

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011 -parcial-.

Franklin J. Moreno Millán <fmorenomillan@gmail.com>

Sáb 13/11/2021 17:16

Para: Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

Bogotá, D.C, noviembre de 2021.

Señor

ANTONIO JOSE LIZARAZO OCAMPO

Presidente

Corte Constitucional

E. S. D.

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011 -parcial-.

FRANKLIN JOHAN MORENO MILLAN, ciudadano, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 94517696 de Cali, en ejercicio de lo previsto en el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política de 1991, presento ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD contra el artículo 148 -parcial- de la Ley 1437 de 2011.

De esta demanda, se está corriendo traslado en este correo a la Procuraduría General de la Nación.

Del Señor Presidente de la Corte Constitucional,

Atentamente,

**FRANKLIN JOHAN MORENO MILLÁN**

C.C. 94517696

TP 120876 del C.S. de la Jud.

c.c. procesosjudiciales@procuraduria.gov.coLibre de virus. www.avast.com

Bogotá, D.C, noviembre de 2021.

Señor
ANTONIO JOSE LIZARAZO OCAMPO
 Presidente
 Corte Constitucional
 E. S. D.

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011 -parcial-.

FRANKLIN JOHAN MORENO MILLAN, ciudadano, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 94517696 de Cali, en ejercicio de lo previsto en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política de 1991, presento ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD contra el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, según se detalla a continuación.

DISPOSICION DEMANDADA

Se demanda la palabra “*el juez*”, prevista en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, el cuales se transcribe a continuación:

*“En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, **el juez** podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.*

La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte”. (Negrilla fuera de texto. Se resalta en negrilla la parte que se demanda).

A continuación, se presentan las disposiciones que se consideran infringidas.

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS

Se considera que la disposición demandada quebranta los artículos 13, 116 y 229 de la Constitución Política de 1991, los cuales se transcriben a continuación:

ARTICULO 13. *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

ARTICULO 116. *La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.*

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

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”.

ARTÍCULO 229. *Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.*

A continuación, se presentan las razones de inconstitucionalidad.

RAZONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

Razones de inconstitucionalidad respecto del artículo 13 de la Constitución Política.

Se considera que, en el presente caso, se presenta una violación al derecho a la igualdad, específicamente, por la existencia de una inconstitucionalidad por omisión.

Según la Corte Constitucional, sentencia C-460 de 2011, cuando se acuse un cargo de omisión legislativa relativa, el actor debe hacer referencia a los elementos que configuran dicha omisión:

“(i) la existencia de una norma respecto de la cual se predique el cargo, en particular, esta Corporación ha precisado que el cargo debe referirse a un contenido normativo existente; (ii) la exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma acusada de casos asimilables a los previstos en ella, o la no inclusión de un ingrediente o condición indispensable para la armonización de su enunciado normativo con los mandatos de la Carta; (iii) la ausencia de una razón suficiente para tal exclusión; (iv) la creación de una situación de desigualdad negativa respecto de los grupos excluidos de la regulación o la violación alguno de sus derechos fundamentales; y (v) la existencia de un mandato constitucional específico que obligue al Legislador a contemplar los casos o ingredientes excluidos; la Corte ha precisado que sin deber no puede haber omisión.”.

A continuación, se hará el ejercicio de cumplir con los requisitos señalados por la Corte Constitucional.

En primer lugar, *“el cargo debe referirse a un contenido normativo existente”.*

La demanda se dirige contra el artículo 148 -parcial- de la Ley 1437 de 2011. No se trata de una omisión legislativa absoluta, la cual no tiene control constitucional, sino de una omisión legislativa relativa.

En segundo lugar, *“la exclusión de las consecuencias jurídicas de la norma acusada de casos asimilables a los previstos en ella, o la no inclusión de un ingrediente o condición indispensable para la armonización de su enunciado normativo con los mandatos de la Carta”.*

Un breve análisis al artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, demostrará que este excluye *“de las consecuencias jurídicas de la norma acusada de casos asimilables a los previstos en ella”.* La razón de esta afirmación es la siguiente:

Conforme al artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, cuando un juez administrativo, en un proceso contencioso administrativo, encuentre que, un acto administrativo es contrario a norma jurídica superior, puede hacer uso de la excepción de ilegalidad. Sin embargo, cuando un árbitro, en ejercicio de función jurisdiccional, encuentre que un acto administrativo es contrario a norma jurídica superior, siendo la Administración Pública una de las partes, no puede hacer uso de la excepción de ilegalidad.

Son dos las razones que acuden en auxilio de esta afirmación: por un lado, el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, es expreso al utilizar un concepto orgánico, “juez”, para restringir la competencia frente a la excepción de ilegalidad. Segundo, conforme a los artículos 6, 122 y 123 de la Constitución Política, los servidores públicos únicamente pueden hacer aquello que les esté expresamente permitido, no estando expresamente permitida esta competencia para los árbitros.

Esto significa, indiscutiblemente, la existencia de una exclusión de la posibilidad de que los árbitros, a pesar de ser transitoriamente jueces de la Administración Pública, puedan hacer uso de la excepción de ilegalidad del acto administrativo.

En tercer lugar, “*la ausencia de una razón suficiente para tal exclusión;*”.

En este caso, existe una equivalencia entre el árbitro, en controversias de derecho administrativo y el juez administrativo. Asimismo, existe una equivalencia entre el proceso arbitral, en controversias de derecho administrativo y el proceso contencioso administrativo. La doctrina ya ha abordado esta cuestión, razón por la cual, al compartir sus argumentos, se traerán in extenso:

“Si, conforme a la legislación colombiana, los árbitros están habilitados para declarar la nulidad absoluta de un contrato, de la cláusula compromisoria, de los actos administrativos, se reitera, con excepción de los actos que contienen cláusulas exorbitantes, nada impediría que, en lugar de declarar la nulidad de un acto administrativo ordenara simplemente su inaplicación.

En conclusión, siendo el arbitraje de naturaleza jurisdiccional, goza el árbitro de las mismas potestades declarativas que el juez contencioso administrativo, incluyendo la excepción de ilegalidad del acto administrativo, pese a que la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana diga lo contrario, y en ausencia de una postura por parte del Consejo de Estado, juez natural de la Administración. Esta afirmación se deriva de lo siguiente:

Primero, en el caso colombiano, el arbitraje goza de naturaleza jurisdiccional. Ello se deriva de la habilitación prevista en el artículo 116 de la Constitución Política, en el cual se dice que, los particulares, en su condición de árbitros, administran justicia, con lo cual, se les reconoce la categoría de jueces. Si son jueces, gozan, en principio, de las mismas potestades y obligaciones reconocidas a los jueces, por ejemplo, el respeto por el principio de validez sobre el cual se asienta el sistema jurídico

Segundo, de la naturaleza misma del arbitraje como mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos, donde las partes delegan en un tercero, con autonomía, la solución de la controversia, es decir, de contar con la misma naturaleza del proceso judicial estatal.

Tercero, de la posibilidad de que los árbitros resuelvan conflictos donde una de las partes, o ambas, es la Administración Pública, tanto en sentido orgánico como funcional. En este evento, el árbitro se convierte en el juez de la Administración Pública, con la posibilidad de proferir las mismas órdenes que se dictarían en el proceso que se lleve a cabo ante la jurisdicción estatal.

Cuarto, del hecho de que el conflicto que se lleva a la jurisdicción arbitral, es el mismo que se llevaría a la jurisdicción estatal. En el caso colombiano, la Ley 1437 de 2011, señala los asuntos que son de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, para lo cual parte de criterios orgánicos -la naturaleza de la entidad involucrada- y funcionales -la actividad realizada. La misma controversia que se resolvería en la jurisdicción contencioso-administrativa, es la que se lleva ante la jurisdicción arbitral.

Quinto, de la sumisión del árbitro, como juez, a las fuentes del derecho, lo que genera la obligación de aplicar, en la solución del conflicto, las mismas reglas jurídicas que aplicaría el juez estatal. Esto tiene tres consecuencias en el caso colombiano: Primero, que debe ser un arbitraje en derecho, no siendo posible un arbitraje en equidad; segundo, que el derecho aplicable al fondo de la controversia, es el mismo previsto en el sistema jurídico de forma general; tercero, que las reglas del trámite arbitral son

las previstas en la ley, no admitiéndose un arbitraje ad-hoc. Así las cosas, es un verdadero arbitraje de Derecho administrativo.

Sexto, a pesar de que la Corte Constitucional señaló que se trata de una competencia exclusiva del juez contencioso-administrativo, se trata de una cosa juzgada relativa, por cuanto, en ningún momento, se abordó la cuestión precisa de la equivalencia entre el proceso que se lleva a cabo ante el juez contencioso-administrativo y el arbitraje de Derecho administrativo. Muy al contrario, si el árbitro, en asuntos de Derecho administrativo, es equivalente a un juez de lo contencioso-administrativo, goza de las mismas facultades, entre ellas, el uso de la excepción de ilegalidad del acto administrativo.

Séptimo, en el caso colombiano, los árbitros, gozan de competencia para ejercer control de legalidad pleno, mediante la declaratoria de nulidad de cláusulas contractuales y de actos administrativos diferentes de aquellos que incorporan poderes exorbitantes. Si le está permitido declarar su nulidad, control pleno, lógicamente le está permitido declarar su inaplicación, control de excepción.”¹.

Conforme a lo anterior, existiendo una equivalencia entre el proceso arbitral y el proceso judicial, entre el árbitro y el juez administrativo, no existe razón suficiente para excluir a los árbitros de la competencia para hacer uso de la excepción de ilegalidad del acto administrativo.

En cuarto lugar, “*la creación de una situación de desigualdad negativa respecto de los grupos excluidos de la regulación o la violación alguno de sus derechos fundamentales*”.

El siguiente cuadro mostrará la desigualdad negativa que genera la norma demandada:

Personas que requieren del uso de la excepción de ilegalidad del acto administrativo en el proceso contencioso administrativo.	Personas que requieren del uso de la excepción de ilegalidad del acto administrativo en el proceso arbitral.
<i>Conforme al artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, su proceso SÍ admite el uso de la excepción de ilegalidad del acto administrativo y sus pretensiones, si partían de este supuesto, podrán ser reconocidas.</i>	<i>Conforme al artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, su proceso NO admite el uso de la excepción de ilegalidad del acto administrativo y sus pretensiones, si partían de este supuesto, NO podrán ser reconocidas.</i>

En el presente caso, se permite que las personas que llevan su conflicto a la jurisdicción estatal, entiéndase juez administrativo, proceso contencioso administrativo, sean sujetos, de oficio o a petición de parte, de la excepción de ilegalidad del acto administrativo. En los eventos donde la declaratoria de esta excepción, constituye un presupuesto lógico para el reconocimiento de sus pretensiones, y si se dan los demás supuestos materiales de la acción, las pretensiones podrán ser reconocidas. Al contrario, en el proceso arbitral, donde se discutan iguales pretensiones, ante la imposibilidad de que el árbitro haga uso de la excepción, y siendo el uso de la excepción un presupuesto lógico para el reconocimiento de las pretensiones, dicha posibilidad estará descartada.

Conforme al artículo 13 de la Constitución Política, todos son iguales ante la ley. Siendo ello así, todos tienen la misma posibilidad de acudir a la administración de justicia para pedir la protección de sus derechos.

En este caso, la ley crea un trato discriminatorio entre quienes concurren a la jurisdicción estatal -*juez administrativo, proceso contencioso administrativo*- y quienes concurren a la

¹ MORENO MILLAN, Franklin. El arbitraje en derecho administrativo y la excepción de ilegalidad en Colombia. En: *Revista General de Derecho Público Comparado* 25 (2019), Madrid. Disponible en <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/25909>

jurisdicción arbitral, ya que se les impide a estos últimos la posibilidad de hacer uso de la excepción de ilegalidad, aun cuando se encuentran en ejercicio de funciones jurisdiccionales.

En quinto lugar, *“la existencia de un mandato constitucional específico que obligue al Legislador a contemplar los casos o ingredientes excluidos; la Corte ha precisado que sin deber no puede haber omisión”*.

Según el artículo 2º de la Constitución Política, *“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”*.

Según el artículo 13 de la Constitución Política, *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, ...”*.

Según el artículo 29 de la Constitución Política, *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*.

Según el artículo 229 de la Constitución Política, *“Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”*.

En virtud de lo anterior, todas las personas residentes en Colombia tienen el derecho de acudir a la Administración de Justicia, permanente o transitoria, para recibir una decisión de fondo, y para el uso de las herramientas que el sistema jurídico disponga para emitir una decisión de fondo, sin más limitaciones que provengan del sistema jurídico o de la naturaleza misma de las instituciones.

No existiendo una razón expresa del sistema jurídico, o de la naturaleza de las instituciones, *-ni del arbitraje, ni del acto administrativo, ni del control de validez-*, para impedir que los árbitros hagan uso de la excepción de ilegalidad del acto administrativo, tal prohibición atenta contra mandatos imperativos de la Constitución Política.

Razones de inconstitucionalidad respecto del artículo 116 de la Constitución Política.

Naturaleza judicial del arbitraje. El arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional. Las razones que sustentan esta afirmación han sido resumidas en los siguientes términos²:

Primero, la función de resolver los conflictos -función judicial- que se presentan al interior de la sociedad es, junto con las funciones legislativa y ejecutiva, una de las tres funciones clásicas del poder público.

Segundo, el arbitraje es función judicial, transitoria, voluntaria, autorizada por el Constituyente o el Legislador. El hecho de que sea transitoria, no enerva su naturaleza como función judicial.

Tercero, a pesar que el arbitraje parte del pacto arbitral, es el sistema jurídico el que acepta y regula el arbitraje. No pueden las partes arrogarse una competencia que no les pertenece ni otorgar aquello de lo que no son titulares. El ejercicio de la jurisdicción es una competencia exclusiva del poder público y es éste el único que la puede otorgar.

² MORENO MILLAN, Franklin. *ALCANCES DEL ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO. ANÁLISIS COMPARATIVO COLOMBIA Y ESPAÑA*. Tesis doctoral. Universidad Rey Juan Carlos (España). 2020. Disponible en: <https://burjcdigital.urjc.es/bitstream/handle/10115/17573/TESIS%20FRANKLIN%20JOHAN%20MORENO%20MILLAN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Cuarto, los laudos arbitrales son providencias de naturaleza judicial. Se emiten como resultado de un proceso. Hacen tránsito a cosa juzgada. Tienen carácter vinculante.

Quinto, una vez los árbitros han sido investidos de jurisdicción, ejercen su función con total independencia, sin sujeción a las partes, más allá de lo que corresponde al principio de congruencia.

Todas estas razones aplican al caso colombiano donde, por disposición del artículo 116 de la Constitución Política y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se le reconoce naturaleza jurisdiccional al arbitraje. Al respecto, se ha dicho que:

“Es decir, la propia Constitución habilita expresamente a los particulares a ejercer transitoriamente la función pública de administrar justicia, como en el arbitraje. Inclusive, la Corte Constitucional (Sentencia SU-174/2007, de 14 de marzo), en una amplia jurisprudencia, ha reconocido el carácter jurisdiccional de esta actividad en el sistema jurídico colombiano”³.

En consecuencia, si el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional; si en el arbitraje de derecho administrativo, existe una equivalencia entre el árbitro y el juez administrativo, así como entre el proceso arbitral y el proceso contencioso administrativo; si no existe, en la Constitución Política, una disposición que consagre una limitante para que en el arbitraje se haga uso de la excepción de ilegalidad del acto administrativo; si no existe, desde la naturaleza misma de las instituciones -arbitraje, acto administrativo y control de validez-, una razón cierta para impedir que en el arbitraje se haga uso de la excepción de ilegalidad del acto administrativo, se concluye que, se debe reconocer la posibilidad constitucional de que en los procesos arbitrales donde sea parte la Administración Pública, el árbitro haga uso de la excepción de ilegalidad del acto administrativo, salvo aquellos que incorporan cláusulas exorbitantes.

Razones de inconstitucionalidad respecto del artículo 229 de la Constitución Política.

Se considera que la disposición demandada desconoce el artículo 229 de la Constitución Política, contenido del derecho fundamental de acceso a la justicia, por lo siguiente:

Según el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011,

*“En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, **el juez** podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.*

La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte”. (Negrilla fuera de texto).

Quiere ello decir que, en el supuesto contenido en la disposición demandada, está excluido de la competencia arbitral, la posibilidad de que ellos hagan uso de la excepción de ilegalidad de los actos administrativos, cuando ello sea presupuesto lógico para el reconocimiento de las pretensiones.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho de acceso a la administración de justicia, consiste en *“la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y*

³ Moreno Millán, F. (2020). Arbitraje de derecho administrativo y fuerza vinculante del precedente constitucional en Colombia. *Revista De Derecho*, (53), 159–182. Recuperado a partir de <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/12027>

*tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, (...)*⁴.

Precisamente, una de las garantías que componen el núcleo esencial del derecho de acceso a la administración de justicia, es *“El derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales –acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos”*⁵.

Si, de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, *“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”*, es decir, salvo situaciones que involucren asuntos no disponibles, como en el caso de los actos administrativos que incorporan cláusulas exorbitantes, los árbitros gozan de jurisdicción; y si conforme al artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, *el juez*, enténdase únicamente *el juez* puede hacer uso de la excepción de ilegalidad, quiere decir que, en los litigios que involucren a una entidad del Estado y que no se lleven a la jurisdicción estatal sino a la jurisdicción arbitral, no se podrá hacer uso de la excepción de ilegalidad, es decir, no habrá, en el caso concreto, *“una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales –acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos”*⁶.

Si no se permite que, en los litigios que involucren a una entidad del Estado y que no se lleven a la jurisdicción estatal sino a la jurisdicción arbitral, se haga uso de la excepción de ilegalidad, sin lugar a dudas se está ante una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, por cuanto no existe posibilidad de *“acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, (...)*⁷.

Esto no es una mera invención. Se reitera, conforme al artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, únicamente el juez, en el sentido orgánico de la expresión, puede hacer uso de la excepción de ilegalidad de los actos administrativos, posición igualmente asumida por la Corte Constitucional⁸ y el Consejo de Estado⁹.

La disposición demandada quebranta el artículo 229 de la Constitución Política según el siguiente silogismo:

Primero, una de las garantías del núcleo esencial del derecho de acceso a la administración de justicia, es la posibilidad de acudir ante la jurisdicción para cuestionar las decisiones de las autoridades en procura de *“la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, (...)*¹⁰.

⁴ Corte Constitucional. sentencia C-1083 de 2005. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencia C-279 de 2013.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-279 de 2013. En el mismo sentido, véase también Corte Constitucional, sentencia T-240 de 2002; sentencia C-426 de 2002; sentencia C-662 de 2004; sentencia C-1177 de 2005, entre otras.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-279 de 2013. En el mismo sentido, véase también Corte Constitucional, sentencia T-240 de 2002; sentencia C-426 de 2002; sentencia C-662 de 2004; sentencia C-1177 de 2005, entre otras.

⁷ Corte Constitucional. sentencia C-1083 de 2005. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencia C-279 de 2013.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ. Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020). Radicación número: 25000-23-36-000-2019-00104-01(ACU). Actor: EQUION ENERGÍA LIMITED. Demandado: AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS ANH

¹⁰ Corte Constitucional. sentencia C-1083 de 2005. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencia C-279 de 2013.

Segundo, en el caso de litigios que involucren a una entidad del Estado y que no se lleven a la jurisdicción estatal sino a la jurisdicción arbitral, no se puede hacer uso de la excepción de ilegalidad, así ellas sean presupuesto lógico para resolver de fondo las reclamaciones.

Conclusión, el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011 vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia, contenido en el artículo 229 de la Constitución Política de 1991, porque cierra toda posibilidad de que los árbitros hagan uso de la excepción de ilegalidad, en los litigios donde sea parte la Administración Pública, y ello sea presupuesto lógico para resolver de fondo las reclamaciones.

Acerca de la posibilidad de proferir una sentencia integradora.

En el derecho europeo, especialmente en el derecho italiano, se distingue entre disposición o texto legal y norma jurídica¹¹. La jurisprudencia constitucional colombiana, tempranamente, también adoptó esta distinción como fundamento de sus fallos de control constitucional, en lo que se conoce como decisiones interpretativas o moduladoras¹².

Conforme a esta distinción, la disposición o texto legal es el enunciado gramatical, las palabras de la ley. Por su parte, la norma es la interpretación que surge de la disposición. En este sentido, la relación *disposición – norma* puede ser simétrica o compleja. Será simétrica cuando a una disposición una interpretación. Por el contrario, será compleja cuando de una disposición surjan varias interpretaciones, cuando se requiera de varias disposiciones para configurar una norma o cuando la misma norma se encuentra en diversas disposiciones.

En este sentido, se admiten los siguientes tipos de disposición: *simples*, cuando a una disposición una norma. *Complejas*, cuando en una misma disposición existen interpretaciones diversas concurrentes¹³. *Ambiguas*, cuando en una misma disposición existen diversas interpretaciones no concurrentes¹⁴. *Sinónimas*, cuando la disposición es idéntica a otra que ya fue objeto de control constitucional y se presenta la cosa juzgada constitucional material¹⁵. *Parcialmente sinónimas*, cuando la disposición tiene algunos elementos previstos en otra disposición que ya fue objeto de control constitucional.

Por su parte, las normas pueden ser de tres clases: *Simples*, cuando derivan de una sola disposición de forma inequívoca. *Pluralmente derivadas* cuando se requiere de la concurrencia de varias disposiciones para su construcción. *Implícitas*, cuando ellas derivan de un proceso interpretativo un poco más complejo.

Las sentencias interpretativas parten de dos principios: El principio de supremacía constitucional y el principio de conservación del derecho, al cual subyace el principio del mínimo sacrificio a la función legislativa.

Conforme al primero, cuando una disposición tenga dos o más interpretaciones, unas que se ajustan a la Constitución Política y otras que no, si se declara la constitucionalidad pura y

¹¹ Sobre el tema véase MORENO MILLÁN, Franklin. *La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho*. Bogotá. Leyer. 2002. MORENO MILLÁN, Franklin. *La acción pública de inconstitucionalidad, efectos temporales de sus fallos*. Bogotá. Leyer. 2007. SANCHEZ SANCHEZ, Abraham. *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2005. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Interpretación y dogmática constitucional*. Bogotá. Ediciones Doctrina y ley. 2005. DE LA VEGA, Augusto Martín. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid. Editorial Lex Nova. 2001. LÓPEZ BOFILL, Héctor. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2004. AA.VV. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1984.

¹² Entre otras, Corte Constitucional C-496, 1994; C-109, 1995; C-427, 1996; C-543, 1996; C-148, 1998; C-232, 2002; C-569, 2004; C-044, 2006; C-325, 2009, por citar solo algunas.

¹³ Corte Constitucional. C-044, 2006.

¹⁴ Corte Constitucional. C-148, 1998.

¹⁵ Corte Constitucional. C-427, 1996.

simple de la disposición, se deja abierta la posibilidad de que se aplique la interpretación que contraría la Constitución Política con lo cual se desconoce este principio. Frente al segundo, se afirma que, si se declara la inconstitucionalidad de la disposición, siendo que ella admite una interpretación conforme a la Constitución, se sacrifica innecesariamente la función legislativa.

En este escenario, la salida hermenéuticamente pertinente es declarar la constitucionalidad condicionada, es decir, señalar que la disposición sigue vigente pero condicionada a una determinada interpretación. Así, se garantiza la supremacía constitucional porque se expulsa la norma inconstitucional y se conserva el derecho -no se sacrifica innecesariamente la función legislativa-, por cuanto se deja vigente la interpretación que es conforme con la Constitución.

En el presente caso, se considera que resulta pertinente la declaratoria de constitucionalidad condicionada, la cual se pedirá con carácter subsidiario o residual, veamos.

La disposición prevista en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, permite la existencia de dos normas o interpretaciones.

Conforme la primera norma -entiéndase interpretación-, la excepción de ilegalidad del acto administrativo, es una competencia exclusiva del juez administrativo, dentro del proceso contencioso administrativo. Esta posición, parte de lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 2000 y por el Consejo de Estado en la sentencia 2019-000104.

Dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 2000 lo siguiente:

*“De todo lo anterior, se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a **la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior.** Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma sub exámine tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos”.* (Negrilla fuera de texto).

Dijo el Consejo de Estado en la sentencia 2019-000104 lo siguiente:

*“En efecto, del contenido de la regulación de la acción de cumplimiento se concluye que no prevé la excepción de ilegalidad, lo cual obedece a que se trata de un mecanismo de origen constitucional -art. 87 de la Constitución Política-, que implica que cuando el juez actúa para resolverla, lo hace como juez constitucional y **no como juez de lo contencioso administrativo**”.* (Negrilla fuera de texto).

En los términos de la segunda norma, los árbitros pueden, cuando se adelante proceso arbitral en el cual una de las partes sea la Administración Pública, hacer uso de la excepción de ilegalidad de los actos administrativos, salvo en el caso de los actos administrativos que incorporan cláusulas exorbitantes, cuyo juzgamiento está excluido de la jurisdicción arbitral.

Con esta decisión intermedia, se garantiza el principio de la supremacía constitucional y el principio de conservación del derecho, al cual subyace el principio del mínimo sacrificio a la función legislativa.

Inexistencia de cosa juzgada en la sentencia C-037 de 2000.

Se podría afirmar que, la Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 2000, declaró, con efectos de cosa juzgada absoluta, el sentido del artículo 237 de la Constitución Política, en el sentido de señalar que, el único competente para hacer uso de la excepción de ilegalidad de los actos administrativos es el juez administrativo. Dicha afirmación, sin embargo, sería infundada. Veamos.

Según una jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, de las sentencias vincula la parte resolutive, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución, y la parte motiva que sirve de fundamento a la decisión, a la cual se la ha dado los nombres de cosa juzgada constitucional implícita¹⁶, doctrina constitucional¹⁷ y *ratio decidendi*¹⁸. Los comentarios incidentales hechos en el curso de una ponencia, se denominan *obiter dicta* y no vinculan¹⁹.

En el presente caso, el precedente de la sentencia C-037 de 2000, no constituye cosa juzgada constitucional por las siguientes razones:

Primero, en la sentencia C-037 de 2000, se cuestionó la constitucionalidad de los artículos 240 de la Ley 4 de 1913 y 12 de la Ley 153 de 1887, los cuales constituían una unidad normativa. En el presente caso, se demanda el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011. Esto descarta la existencia de una cosa juzgada formal²⁰.

Segundo, en la sentencia C-037 de 2000, se cuestionó la constitucionalidad de la posibilidad de que servidores públicos, diferentes de quien ejerce jurisdicción administrativa, hicieran uso de la excepción de ilegalidad. En el presente caso, se cuestiona la imposibilidad de que los árbitros, quienes ejercen transitoriamente función jurisdiccional, hagan uso de la excepción de ilegalidad del acto administrativo. Esto descarta la existencia de una cosa juzgada material²¹.

Tercero, los argumentos dados por la Corte Constitucional, frente “a la posibilidad de que los particulares o la autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos”²² constituyen *ratio decidendi*. Los argumentos, explícitos o implícitos, relativos a que los árbitros, quienes función jurisdiccional en el caso concreto, no puedan hacer uso de la excepción de ilegalidad de los actos administrativos, constituyen *obiter dicta*. La razón de esta afirmación: en ningún momento se discutió si los árbitros, quienes ejercen transitoriamente, en los términos del artículo 116 de la Constitución Política, la función pública de administrar justicia, podían o no hacer uso de la excepción de ilegalidad del acto administrativo.

PETICIÓN

En virtud de lo expuesto, de manera respetuosa se SOLICITA a la honorable Corte Constitucional:

Primero, DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD de la palabra “el juez” en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011 por las razones expuestas, o por las que la corporación encuentre en el estudio de la presente demanda.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencias C-131 de 1993 y C-037 de 1996.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-085 de 1995.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Sobre el concepto de cosa juzgada formal véase Corte Constitucional, sentencia C-489 de 2000.

²¹ Sobre el concepto de cosa juzgada material véase Corte Constitucional, sentencia C-427 de 1996.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000.

Segundo, de manera subsidiaria, y si la honorable Corte Constitucional encuentra que las disposiciones demandadas admiten una interpretación conforme a la Constitución, profiera una sentencia integradora, en la que se declare que la disposición acusada es exequible, en el entendido de que, en los procesos arbitrales donde sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones públicas, se pueda hacer uso de la excepción de ilegalidad de los actos administrativos, salvo que se trate de actos administrativos que incorporan cláusulas exorbitantes, o en el sentido constitucionalmente legítimo que la corporación encuentre en el estudio de la presente demanda.

COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La honorable Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda toda vez que, de conformidad con el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política de 1991, a la Corte Constitucional le corresponde conocer de las demandas contra las leyes y, en este caso, se demanda una disposición contenida en una ley.

NOTIFICACIONES

Se recibirán las notificaciones que correspondan a la presente demanda, así:

En la secretaría de la Corte Constitucional.

Notificaciones electrónicas: fmorenomillan@gmail.com

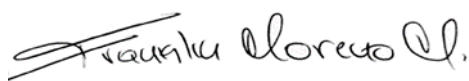
Notificaciones físicas: Carrera 106. No. 12 B 164 Casa 24. Conjunto Residencial Jockey Club II. Cali. Celular 300-2347810

ANEXOS

Copia de la cédula de ciudadanía.

Del Señor Presidente de la Corte Constitucional,

Atentamente,



FRANKLIN JOHAN MORENO MILLÁN
 C.C. 94517696
 TP 120876 del C.S. de la Jud.
 c.c. procesosjudiciales@procuraduria.gov.co