

## Conceptos D-14553 y D-14527

Juan Sebastian Vega Rodriguez <jvega@procuraduria.gov.co>

Mar 15/03/2022 13:43

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

CC: Martha Ligia Castiblanco Prado <mcastiblanco@procuraduria.gov.co>

Bogotá, D.C., 15 de marzo de 2022

**Honorables Magistrados**

**Corte Constitucional**

Ciudad

Respetados Señores Magistrados:

Por instrucción de la Señora Procuradora General de la Nación, de manera atenta, me permito remitir adjunto los conceptos correspondientes a los procesos D-14553 y D-14527, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política.

Cordialmente,



**Juan Sebastián Vega Rodríguez**

Procurador Auxiliar

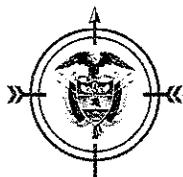
Procuraduría Auxiliar Asuntos Constitucionales

[jvega@procuraduria.gov.co](mailto:jvega@procuraduria.gov.co)

PBX: +57 601 587-8750

Línea Nacional Gratuita: 01 8000 940 808

Cra. 5ª. # 15 - 80, Bogotá D.C., Cód. postal 11032



PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION

Bogotá, D.C., 15 de marzo de 2022

**Honorables Magistrados**  
**Corte Constitucional**  
Ciudad

**Expediente:** D-14527

**Referencia:** Acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por Franklin Johan Moreno contra el artículo 148 (parcial) de la Ley 1437 de 2011, *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*.

**Magistrado Ponente:** Alejandro Linares Cantillo

**Concepto No.:** 7047

De conformidad con el artículo 278.5 de la Constitución Política<sup>1</sup>, rindo concepto en el asunto de la referencia.

#### **I. Antecedentes**

El ciudadano Franklin Johan Moreno interpuso demanda de inconstitucionalidad contra la expresión que se subraya enseguida del artículo 148 de la Ley 1437 de 2011:

**“Artículo 148. Control por vía de excepción. 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”.*

El accionante señala que la expresión demandada desconoce los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y a la igualdad de las personas que pactan resolver sus controversias contractuales con el Estado ante la justicia arbitral<sup>2</sup>. Ello, pues en virtud del aparte acusado para atender sus casos los árbitros no están facultados para realizar el control de legalidad por excepción de los actos administrativos relacionados con el negocio jurídico objeto de su pronunciamiento, lo cual sí pueden realizar los jueces contenciosos administrativos al dirimir casos similares.

En este sentido, el actor considera que el legislador incurrió en una omisión legislativa por no incluir al *“árbitro”* junto al *“juez”* en la redacción del artículo 148 de

<sup>1</sup> “Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: (...) 5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad”.

<sup>2</sup> Cfr. Artículos 13, 116 y 229 de la Constitución Política.



PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION

la Ley 1437 de 2011 y, por ello, solicita que la Corte Constitucional declare la exequibilidad condicionada del mismo para superar dicha elusión.

## II. Consideraciones del Ministerio Público

El inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución establece que *“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”*.

En este sentido, en la jurisprudencia constitucional se ha señalado que el arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, el cual permite dirimir *“una controversia por parte de un particular investido de la función pública de administrar justicia, con fundamento en la decisión de las partes (pacto arbitral) de renunciar a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”*<sup>3</sup>.

Sin embargo, se ha precisado que *“no todos los asuntos que son competencia de los jueces pueden ser tramitados ante la justicia arbitral”*, ya que el artículo 116 superior únicamente hace referencia a los casos que puedan ser *“habilitados por las partes”*, es decir, aquellas controversias relacionadas con *“bienes jurídicos sujetos de transacción”*<sup>4</sup>. Entonces, están excluidas del arbitramento, por ejemplo, las causas referentes a: (i) los derechos irrenunciables de los trabajadores, (ii) el estado civil, o (iii) el control de legalidad de los actos administrativos<sup>5</sup>.

Sobre este último punto, se ha explicado que *“el control de legalidad de los actos administrativos es una facultad exclusiva del Estado en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, la cual no pueden derogar los particulares por medio de un pacto arbitral. Los árbitros sólo se pueden pronunciar sobre los aspectos de los que pueden disponer las partes en conflicto, que no incluyen este aspecto del orden jurídico, el cual atañe al orden público normativo”*<sup>6</sup>. En la Sentencia C-1436 de 2000<sup>7</sup>, la Corte Constitucional sostuvo que:

*“La facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral.*

*Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre*

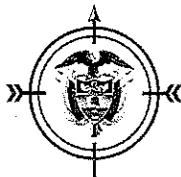
<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-466 de 2020 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-431 de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergara), C-1436 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), C-060 de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y C-538 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia SÚ-174 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>7</sup> M.P. Alfredo Beltrán Sierra.



PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION

la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias.

*En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular.*

*El pronunciamiento en este campo es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna. En conclusión, el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros<sup>8</sup>.*

Adicionalmente, se ha estimado que la referida hermenéutica restrictiva sobre la posibilidad de que la justicia arbitral adelante el control de legalidad de los actos administrativos se fundamenta en que: *“(i) la Constitución atribuye exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa la facultad de decidir sobre la suspensión provisional de los actos administrativos<sup>9</sup>, por lo cual a fortiori es únicamente esta jurisdicción la que puede pronunciarse sobre su validez, y nunca los árbitros; y (ii) la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las controversias con la Administración es la regla general, y la resolución de conflictos por los árbitros es la excepción<sup>10,11</sup>.*

En punto de ello, se resalta que, siguiendo el precedente constitucional, el Congreso de la República al regular el procedimiento arbitral:

(i) En el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012<sup>12</sup>, dispuso que el arbitramento solo permite solucionar controversias *“sobre asuntos de libre disposición de las partes”*, lo cual excluye los actos administrativos que son manifestaciones unilaterales de la administración<sup>13</sup>, cuya disposición está restringida a unas causales específicas<sup>14</sup>; y

<sup>8</sup> En la Sentencia C-037 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), la Corte Constitucional señaló que *“es de rango constitucional la existencia de una jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa. Los artículos 236 a 238 atribuyen, en efecto, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dicha función, la cual debe ejercerse en los términos que señale la ley. En efecto, el artículo 237, refiriéndose al Consejo de Estado afirma que a esa Corporación corresponde “Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley”. De igual manera, el artículo 236, respecto de cada una de las salas y secciones que lo integran, indica que la ley señalará las funciones que les corresponden. Y finalmente el artículo 238, deja también en manos del legislador el señalamiento de los motivos y los requisitos por los cuales la jurisdicción contencioso administrativa puede suspender provisionalmente “los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.*

<sup>9</sup> Cfr. Artículo 238 de la Constitución Política.

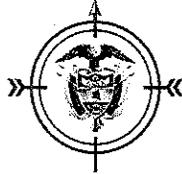
<sup>10</sup> Cfr. Artículo 116 de la Constitución Política.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>12</sup> *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”.*

<sup>13</sup> En la providencia del 1° de febrero de 2001 (M.P. Olga Inés Navarrete Barrero), la Sección Primera del Consejo de Estado recordó que *“los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, vincular a los administrados”.*

<sup>14</sup> Cfr. Artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION

(ii) En el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013<sup>15</sup>, ordenó que *“para la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes podrán incluir cláusulas compromisorias, debiendo siempre observar (...) las siguientes reglas: (...) tanto los árbitros como los amigables compondores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales”*<sup>16</sup>.

Ahora bien, se ha aclarado que la incompetencia de los árbitros para pronunciarse sobre ciertos actos relacionados con los negocios jurídicos bajo su control no desconoce el derecho al acceso a la administración de justicia contenido en el artículo 229 de la Constitución<sup>17</sup>, pues si bien dicha circunstancia *“puede incidir en la decisión de las partes de someter o no su disputa al procedimiento arbitral”*, lo cierto es que no atenta contra su prerrogativa a obtener una solución frente al conflicto correspondiente, en tanto *“siempre será posible acudir a la justicia estatal”*<sup>18</sup>.

Así pues, según el derecho positivo y la jurisprudencia en vigor, reiterada recientemente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-466 de 2020<sup>19</sup>, *“el control de legalidad de los actos administrativos se encuentra excluidos de la justicia arbitral”*, porque el mismo, por mandato constitucional (artículo 116), está a cargo de las autoridades de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En este orden de ideas, el Ministerio Público estima que no se presenta la omisión legislativa alegada por el actor, pues aunque es cierto que el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011 no incluye a los árbitros como autoridades competentes para ejercer el control de legalidad de los actos administrativos por vía de excepción, también lo es que ello encuentra una razón suficiente<sup>20</sup> en que: (i) la referida posibilidad está proscrita por la Constitución, y (ii) la prohibición respectiva fue consagrada en la legislación referente al procedimiento arbitral y, por consiguiente, no era obligación del legislador regular el asunto en el estatuto procesal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo<sup>21</sup>.

Igualmente, la Procuraduría estima que la norma demandada no desconoce los derechos al acceso a la administración de justicia y a la igualdad de quienes acuden a la justicia arbitral para resolver una controversia, porque la decisión de someterse a dicho mecanismo es voluntaria y, por ende, las limitaciones constitucionales del mismo fueron aceptadas de manera previa y consiente por los interesados, entre

<sup>15</sup> *“Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”.*

<sup>16</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

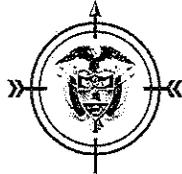
<sup>17</sup> *“Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.*

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-109 de 2020 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).

<sup>19</sup> M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

<sup>20</sup> En punto de ello, se resalta que para la configuración de una omisión legislativa se requiere la exclusión de los casos o ingredientes reprochada *“carezca de un principio de razón suficiente”*. Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-122 de 2020 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y C-189 de 2021 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).

<sup>21</sup> Cfr. Artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION

ellas, la imposibilidad de que el operador respectivo pueda controlar la legalidad de los actos administrativos asociados al negocio jurídico objeto de su competencia.

Al respecto, se recuerda que la imposibilidad que tiene el árbitro de controlar la legalidad de los actos administrativos ya sea por acción o excepción, no les impide a los sujetos del proceso arbitral acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, a través de los medios de control respectivos, solicitar la nulidad de aquellos y, en caso de urgencia, su suspensión provisional a efectos de satisfacer de manera urgente sus intereses<sup>22</sup>.

En suma, contrario a lo sostenido por el actor, la Procuraduría evidencia que el legislador cumplió con los mandatos constitucionales al consagrar en la norma demandada que el control de legalidad por vía de excepción de los actos administrativos esté a cargo únicamente de las autoridades de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por lo que se solicitará que se declare la exequibilidad de la expresión “el juez” contenida en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011.

### III. Solicitud

Por las razones expuestas, en relación con los cargos de la demanda de la referencia, el Ministerio Público le solicita a la Corte Constitucional que declare la **EXEQUIBILIDAD** de la expresión “el juez” contenida en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”.

Atentamente,

  
**MARGARITA CABELLO-BLANCO**  
Procuradora General de la Nación

Proyectó: Juan Sebastián Vega Rodríguez – Procurador Auxiliar para Asuntos Constitucionales. JSVR

<sup>22</sup> En la Sentencia C-037 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), la Corte Constitucional explicó 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 aún puede ser pronunciada de oficio”.