaste procesal que implica lo decidido en sentencia.

Árbitros. También existe una situación poco deseable en que la Corte los ha posicionado. Ellos deberán decidir sobre su competencia ante el reclamo presentado por el consumidor. Recibido el proceso y revisada la cláusula, que para estos efectos se encuadra en lo previsto en el artículo 43.4 de la LODC, tendrán en frente el presente dilema: (a) considerar declararse incompetentes a sabiendas del probable esfuerzo para el pago y el tiempo que ha transcurrido para la consumidor, o (b) considerar declararse competentes debido a las razones mencionadas anteriormente y en virtud de un principio de economía procesal, puesto que el proceso ya está iniciado y lo correcto sería llevarlo a su conclusión en consideración del esfuerzo del consumidor, pero arriesgándose en el hecho que estarían actuando en contra de norma expresa que indica que dicho convenio es nulo y, por tanto, los árbitros no tendrían competencia.

Conclusiones

Llegamos a la conclusión que la sentencia 1758-15-EP/20 de la Corte Constitucional atenta contra los derechos de los consumidores.

Realiza un análisis de oficio del arbitraje y sus principios sin considerar que el fondo de la controversia presentada se trató en el marco del derecho de consumo. Analiza los principios arbitrales a efectos de establecer afectaciones de carácter constitucional, pero obvia en su totalidad el análisis de los principios del consumidor que podrían causar un choque con los arbitrales, dando a entender que el principio *kompetenz-kompetenz* es superior o de mayor importancia que los principios de defensa del consumidor.

La decisión coloca al consumidor en una posición precaria respecto del proceso que debe llevar para reclamar sus derechos ante el incumplimiento de un proveedor, que lo llevaría a realizar un desgaste económico y procesal para llegar a tener una resolución a su problema, entorpeciendo su derecho de acceso a la justicia. Por el contrario, favoreciendo a los proveedores en prácticas abusivas que buscan disuadir al consumidor de plantear reclamos por las dificultades y costos que genera hacerlo.

Referencias bibliográficas

Barcelo, J. J. (11 de septiembre de 2017). *Kompetenz-Kompetenz and Its Negative Effect — A Comparative View*. Obtenido de https://ssrn.com/abstract=3035485

Bujosa Vadell, L. M. (2013). EL ARBITRAJE DE CONSUMO. *Revista Jurídica de Castilla y León, Número 29*, 1-20.

Caivano, R. J. (2008). *La cláusula arbitral, evolución histórica y comparada.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Cevallos Vásquez, V. (2013). *Libre competencia, derecho de consumo y contratos.* Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

Follonier-Ayala, A. (2014). EVOLUCIÓN LATINOAMERICANA DE LOS PRINCIPIOS DE SEPARABILIDAD Y KOMPETENZ-KOMPETENZ. *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional, Vol. 2, Num. 2*, 513-548.

Fortich, S. (2019). *Formalismo contemporáneo y protección del consentimiento contractual.* Bogotá: Universidad Externado. Obtenido de Google Libros: https://www.google.com.ec/books/edition/Formalismo_contempor%C3%A1neo_y_protecci%C3%B3n/6YiEDwAAQBAJ?hl=es-419&gbpv=0

Jara, M. E. (2013). *Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis.* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales.* Lima: Fondo Editorial de la PUCP. Obtenido de Google Libros: https://www.google.com.ec/books/edition/Los_derechos_fundamentales/paDNDwAAQBAJ?hl=es-419&gbpv=0

Rakoff, T. D. (2006). Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica. *Revista de Derecho Privado, núm. 37*, 57-168.

Royo Martínez, M. (1949). Contratos de adhesión. *Anuario de Derecho civil*, *2*(1), 54-70.

Ruggeri, M. P., & Vilaseca, L. (2022). El efecto negativo del Kompetenz – Kompetenz en los tribunales uruguayos. *Revista de Derecho*, 127-152.

San Cristóbal Reales, S. (2007). El arbitraje de consumo. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 101-139.

Legislación y jurisprudencia

Arbitration Act 1996. Reino Unido.

CASO No. 1758-15-EP. 25 de noviembre de 2020. Corte Constitucional del Ecuador.

Código Civil. 24 de junio de 2005. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 46.

Consumer Rights Act 2015. Reino Unido.

Ley de Arbitraje y Mediación. 14 de diciembre de 2006. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial 417.

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. 10 de julio de 2000. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 116.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, España.

Reglamento a la Ley de Defensa del Consumidor. 19 de marzo de 2001. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial 287.

The Unfair Arbitration Agreements (Specified Amount) Order 1999. Reino Unido.