

Al responder cite este número
MJD-DEF21-0000045-DOJ-2300

Bogotá D.C., 28 de abril de 2021

Doctor

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Magistrado Ponente

Sección Tercera – Subsección B

CONSEJO DE ESTADO

ces3secr@consejodeestado.gov.co



Contraseña:jdDAwpeafP

REFERENCIA: **Expediente No. 11001032600020150007100 (53.892)**
ACCIONANTE: Nazly Margie Stephany Mojica Ayala y otra.
ASUNTO: Nulidad de los artículos 80 y 81 del Decreto 1829/13, sobre pacto
 arbitral en contratos de adhesión.
 Alegatos de conclusión del Ministerio de Justicia y del Derecho

Honorable Magistrado Ponente:

FREDY MURILLO ORREGO, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho, en mi calidad de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18.6 del Decreto 1427 de 2017 y en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida mediante la Resolución No. 0641 de 2012, procedo a presentar alegatos de conclusión dentro del proceso de la referencia.

1. Constitucionalidad y legalidad de las normas impugnadas.

A juicio del Ministerio de Justicia y del Derecho los cargos de la demanda sobre vulneración del principio de legalidad y exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, por considerar que las normas acusadas regulan aspectos sustanciales de competencia del legislador, quien según se afirma en la demanda, derogó la posibilidad de pacto arbitral en los contratos de adhesión^[1], carecen de fundamento por las siguientes razones:



De acuerdo con el concepto emitido por la Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos de la entidad[2], “al determinarse en el artículo 80 del Decreto 1829 de 2013, la posibilidad de incluir una cláusula arbitral opcional acorde con lo señalado en el artículo 23 de la Ley 51 de 1918, de manera alguna vulnera el principio de legalidad consagrado en el artículo 116 de la Constitución Política, ya que lo pretendido por la norma es que los árbitros puedan prestar sus labores a los particulares que se encuentren en conflicto en asuntos de consumo, **que son de libre disposición.**

Consideramos que el artículo 80 del Decreto 1829 de 2013 lo que desarrolla es la forma en que se puede emplear la figura del arbitraje ya señalada en la Ley 1563 de 2012, en aquellos conflictos relacionados con el consumo. La regulación general de la figura del arbitraje ya se encuentra determinada en la ley, el decreto lo que hace es establecer una opción de incluir una cláusula de pacto arbitral en los contratos de adhesión relacionados con consumo, los cuales corresponden a asuntos de libre disposición tal y como lo señala la misma ley 1563 de 2012.”

Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 116 de la Constitución Política, según el cual “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

Por su parte, el inciso primero del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 señala que “El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una **controversia relativa a asuntos de libre disposición** o aquellos que la ley autorice.”

Adicionalmente, el artículo 13 de la Ley 270 de 1996 prevé que ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido con la Constitución Política, entre otros, “Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso.”



Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-098 de 2001, señaló:

“...si bien el Constituyente determinó que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en calidad de conciliadores o árbitros y que éstos últimos pueden dictar fallos en derecho o equidad, también señaló que el legislador está facultado para establecer límites al *poder habilitante de las partes*. Estos límites hacen referencia, entonces, a la temporalidad de la actividad de los particulares como administradores de justicia y a las cuestiones sobre los cuales éstos pueden decidir. En otras palabras, se ha entendido que la justicia arbitral tiene un límite temporal, por cuanto está circunscrita al término que las partes y en su defecto la ley, señalen para el ejercicio de esta potestad, y un límite material, demarcado por los asuntos que son susceptibles de ser resueltos por particulares.

En sentencia T-057 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), se señaló que "no resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y sobre los cuales no es posible habilitación alguna". Igualmente, la Corte ha indicado que "las materias susceptibles de arbitramento son aquellas que pueden ser objeto de su transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición" (se subraya).

En este contexto, se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio. Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible - capacidad legal de disposición -. Así, frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes.”

De otra parte, respecto de la presunta extralimitación de la potestad reglamentaria de las normas acusadas, considera este Ministerio que “el Congreso de la República es el órgano encargado de la construcción de las normas, las que en principio deberían contener las características esenciales como claridad, técnica legislativa, permanencia en el tiempo y sustentación en estudios técnicos que den cuenta de que responden a una necesidad latente en la sociedad y que su ejecución puede adelantarse sin traumatismo.



Esto de modo alguno quiere decir que la conformación del ordenamiento jurídico es competencia exclusiva del Congreso de la República, sino que por el contrario, la Constitución Política ha contemplado la posibilidad de que bajo el amparo de la ley, existan otras disposiciones también de carácter general y de imperativo acatamiento, que son formuladas por el Ejecutivo en ejercicio de la potestad reglamentaria, esta última entendida como un derecho propio de raigambre superior del Presidente de la República como autoridad administrativa, para proferir herramientas jurídicas que son necesarias para la correcta ejecución de la ley¹, criterio que encuentra asidero en el artículo 189-11 de la Constitución Política, según el cual corresponde al Presidente de la República, “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

Tal como lo indica la Corte Constitucional, el Presidente de la República no necesita de norma legal expresa que conceda la posibilidad de desarrollar la potestad reglamentaria, dado que esta competencia la ejerce por derecho propio y con carácter permanente (Sentencia C-512/97). Es decir, no requiere autorización de ninguna clase por parte del legislador, aunque es evidente que su ejercicio se amplía o restringe en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos (C-028/97). Por distintos factores que van desde el estilo y la política que se tiene en cuenta al momento de legislar, hasta el tecnicismo que demanda el abordaje de algunos temas, el Congreso puede llevar a cabo un minucioso desarrollo de un tema a través de la ley, o esbozar los parámetros globales para que sea el Ejecutivo quien se encargue del detalle de la norma necesario para su debida concreción fáctica.

Tanto el ejercicio pormenorizado como el desarrollo global del legislador ordinario son válidos a la luz de la Constitución Política y de la técnica legislativa, y de ello dependerá el mayor o menor ámbito de injerencia que en materia reglamentaria puede adelantar el Gobierno Nacional. Esto conlleva que la potestad reglamentaria resulte inversamente proporcional al grado de cubrimiento de la ley, de suerte que será mayor el trabajo normativo del Presidente de la República en cuanto sea menor la cobertura llevada a cabo por el Congreso, y viceversa. “En esencia, la mayoría de las veces, el ejercicio íntegro y precario de la potestad de configuración normativa depende de la voluntad del legislador, *es decir, ante la valoración política de la materia a desarrollar, el Congreso de la República bien puede determinar que regula una materia en su integridad, sin dejar margen alguna a la reglamentación o, por el contrario,*



abstenerse de reglar explícitamente algunos aspectos, permitiendo el desenvolvimiento posterior de las atribuciones presidenciales de reglamentación para que la norma pueda ser debidamente aplicada.” (Sentencia C-372/09).

En otras palabras, y como lo ha establecido el Honorable Consejo de Estado, “como resulta imposible que la ley contenga todas las previsiones indispensables para su cabal cumplimiento, corresponde al reglamento precisar los pormenores necesarios para la ejecución de la ley, es decir, hacer explícito lo implícito.”[3]

Igualmente, al referirse a la estirpe técnica e interinstitucional que caracteriza a la potestad reglamentaria del Ejecutivo, señalo que: “...la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República, en virtud de las atribuciones que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, no debe limitarse a reproducir el texto legal que se reglamenta sino que, por el contrario, debe desarrollar su espíritu a fin de facilitar su ejecución. La reglamentación implica señalar las circunstancias de tiempo, modo, lugar y demás aspectos técnicos, que en cada caso exige el cumplimiento de la ley. (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. M.P. Dr. Manuel Santiago Urueta. Radicación 6067. Junio 1 de 2007.)”

Sobre la base del acervo jurisprudencial constitucional y de lo contencioso administrativo mencionado, resulta válido afirmar que las disposiciones acusadas no resultan violatorias del ámbito de competencia del legislador y tampoco exceden el ejercicio de la potestad reglamentaria, por cuanto el establecer la posibilidad de que se incluya el pacto arbitral, entre otros, en el contrato de adhesión, con la facultad de que se acepte o rechace expresamente y, en ningún caso se presuma por la celebración del negocio jurídico, en manera alguna afecta la potestad de las partes para habilitar a los árbitros en la resolución de su controversia y, por el contrario, sí constituye una guía de aplicación y operatividad de la norma legal y garantía de protección y equidad entre las partes al momento de utilizar esta opción.

Finalmente, tampoco resulta violatorio de los artículos 116 y 189, numeral 11 de la Carta Política, establecer que la oferta de negocio jurídico en virtud de la opción de pacto arbitral pueda incluir determinadas condiciones sobre materia, trámite y costo, en tanto esta previsión es de carácter meramente opcional, como así lo disponen expresamente las normas acusadas y ello con la finalidad de hacer operativa la posibilidad prevista por el legislador respecto de asuntos disponibles, con lo cual no se afecta el ámbito de competencia del legislador ni la

potestad reglamentaria.

Con fundamento en las consideraciones expuestas las normas impugnadas no resultan violatorias de las disposiciones superiores invocadas como vulneradas, razón por la cual la pretensión de nulidad debe ser negada.

2. Petición.

Por lo anteriormente expuesto, este Ministerio solicita respetuosamente al H. Consejo de Estado negar la pretensión de nulidad de los artículos 80 y 81 del Decreto 1829 de 2013, compilados en los artículos 2.2.4.2.10.1 y 2.2.4.2.10.2 del Decreto 1069 de 2015^[4] y, en su lugar, declarar dichas normas ajustadas a derecho.

3. Anexos

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

- Copia del aparte pertinente del Decreto 1427 de 2017, en cuyo artículo 18.6, asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, la función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio.
- Copia de la Resolución 0641 del 4 de octubre de 2012, por la cual se delega en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, la representación judicial de la entidad para intervenir en defensa del ordenamiento jurídico en los procesos de nulidad ante el Consejo de Estado.
- Copia de la Resolución 0146 del 22 de febrero de 2021, por la cual se nombra al suscrito en el cargo de Director en la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Copia del Acta de Posesión 0019 del 23 de febrero de 2021, del suscrito en el cargo de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Bogotá D.C., Colombia



4. Notificaciones

Las recibiré en la Calle 53 No. 13-27 de esta ciudad y en el buzón de correo electrónico del Ministerio notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co.

Del Honorable Consejero Ponente,

FREDY MURILLO ORREGO

Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico

C.C. 93.364.454

T.P. 152.469 del C. S. de la J.

Anexos: Lo anunciado.

Elaboró: Ángela María Bautista Pérez, Profesional Especializada.

Revisó y aprobó: Fredy Murillo Orrego. Director.

Radicados: MJD-EXT21-0018187

T.R.D. 2300 36.152.

[1] Artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, dispone al derogatoria del artículo 43, numeral 12 de la Ley 1480 de 2011.

[2] MEM18-0006013 del 11 de septiembre de 2018.

[3] CE-SEC1-2000-N6378.

[4] Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.