



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D.C., diez (10) de junio de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Acción de nulidad simple
Radicación 11001-03-26-000-2015-00071-00 (53892)
Demandantes: Nazly Margie Estephany Mojica Ayala y María Paula Castellanos Calderón
Demandado: La Nación — Ministerio de Justicia y del Derecho
Tema: Se declara la nulidad de los artículos 80 y 81 del Decreto 1829 de 2013, que corresponden en la actualidad a los artículos 2.2.4.2.10.1. y 2.2.4.2.10.2 del Decreto 1069 de 2015, porque la ley no ha establecido el pacto arbitral en los contratos de adhesión y el Gobierno nacional no podía adoptar esta regulación.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, la Sala profiere la sentencia de única instancia en el proceso iniciado por las ciudadanas Nazly Margie Estephany Mojica Ayala y María Paula Castellanos Calderón, quienes solicitaron la nulidad de los artículos 80 y 80 y 81 del Decreto 1829 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>>*. La Sala es competente para conocer el proceso en virtud del numeral 1 del artículo 149 del CPACA¹.

I. ANTECEDENTES

A.- La posición de la parte demandante

1.- El 19 de marzo de 2015 Nazly Margie Estephany Mojica Ayala y María Paula Castellanos Calderón (en adelante, las “demandantes”) presentaron acción de

¹<<1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden>>.



<<nulidad por inconstitucionalidad>>, a la cual se le dio trámite de simple nulidad². La demanda tuvo una única pretensión: <<(…) que se declare la nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 80 y 81 del Decreto 1829 de 2013>>.

2.- Las demandantes afirman que las normas demandadas violan el principio de legalidad. El artículo 116 establece que los árbitros pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia <<en los términos que determine la ley>>. En este caso, el decreto reguló una materia que corresponde al legislador: el pacto arbitral en contratos de adhesión, <<consagrando (…) aspectos relativos tanto a la manera en que opera la (…) opción de pacto arbitral, cuya creación no posee sustento legislativo, así como las condiciones que podrá incluir tal cláusula y que se refieren en términos generales a la materia arbitral, sede, plazo para emitir el fallo, trámite y costo>>.

2.1.- Además, en contravía del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, el Gobierno nacional excedió la potestad reglamentaria, porque la materia abordada por los artículos 80 y 81 (i) tiene reserva legal y (ii) no podía operar la deslegalización porque el legislador no estableció parámetros para ejercer la potestad reglamentaria.

2.2.- Indicarón que el numeral 12 del artículo 43 de la ley 1480 de 2011 establecía que las cláusulas que <<obligaran al consumidor a acudir a la justicia arbitral>> eran abusivas y, por ende, ineficaces de pleno derecho. Esta disposición fue derogada por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012. Y, aunque podría interpretarse que existe una <<permisión tácita>> por la derogatoria, ello no facultaba al Gobierno nacional a <<regular la materia>>, invadiendo la esfera del <<legislativo>>.

3.- En los alegatos de conclusión, una de las demandantes³ agregó que la Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 17 de la Ley 1122 de 2007 que facultaba al Ministerio de la Protección Social a reglamentar el uso del arbitramento técnico. Esto, porque <<dejar abierta la posibilidad de que por vía del reglamento se regule el arbitramento técnico o cualquier otro mecanismo de resolución de conflictos constituye una amenaza para el principio de legalidad que rige esta materia>>. En ese sentido, es claro que si una norma en la que el legislador expresamente autorizaba a Gobierno nacional fue declarada inexecutable, con mayor razón ello debería ocurrir en este caso donde no hubo autorización expresa.

3.1.- Igualmente, indicó que los artículos demandados no se limitaron a detallar o precisar una ley: en esas normas <<se reguló lo concerniente a la procedencia y al procedimiento del arbitraje en contratos de adhesión, es decir, se regularon aspectos sustanciales en la materia, tales como la procedencia, el número de árbitros, la sede, el plazo y el costo, entre otras>>.

²Fls. 1 a 9 del Cuaderno Principal.

Mediante auto de 10 de agosto de 2016 se admitió esta demanda, pero <<se ajustó el medio de control en el caso concreto al de simple nulidad>>

³Índices 44 y 45 del Samai.



B.- Posición de la parte demandada

4.- El 17 de septiembre de 2018 el Ministerio de Justicia y del Derecho se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda con base en dos argumentos⁴:

4.1.- Por una parte, las normas del Decreto 1829 no hacen parte del *<<ordenamiento>>* porque fueron *<<compiladas>>* en el Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho. El artículo 3.1.1. hizo una derogatoria *<<integral>>* de todas las disposiciones reglamentarias de dicho sector.

4.2.- Por la otra, en relación con los asuntos sustanciales, indicó que el decreto *<<operativiza>>* una opción que surge de las normas legales. Particularmente, del artículo 23 de la Ley 51 de 1918 (sobre la opción), del artículo 13 de la Ley 270 de 1996 (que prevé el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los árbitros) y 1º de la Ley 1563 de 2013 (que consagra la posibilidad de acudir al arbitraje en controversias sobre *<<asuntos de libre disposición>>*). Los artículos demandados, entonces, únicamente se encargan de instrumentalizar una posibilidad que surge de la ley: *<<es 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>>*.

4.2.1.- En ese sentido, advierte que **(i)** el presidente de la República no requiere autorización del legislador para ejercer la facultad reglamentaria, **(ii)** la posibilidad que prevé el legislador en contratos de adhesión se refiere a *<<asuntos disponibles>>* y **(iii)** el ámbito de la facultad reglamentaria depende de lo definido por el legislador. La norma es válida teniendo en cuenta que *<<la potestad reglamentaria resulta inversamente proporcional al grado de cubrimiento de la ley>>*.

C.- El concepto del Ministerio Público

5.- El Ministerio Público presentó concepto en el que solicitó negar la *<<totalidad de las pretensiones de la demanda>>*⁵ porque: **(i)** los artículos *<<no se sujetan al marco normativo actual>>* porque fueron derogados por el Decreto 1069 de 2015. Y **(ii)** no hubo *<<extralimitación de las competencias del Gobierno Nacional, ni uso indebido de facultades asignadas al Congreso de la República>>* pues, de acuerdo con la Ley 1563 de 2012, el contenido de la *<<cláusula compromisoria (...) está abierto a la discrecionalidad de las partes y la ley tan solo establece los lineamientos en caso de que las partes no pacten nada en concreto o que lo pactado no sea válido, efectos que siguen vigentes aun con lo establecido en el Decreto de 2013, pues como se dijo, su contenido es discrecional y no obligatorio>>*.

⁴Fls. 56 a 59 del Cuaderno Principal. Los mismos argumentos fueron planteados en los alegatos de conclusión (Índice 43 del Samai).

⁵Índice 42 del Samai.



II. CONSIDERACIONES

D.- Decisión que se adopta

6.- La Sala declarará la nulidad de los artículos 80 y 81 del Decreto 1829 de 2013 porque regularon el pacto arbitral en los contratos de adhesión y esta materia tiene reserva legal. A juicio de la Sala: **(i)** los artículos 80 y 81 del Decreto 1829 de 2013 continúan vigentes en el Decreto 1069 de 2015, que es una norma compilatoria, razón por la cual la anulación comprenderá estas normas; **(ii)** la facultad reglamentaria del ejecutivo está limitada en materia arbitral; y **(iii)** el legislador no reguló el pacto arbitral en los contratos de adhesión.

7.- Los artículos demandados (i) establecieron las disposiciones generales del pacto arbitral en los contratos de adhesión y (ii) realizaron la reglamentación detallada de su funcionamiento. La anulación abarcará también el segundo tipo de disposiciones, porque cualquier reglamentación que sobre la materia se estime necesario expedir, dependerá de la regulación legal que se echa de menos en esta sentencia.

E.- Los artículos 80 y 81 del Decreto 1829 de 2013 continúan vigentes y simplemente fueron compilados en el Decreto 1069 de 2015

8.- El Decreto 1069 de 2015, que es el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, incluyó los artículos 80 y 81 del Decreto 1829 de 2013, razón por la cual su vigencia no puede considerarse alterada. El citado decreto cumple una exclusiva función *compilatoria*, a la cual se hace referencia en sus consideraciones, en los siguientes términos:

<<Que la facultad reglamentaria incluye la posibilidad de compilar normas de la misma naturaleza. Que, **por tratarse de un decreto compilatorio de normas reglamentarias preexistentes**, las mismas no requieren de consulta previa alguna, dado que las normas fuente cumplieron al momento de su expedición con las regulaciones vigentes sobre la materia. Que la tarea de compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario implica, en algunos casos, la simple actualización de la normativa compilada, para que se ajuste a la realidad institucional y a la normativa vigente, lo cual conlleva, en aspectos puntuales, el ejercicio formal de la facultad reglamentaria. **Que, en virtud de sus características propias, el contenido material de este decreto guarda correspondencia con el de los decretos compilados**; en consecuencia, no puede predicarse el decaimiento de las resoluciones, las circulares y demás actos administrativos expedidos por distintas autoridades administrativas con fundamento en las facultades derivadas de los decretos compilados>>.

9.- Estudiando la suspensión provisional de una norma compilada en un decreto único reglamentario, el Consejo de Estado, en auto de ponente, dijo lo siguiente:

<<2.3. El despacho observa que los artículos 6 y 7 del Decreto 1050 de 2014 fueron compilados en los artículos 2.5.4.1.2.1 y 2.5.4.1.2.2 del Decreto 1075 de 2015, **sin cambiar su redacción ni contenido normativo.**



2.4. La Corte Constitucional ha señalado⁶ que la facultad de compilación de normas consiste en agrupar o recopilar en un solo texto disposiciones jurídicas sobre un tema específico, sin variar en nada su naturaleza y contenido normativo, y puede ser ejercida por cualquier particular o entidad pública, o ser delegada en el ejecutivo con fundamento en las facultades de que trata el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política.

Tal significado coincide con el señalado por el Diccionario de la Real Academia Española⁷.

Síguese de allí que la compilación de normas tiene por único fin facilitar la consulta de las disposiciones agrupadas. Es decir, tiene una finalidad sistemática, en tanto no crea normas legales, sino que recoge las existentes sobre una misma materia.

Es, en otras palabras, una técnica normativa que busca facilitar la consulta de las reglas o enunciados normativos, pero no su extinción o cambio.

2.5. En ese orden de ideas, bien puede decirse que material y formalmente las normas demandadas no han sido derogadas, en la medida en que simplemente fueron compiladas, esto es, agrupadas o reunidas en un solo texto.

2.6. Por consiguiente, es procedente analizar la suspensión provisional de los artículos 6 y 7 del Decreto 1050 de 2014 –aportes demandados-, compilados en los artículos 2.5.4.1.2.1 y 2.5.4.1.2.2 del Decreto 1075 de 2015>>⁸.

10.- La Sala advierte que esa no es la única posición jurisprudencial sobre este asunto. La Subsección A ha indicado que la nulidad de una norma compilada en el decreto único reglamentario no cobijaba dicho decreto, en la medida en que hubo una derogatoria integral, así:

<<En relación con lo anterior, la Sala observa que si bien la finalidad del gobierno nacional fue agrupar en un solo cuerpo normativo la totalidad de las disposiciones que regulan el sector administrativo de planeación nacional, mediante el artículo 3.1.1. del Decreto 1082 de 2015 se procedió a la derogatoria de las disposiciones objeto de “*compilación*”¹, por lo que, el compendio o continente regulatorio varió y, por contera, el Decreto 1082 de 2015 vino a constituir una nueva disposición que supone la inexistencia actual del Decreto 1510 de 2013.

Ante la desaparición de la vida jurídica de las normas atacadas, debe indicar la Sala que ello no impide un pronunciamiento judicial sobre su validez, puesto que el mismo no está condicionado a su vigencia, lo cual se ajusta a la finalidad del medio de control previsto en el artículo 137 del CPACA, en tanto que, con ello, se pretende garantizar la incolumidad de la legalidad objetiva dentro del ordenamiento jurídico>>⁹.

11.- No se comparte la anterior posición porque el artículo 3.1.1. del Decreto 1082 de 2015, dispone textualmente :

<<**Artículo 3.1.1. Derogatoria Integral.** Este decreto regula íntegramente las materias contempladas en él. Por consiguiente, de conformidad con el art. 3 de la Ley 153 de

⁶C-582 de 2001 y C- 839 de 2008, entre otras.

⁷“**Compilar:** Allegar o reunir, en un solo cuerpo de obra, partes, extractos o materias de otros varios libros o documentos”. Página 523.

⁸Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 30 de junio de 2016, exp. 22069, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁹Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de abril de 2019, exp. 52055, C.P. María Adriana Marín.



1887, quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al Sector Administrativo de Planeación Nacional que versan sobre las mismas materias, con excepción, exclusivamente, de los siguientes asuntos:

- 1) No quedan cobijados por la derogatoria anterior los decretos relativos a la creación y conformación de comisiones intersectoriales, comisiones interinstitucionales, consejos, comités, sistemas administrativos y demás asuntos relacionados con la estructura, configuración y conformación de las entidades y organismos del sector administrativo.
- 2) Tampoco quedan cobijados por la derogatoria anterior los decretos que desarrollan leyes marco.
- 3) Igualmente, quedan excluidas de esta derogatoria las normas de naturaleza reglamentaria de este sector administrativo que, a la fecha de expedición del presente decreto, se encuentren suspendidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las cuales serán compiladas en este decreto, en caso de recuperar su eficacia jurídica.
- 4) Exceptúense de la derogatoria integral prevista en el presente artículo, los decretos 600 de 1996, 3176 de 2002, 4479 de 2009, 51 de 2012, así como los artículos 1 a 11 y 19 del Decreto 1399 de 2013 y los artículos 1 a 12 y 18 del Decreto 722 de 2015.

Los actos administrativos expedidos con fundamento en las disposiciones compiladas en el presente decreto mantendrán su vigencia y ejecutoriedad bajo el entendido de que sus fundamentos jurídicos permanecen en el presente decreto compilatorio>>.

12.- La norma anterior no deroga materialmente las disposiciones compiladas; tiene la finalidad de derogar aquellas que le sean contrarias y sacar tales disposiciones formalmente del ordenamiento jurídico, para que a partir del decreto compilador se entienda que es esta la norma vigente. Así, la advertencia que se hace en el último párrafo reitera que el contenido material de las normas compiladas sigue vigente en el decreto que las compila.

F.- La limitación de la potestad reglamentaria en la regulación del arbitraje

13.- De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, los decretos reglamentarios tienen como objeto adoptar las disposiciones necesarias para <<la cumplida ejecución de las leyes>>. Y en la materia específica del arbitramento el artículo 116 dispone que <<los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de (...) **árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley**>>.

14.- De acuerdo con lo anterior, la potestad reglamentaria del Gobierno nacional en este caso no está sujeta a la limitación general del numeral 11 del artículo 189 de la C.P. Está limitada específicamente por el artículo 116, de acuerdo con el cual es al legislador a quien le incumbe regular esta materia. No se trata de una de esas materias donde el legislador deja un margen amplio al reglamento, ni donde pueda considerarse que <<la competencia (del ejecutivo al ejercer la potestad reglamentaria) es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el



campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario>>¹⁰.

15.- Como puso de presente la demandante Mojica Ayala, la Corte Constitucional estudió un caso en el que se establecía (i) que se debía acudir al arbitraje técnico y (ii) que ese <<mecanismo>> sería reglamentado por el Ministerio de Protección Social. La inconstitucionalidad cobijó la totalidad de la norma con el siguiente argumento:

*<<La Corte advierte que el resto del inciso acusado guarda una relación estrecha con el punto analizado en la medida en que atribuye al reglamento la regulación del arbitramento técnico impuesto por la norma. De ahí que la demanda verse sobre todo el inciso y no sobre una parte de él. Además, **dejar abierta la posibilidad de que por vía del reglamento se regule el arbitramento técnico o cualquier otro mecanismo de resolución de conflictos constituye una amenaza para el principio de legalidad que rige esta materia**. Por lo tanto, la decisión de inexequibilidad comprenderá el inciso demandado en su integridad>>¹¹.*

16.- La reserva de ley, en general, es entendida actualmente por la doctrina como <<la exigencia de que las leyes adopten las decisiones esenciales en todas las materias en que intervienen los poderes públicos (...) y, además, que lo hagan incorporando un contenido normativo suficiente para predeterminar las decisiones de carácter aplicativo y concreto que adoptan los tribunales y la Administración Pública>>¹². Y en el caso de la reserva del artículo 116, que incorpora una reserva singular o particular, esa noción corresponde a una <<técnica constitucional que, al atribuir el poder legislativo la regulación de determinadas materias, impide que los reglamentos administrativos puedan decidir sobre las mismas>>¹³.

17.- En los casos de reserva de ley particular y expresa, como la del artículo 116 de la C.P., la doctrina reconoce que ella no es absoluta, porque siempre es necesaria una regulación concreta por el legislador y cuyo alcance depende de la manera como esté formulada y de los derechos que la C.P. haya considerado que deben ser regulados directamente por el legislador:

<<La relación ley-reglamento no se concibe, por tanto, en nuestra Constitución, mediante el acotamiento a la ley de algunas materias concretas, sino que, siendo la reserva universal, lo que corresponde al legislador es la formulación de lo básico o principal en cada materia, y a los reglamentos el desarrollo y la pormenorización. Hay, por tanto, una coincidencia en lo material en la actuación de la ley y el reglamento, pero con la diferencia sustancial de la función que una y otra norma cumplen, atendida la primera a la formulación de los principios esenciales y la segunda al desarrollo de regulaciones subordinadas o instrumentales (...).

¹⁰Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de marzo de 2020, M.P. Alberto Montaña Plata. Se cita <<Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, exp. 24.715.>>.

¹¹Corte Constitucional, sentencia C-035 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²Muñoz Machado, Santiago, tratado de derecho administrativo y derecho público general, T. VII El reglamento, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 37.

¹³Muñoz Machado, Santiago, tratado de derecho administrativo y derecho público general, T. VII El reglamento, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pp. 36 y 37.



Es muy importante destacar que, según la práctica universalmente aceptada, en nuestro caso tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, ni siquiera cuando las reservas son absolutas el legislador queda impedido de apelar al reglamento para que complete sus determinaciones. El problema es establecer la medida en que es legítima esta participación o concurrencia normativa. La cuestión no tiene, en nuestro criterio, una respuesta uniforme, porque depende de la concurrencia de muchos factores, entre los cuales pueden destacarse: la literalidad de las proposiciones o conceptos utilizados por la Constitución para definir la reserva; la medida en que la normativa que va a aprobarse afecta a la regulación de los derechos fundamentales; en el marco de estas regulaciones, si se trata de la ordenación de prestaciones a favor de los ciudadanos o restricciones de los derechos, en cuyo caso (legislación penal o sancionadora administrativa, por ejemplo) la reserva ha de entenderse de modo más estricto, sencillamente porque están en juego valores sobre los que se asienta el sistema constitucional entero; (...); también depende de que la regulación se dirija a personas que tienen establecidas relaciones especiales de sujeción con los poderes públicos; aunque la reserva de ley opera también en estos casos de ordinario, la jurisprudencia sigue admitiendo una cierta flexibilidad en sus aplicaciones; en fin, depende, y no en pequeña medida, de que los complementos que la ley solicita del reglamento sean de carácter técnico, de modo que haya que utilizar criterios derivados del estado actual de la ciencia o el empleo de conocimientos que tiene a su alcance de un modo más simple la Administración (...).

La clasificación de las reservas en absolutas y relativas ha sido utilizada por la doctrina y por la jurisprudencia para distinguir entre aquellos casos en los que la Constitución impone al legislador una regulación más completa de la materia reservada, y aquellos otros en los que la Constitución se conforma con que la ley establezca las líneas o reglas generales, pudiendo remitirse a disposiciones reglamentarias para que la completen. Es bastante habitual que la reserva absoluta y relativa se distingan según los conceptos que utiliza la Constitución para hacer encomiendas a la ley. Se suele entender que la reserva es absoluta cuando emplea expresiones como «sólo por ley» (la usa el artículo 53.1), o «la ley regulará», «establecerá», «determinará», o, más simple y firmemente, «por ley». Los signos de la reserva relativa vendrían dados por la utilización de enunciados como «de acuerdo con la ley», «con arreglo a la ley», «en los términos que la ley establece», «de conformidad con lo dispuesto en las leyes», etc (79)>>¹⁴.

17.1.- Las anteriores consideraciones tienen plena aplicación en Colombia y con base en ellas es claro que, según el artículo 116 de la C.P., la regulación del arbitraje tiene reserva legal: es la ley la que debe establecer los términos concretos en los que los particulares pueden ser habilitados para ejercer jurisdicción. Y ello incluye la regulación del arbitraje en los contratos de adhesión.

G.- La violación de la potestad reglamentaria al expedir las normas demandadas

18.- Las disposiciones demandadas (los artículos 80 y 81) formaban parte del Capítulo XI del Decreto 1829 de 2013 sobre pacto arbitral en contratos de adhesión. Y ahora se encuentran en la Sección 10 (Pacto Arbitral en Contratos de Adhesión) del Capítulo 2 (Centros de Conciliación y Arbitraje) del Título 4 (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos) de la Parte 2 (Reglamentaciones) del Libro 2 (Régimen Reglamentario del Sector Justicia) del Decreto 1069 de 2015. El texto de las normas demandadas es el siguiente:

¹⁴Muñoz Machado, Santiago, tratado de derecho administrativo y derecho público general, T. VII El reglamento, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 74, 79 y 80.



<<ARTÍCULO 80. OPCIÓN DE PACTO ARBITRAL. **En todo contrato, y en particular, en el de adhesión o contenido predispuesto, se podrá incluir el pacto arbitral como cláusula de opción en los términos del artículo 23 de la Ley 51 de 1918.** La estipulación debe ser clara, precisa e informarse explícitamente al celebrarse el contrato. **La parte** a cuyo favor se concede la opción de pacto arbitral, podrá aceptarla o rechazarla, y hacerla efectiva con la presentación de la solicitud ante el Centro de Arbitraje para resolver las controversias que se deriven de dicho contrato. La aceptación será expresa, libre, espontánea y en ningún caso impuesta ni se presume por la celebración del negocio jurídico. **La falta de aceptación al instante de celebrar el contrato,** deja sin valor ni efecto la oferta de pacto arbitral. Salvo estipulación expresa en contrario, el término de vigencia de la opción es de un (1) año, contabilizado a partir de la celebración del contrato.

ARTÍCULO 81. Para el efecto mencionado la oferta de negocio jurídico, cláusula compromisoria, podrá incluir las siguientes condiciones:

1. Materia arbitrable: todas las diferencias que surjan con referencia a la relación de consumo, en cualquiera de sus fases y/o aspectos, originada en el negocio jurídico de adquisición de los bienes o prestación de servicios.
2. Árbitro y decisión: un (1) árbitro designado por el Centro, quien resolverá en derecho.
3. Sede: un Centro de Arbitraje y Conciliación del lugar del domicilio del consumidor, autorizado para el efecto por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

4. Plazo para emitir el fallo: el tribunal arbitral deberá decidir el conflicto en un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la contestación de la solicitud de arbitraje o de la audiencia de pruebas, en su caso.

5. Trámite: a) Presentación de la demanda; b) Designación del árbitro por el Centro, para lo cual tendrá un (1) día hábil, a partir de recibir la demanda; c) Contestación de la demanda: dos (2) días hábiles a partir de recibir la demanda de parte del Centro; d) Si fuere necesario presentar pruebas, se remitirán junto con la demanda o contestación. A solicitud de parte se podrá llevar una audiencia virtual, dentro de los tres (3) días siguientes a la contestación, para presentar nuevas pruebas; e) Decisión: cinco (5) días hábiles a partir del recibo de la contestación o de la audiencia de pruebas, en su caso; f) El tribunal no tendrá secretario. No habrá lugar a conciliación ni a audiencia de alegatos; g) El árbitro que, conforme a las reglas del deber de información tenga alguna circunstancia para manifestar, deberá abstenerse de aceptar el encargo, caso en el cual el mismo día de la designación así lo manifestará y será reemplazado por el Centro al día siguiente; h) Para la demanda, la contestación y el laudo, se utilizarán los formatos que el Centro deberá tener a disposición de los usuarios del sistema, en la respectiva página web; i) El trámite se adelantará por vía virtual.

6. Costo: el valor del trámite se ceñirá a las tarifas del Centro, aprobadas por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

7. Direcciones de las partes: indicación de la dirección electrónica del domicilio del comerciante o empresario y del consumidor. El destinatario de la oferta de pacto arbitral, podrá o no aceptarla, caso este último en que deberá hacerlo de manera expresa. La no aceptación al momento de celebrar el negocio jurídico, deja sin valor ni efecto de la oferta de pacto arbitral>>.

19.- En nuestra legislación no existe una regulación específica del arbitramento en contratos de adhesión. Las entidades demandadas en el presente proceso afirmaron que esta regulación se encuentra en el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, en el artículo 23 de Ley 51 de 1918 y en los artículos 1º y 118 de la Ley 1563 de 2013; sin embargo, ello no es cierto.



19.1.- El artículo 13 de la Ley 270 de 1996 reproduce la norma constitucional: reitera que los árbitros pueden ejercer la función jurisdiccional <<en los términos que señale la ley>>. Así, esta norma no consagra una regulación del arbitraje de contratos de adhesión.

19.2.- El artículo 23 de la Ley 51 de 1918 consagra un contrato preliminar: la opción¹⁵. Esa norma, sin embargo, no indica nada sobre el arbitramento en contratos de adhesión, pues simplemente señala lo siguiente:

<<Artículo 23. La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición, será ineficaz.

La Condición se tendrá, por fallida si tarda más de un año en cumplirse.

Las partes pueden ampliar o restringir este plazo>>.

19.3.- La Ley 1563 de 2013 tampoco *regula* el arbitraje en contratos de adhesión. Al respecto, el artículo 1º no indica nada sobre cómo procede en contratos de adhesión:

- El inciso primero lo consagra como un mecanismo de solución de controversias en <<asuntos de libre disposición **o aquellos que la ley autorice**>>, como debería ocurrir en los contratos de adhesión en los cuales la autonomía de la voluntad se encuentra restringida.
- El inciso segundo establece las reglas y principios que rigen al arbitraje.
- El inciso tercero indica que el <<laudo es la sentencia>> de los paneles arbitrales. Y que esa decisión puede ser en derecho, equidad o técnica.
- El inciso cuarto *regula* cómo procede el arbitramento en materia de contratos estatales.

19.4.- Finalmente, el artículo 118 tampoco contiene una regulación sobre el arbitraje en contratos de adhesión. Esta norma derogó el numeral 12 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, que indicaba que serían ineficaces de pleno derecho las cláusulas que <<[o]bliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral>>.

20.- La doctrina ha interpretado que esa derogatoria justamente permitió que se pactara el arbitraje en relaciones de consumo, sin perjuicio de que la cláusula pueda ser abusiva. En efecto, la derogatoria <<implica que los pactos arbitrales en las relaciones de consumo no están prohibidos por sí mismos>>¹⁶. En ese mismo sentido, cuando se introdujo la derogatoria en el debate legislativo, la ponencia estableció que <<se considera pertinente derogar la mencionada disposición toda vez que el arbitraje

¹⁵Rengifo Gardeazábal, Mauricio. La formación del contrato. Bogotá: Temis y Universidad de los Andes, 2016, pp. 406 y ss.

¹⁶Cárdenas, Juan Pablo. Módulo de Arbitraje Nacional e Internacional. Colombia: Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019, p. 54.



puede constituir una importante herramienta para la solución de los conflictos entre los consumidores, vendedores y productores, más aún cuando se van a habilitar a nivel legal jornadas de arbitraje social o en la reforma constitucional a la justicia se pretende llevar a la Carta Política el arbitraje obligatorio>>¹⁷.

21.- La derogatoria de la prohibición de incluir la cláusula arbitral en el contrato de adhesión no significa su regulación legal: es claro que a partir de tal derogatoria el legislador puede regular tal estipulación sin contradecir otra disposición legal. En otros términos, la eliminación de la prohibición no constituye una regulación sobre la materia abordada en la norma reglamentaria demandada. La ley no dispuso que las partes en tales contratos puedan pactar libremente la cláusula arbitral, y menos que puedan pactarlo en los términos en que se indique en un decreto reglamentario.

22.- Puede considerarse que, al estar regido nuestro ordenamiento por el principio de la autonomía de la voluntad las partes, las partes tienen la potestad de estipular en sus contratos todas las cláusulas que no hayan sido prohibidas por la ley. Dicho principio, sin embargo, no tiene plena aplicación en los contratos de adhesión, en los cuales el <<consumidor>> tiene limitada su libertad contractual por dos aspectos:

22.1.- De una parte, porque se trata de contratos que, por regla general, satisfacen requerimientos básicos del consumidor, por lo que este tiene la necesidad imperativa de celebrarlos; esto no ocurre del lado del proveedor del bien o servicio y pone al primero en condiciones de desigualdad.

22.2.- De otra parte, porque se trata de contratos predispuestos por el proveedor, en los cuales el consumidor solo tiene la opción de celebrarlo o no celebrarlo, sin que tenga la posibilidad de discutir sus condiciones. La doctrina reconoce claramente que los contratos de adhesión son un escenario donde la autonomía de la voluntad está <<recortada>>, entre otros motivos, <<porque su propia naturaleza impide que el adherente participe en una verdadera negociación y llegue a dar su consentimiento como fruto de un intercambio de ofertas y aceptaciones parciales hasta llegar al acuerdo pleno>>¹⁸. En el mismo sentido, el profesor Carbonnier explica lo siguiente:

<<El contraste con el sistema del libre debate precontractual, alcanza su atentado más alto con los contratos de adhesión, que nuestra civilización de masas ha vuelto muy frecuente (...) El contrato de adhesión no es rigurosamente definible pero tiene características que se encuentran habitualmente en él : (i) la superioridad económica de uno de los contratante que lo pone – de hecho – en medida de imponerle las condiciones al otro; (ii) el carácter unilateral de las cláusulas preparadas con cuidado por una de las partes, las cuales están concebidas en su interés exclusivo (iii) su invariabilidad, porque es un todo a tomar o a dejar (la parte más que consentir, adhiere). La jurisprudencia ha declarado el contrato de adhesión obligatorio para los dos contratantes, en los mismos términos que el contrato ordinario y la sola condición que impone está dirigido a que la parte tenga conocimiento del contenido de su obligación. El legislador ha intervenido para prohibir en los contratos de adhesión, ciertas cláusulas

¹⁷Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 108 del 27 de marzo de 2012, p. 16.

¹⁸Suescún Melo, Jorge. Derecho Privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, Tomo II. Bogotá: Universidad de los Andes y LEGIS, 2003, p. 8.



abusivas, bien sea de manera particular en determinados contratos, o de manera general en el sistema de protección al consumidor>>¹⁹.

23.- Esa afectación o limitación de la libre voluntad del consumidor evidencia la necesidad de que sea el legislador —a quien le corresponde establecer los términos en que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia— quien determine las condiciones bajo las cuales puede pactarse tal estipulación.

23.1.- Si el derecho de las partes a acceder a la jurisdicción ordinaria del Estado puede verse limitado cuando han acordado acudir al arbitramento, y para celebrar este tipo de acuerdos la voluntad de una de las partes está afectada por las circunstancias anteriores, es necesario que la ley se ocupe de regular esta modalidad de arbitraje. La excepcionalidad del ejercicio de la jurisdicción por parte de los árbitros es lo que hace que el legislador disponga que el mismo se encuentre regulado en la ley.

24.- Lo anterior no significa que todo lo atinente al arbitraje deba regularse por la ley. Lo que significa es que es a la ley a la que le corresponde establecer una regulación concreta y específica sobre la materia, lo que implica que defina las disposiciones relativas a su establecimiento, a las clases de arbitraje, a la definición y efectos del pacto arbitral y a la forma como el mismo debe estipularse. Así como el legislador reguló estos aspectos en la ley 1563 de 2012, también debe regular el arbitraje en los contratos de adhesión celebrados por los consumidores.

25.- Los aspectos relativos a la forma como puede pactarse la cláusula arbitral en un contrato predispuesto, la parte (proveedor o consumidor) a la que se le otorga <<*derecho de opción*>>, el momento en el que tal opción puede ejercerse (la celebración del contrato o el momento en el que se presenta o contesta la demanda), la escogencia y remuneración de los árbitros, son fundamentales para determinar si los derechos del consumidor resultan adecuadamente protegidos; y tales aspectos deben estar previstos por el legislador.

26.- Adicionalmente, la regulación de la cláusula arbitral en los contratos de adhesión es un aspecto que reviste especial importancia de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. En efecto, la Corte Constitucional ha indicado que, en ese supuesto, el legislador debe adoptar una *regulación* que proteja a la parte débil so pena de desconocer la Constitución, así:

<<En primer lugar, debe resaltarse que en la aludida materia operan los **contratos por adhesión, en los cuales el acreedor impone las condiciones del acuerdo contractual**, mientras que el deudor **-parte débil** de la relación- limita su papel a la aceptación de las reglas previamente establecidas por el primero.

Es indiscutible que quien pide el préstamo para la adquisición de vivienda se ve sometido a las imposiciones contractuales de las entidades financieras. (...) "solamente por solicitud expresa del deudor podrá pactarse el procedimiento de arbitramento" **resulta ser una inocua garantía** para evitar que **éste se vea**

¹⁹Carbonnier, Jean, Droit des obligations, Themis 1986, p. 70.



presionado y obligado a suscribir una cláusula compromisoria, si se tiene en cuenta la frágil posición que él ocupa en la relación convencional.

En efecto, muy fácilmente, bajo la modalidad de formatos preimpresos, quien pide el préstamo se ve abocado a suscribir la cláusula compromisoria por temor a que no se le otorgue el préstamo, y así la parte más fuerte de la relación contractual termina imponiendo su exclusiva voluntad, aunque pueda en apariencia presentarse una realidad distinta.

Y después, en los términos de la normatividad impugnada, la institución financiera -que en principio sufraga los honorarios de los árbitros- los escoge, o los impone.

De la **normatividad demandada no surge directamente la regla aplicable a la forma en que han de ser escogidos los árbitros, y por tanto ello resultaría de la manera en que se redacte la cláusula contractual respectiva**, la cual, incluida en un contrato por adhesión, deja de nuevo indefenso, también en ese punto, al usuario.

Aunque las anteriores afirmaciones serían suficientes para declarar la inexecutable de las normas en referencia, en todo caso es importante anotar que, en relación con el artículo 36 de la Ley objeto de análisis, también resulta ostensiblemente inconstitucional que una de las partes tenga la efectiva capacidad de sustraer de manera absoluta esta clase de procesos del normal conocimiento de la justicia ordinaria. El artículo 116 de la Constitución, al prever la posibilidad del arbitramento, lo contempla como extraordinario, puesto que, además de hacerlo transitorio, exige la "habilitación" por las partes, lo que significa que, por definición, debe ser convenido, no impuesto. Y, con base en el principio que obliga al juez -con mayor razón al de constitucionalidad- a velar por la prevalencia del Derecho sustancial (art. 228 C.P.), esta Corte no puede pasar inadvertida la circunstancia del desequilibrio efectivo entre los contratantes en los préstamos hipotecarios, ni la falta de reglas claras en la normatividad objeto de examen, que permitieran llegar a genuinos y reales acuerdos en un plano de igualdad.

Debe advertir la Corte que lo dicho no implica la condena de los pactos arbitrales **per se**, pues tales cláusulas y los tribunales de arbitramento, como mecanismos alternativos de solución de conflictos, constituyen valioso instrumento para alcanzar el orden y la paz sociales, siempre y cuando se cumpla con la indispensable condición de efectividad **consistente en que las partes en controversia tengan plena libertad para decidir acerca de si acuden o no a ese medio, y nunca porque así lo imponga la parte más fuerte**, porque entonces dicha figura pierde su razón de ser, resulta distorsionada su finalidad, y a la postre se convierte en motivo adicional de querrela social, pues es muy probable que la parte que se ha visto obligada a acudir a la justicia arbitral -por fuerza de las aludidas circunstancias de debilidad- desconozca su legitimidad. (...)>>²⁰.

H.- Costas

27.- Teniendo en cuenta que se ventiló un interés público, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA.

III. DECISIÓN

²⁰Corte Constitucional, sentencia C-1140 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández.



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRASE la 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.

SEGUNDO.- NO SE CONDENA en costas.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen para su cumplimiento, una vez ejecutoriada esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente
Con salvamento de voto

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado