

## **ARBITRAJE - Características; el objeto arbitral**

De la definición Legal transcrita (artículo 115 Decreto 1818 de 1998) se identifican claramente los componentes de este importante mecanismo, y que en opinión de la Sala se explican de la siguiente manera: Es un mecanismo alternativo, ya que su utilización necesariamente deviene de un acuerdo entre las partes interesadas sobre el particular; en otra palabras, debe ser el resultado de la libre discusión de las partes, y no de la aceptación de cláusulas y condiciones impuestas por la ley o uno de los contratantes. Se trata entonces de la posibilidad de que sean los propios sujetos de la relación jurídica quienes decidan el destino de su vínculo y, obviamente, los procedimientos y autoridades que habrán de resolver los eventuales desacuerdos; de esta forma se garantiza, no sólo el recto y libre ejercicio de la voluntad individual, sino el adecuado acceso a la administración de justicia. El carácter alternativo del Arbitramento igualmente conduce inicialmente a la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante el Juez Natural de la controversia, según lo dispone el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 (Artículo 115 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 2º del Decreto 2279 de 1989) y que para el tema que nos ocupa sería el Contencioso Administrativo. Concluido un Arbitramento mediante Laudo debidamente ejecutoriado es evidente que dicha justicia alternativa administrada por particulares en única instancia sustituye, en el caso concreto, a la justicia Contencioso Administrativa, entendiéndose que si ésta última hubiese conocido el asunto, lo habría tramitado conforme a las competencias e instancias reguladas por el Código Contencioso Administrativo. El objeto arbitral debe ser transigible, lo cual implica la delimitación de la materia sobre la cual puede operar el Arbitramento y que Legalmente se identifica con todo aquello susceptible de Transacción, ámbito que igualmente se predica de la Conciliación, en el entendido que se trate de conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. En este orden, sobre la base de que los asuntos susceptibles de ser sometidos a Arbitramento son aquellos objeto de Transacción, pero en los términos que defina la Ley, es de entender que le corresponde al Legislador establecer, limitar o prohibir las materias propias de la competencia de tal Mecanismo Alternativo.

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia C-098 del 31 de enero de 2001, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, de la Corte Constitucional.

**NULIDAD PROCESAL - No procede por falta de competencia ante ley que establece obligatoriedad del arbitramento / ARBITRAMENTO - Es de su esencia el acuerdo de voluntades / PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD - Elemento esencial del arbitraje: no puede imponerse por ley / ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Quebranto al obligar a los particulares por ley al arbitramento / TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO - Incompetencia para el control de legalidad de los actos administrativos**

En ese orden, la Sala revocará el auto apelado, y en su lugar ordenará al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que continúe con el trámite del proceso instaurado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en consideración a la improcedencia de la declaración de falta de competencia del ad quo (sic), dado que no resulta admisible entender que por medio de una ley se establezca la obligatoriedad del arbitramento para la resolución de conflictos, pues de este modo se crea una instancia forzosa que no respeta la libertad de las partes en esta materia y restringe indebidamente el acceso de los particulares a la administración de justicia, contrariándose con ello lo dispuesto por el artículo 116 Constitucional. Así pues, para someter un asunto a arbitraje debe primar el

principio de autonomía de la voluntad, o lo que es lo mismo, debe existir previamente un acuerdo de voluntades. Ahora bien, en consideración a los argumentos expuestos por el recurrente relacionados con la prohibición de los Tribunales de Arbitramento de pronunciarse acerca de la legalidad de los actos administrativos, es menester aclarar que, no obstante lo controversial del tema, la Jurisprudencia Contenciosa sigue considerando que la justicia Arbitral carece de competencia para tal efecto, por cuanto dicha potestad se considera exclusiva de dicha Jurisdicción en la medida en que en ella se encuentran involucradas normas de Derecho Público y el ejercicio del Poder Público: "...Cabe recordar que la jurisdicción contencioso administrativa, de estirpe constitucional( C.P., arts. 236 a 238), "...está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado..."(CCA, art. 82). "Fue, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público y el ejercicio del poder público...". Así mismo, al declarar la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional se pronunció sobre la incompetencia de los Arbitros para definir la Legalidad de los Actos Administrativos, exponiendo, entre otros, los siguientes argumentos: ...".

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia del Consejo de Estado del 2 de febrero de 2000, expediente 16394, Sección Tercera, Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION PRIMERA**

**Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**

Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil siete (2007)

**Radicación número: 25000-23-24-000-1999-00204-01**

**Actor: DISTRIBUIDORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGIA S.A. ESP. – DICEL S.A. ESP.**

**Demandado: COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS – CREG**

**Referencia: APELACION AUTO INTERLOCUTORIO**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto proferido el 24 de noviembre de 2005 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección "A", mediante el cual declaró la nulidad de todo el proceso a partir del auto admisorio de la demanda, y en consecuencia

rechazó la demanda instaurada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números 002 del 2 de marzo de 1998, proferida por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales y, la 079 del 25 de junio de 1998, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG.

## **I.- La demanda**

Por conducto de apoderado, la empresa Distribuidora y Comercializadora de Energía Eléctrica S.A. ESP. – DICEL S.A. ESP. promovió demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A. contra la factura No. SIC 2022, el Ajuste de Ventas No. LLUQ 1702 de octubre de 1997, el Ajuste de Ventas No. LIQ 2025 de noviembre de 1997, el informe LIQ 2025 de diciembre del mismo año, la Resolución num. 002 del 2 de marzo de 1998 expedida por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, dependencia de Interconexión Eléctrica S.A. ESP., por medio de la cual se decidió el recurso de reposición negando revocar las liquidaciones respecto del usuario LADRILLERA MELÉNDEZ S.A. y, la Resolución No. 079 del 25 de junio de 1998 proferida por la CREG, a través de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra del anterior acto administrativo, en el sentido de confirmarlo.

Transcurridas las etapas procesales correspondientes y resuelto un conflicto negativo de competencias suscitado entre el Tribunal Administrativo de Antioquia y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, resuelto por el Consejo de Estado otorgándole competencia a éste último para conocer del asunto *sub examine* y, llegado el momento de proferir sentencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante el auto aquí apelado, decidió declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda y en consecuencia, rechazar la demanda de la referencia.

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, el cual le fue rechazado por medio de auto calendado el 20 de abril de 2006 en consideración a que la cuantía de la demanda impedía que el asunto fuere conocido en segunda instancia.

Contra éste proveído, la actora interpuso recurso de reposición, el cual le fue resuelto el 22 de junio de 2006, en el sentido de reponer el auto de 20 de abril de 2006 y conceder el recurso de alzada ante el Consejo de Estado.

## **I.2. El auto recurrido**

Mediante el auto apelado el *a quo* adoptó la decisión de declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, y por consiguiente rechazar la demanda, considerando que no era competente para continuar conociendo del caso por carencia de jurisdicción (sic), toda vez que existía una disposición que sometía el asunto al procedimiento arbitral.

Como fundamento de la anterior decisión tuvo en cuenta el contenido del artículo 28 de la Resolución No. 024 del 13 de julio de 1995 proferida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, reglamentario de las Leyes 142 y 143 de 1994, el cual reza de la siguiente manera:

### ***“Resolución No. 024 de 1995***

*Artículo 28: **Procedimiento para solución de conflictos.** Contra las liquidaciones que haga el Administrador del SIC procederá recurso de reposición, que se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo II del Título VI de la Ley 142 de 1994. Contra la decisión del administrador del SIC procederá el recurso de apelación, ante la CREG...*

*...Parágrafo 2º. Las controversias a las que den lugar las liquidaciones, y que no puedan resolverse con ocasión de los recursos, se resolverán por medio de tres (3) árbitros. El Superintendente de Servicios Públicos, el agente que presente la solicitud y el Administrador del SIC, designarán cada uno un árbitro, quienes decidirán en derecho. Los costos de los árbitros serán sufragados por los agentes del mercado mayorista afectados en el proceso”.*

### ***Ley 143 de 1994***

*Artículo 23. Para el cumplimiento del objetivo definido en el artículo 20 de la presente ley, la Comisión de Regulación de Energía y Gas con relación al servicio de electricidad tendrá las siguientes funciones:*

*...*

*p) Definir mediante arbitraje posconflictos que se presenten entre los diferentes agentes económicos que participen en las actividades del sector en cuanto a la interpretación de los acuerdos operativos y comerciales”.*

A juicio del Tribunal, la primera disposición se dirige a la solución de discrepancias entre los destinatarios de la norma, cuando éstas no han sido resueltas en la vía gubernativa, y por ello debe acudir al instrumento extrajudicial del arbitramento.

En efecto, el Tribunal concluyó que la sociedad DICEL S.A. ESP. era destinataria del precepto contenido en la Resolución 024 de 1995, primeramente, porque se trataba de una controversia surgida entre la CREG y un agente de comercialización de energía, que para el caso es la sociedad DICEL S.A. ESP., por la liquidación efectuada por el consumo de energía de un usuario final que participa en el mercado (Ladrillera Meléndez), al no tratarlo como usuario no regulado y por lo tanto realizar la liquidación conforme a lo dispuesto para los usuarios finales regulados.

Adicionalmente, tuvo en cuenta que la sociedad demandante interpuso recurso de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos a través de las resoluciones acusadas por ISA y la CREG, respectivamente, en las que se concluyó que la impugnación presentada no hacía mérito para que se revocaran esas decisiones.

En este orden, el paso a seguir era el de demandar dichos actos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, el *ad quo* aseguró que en virtud del tratamiento especial que las leyes 142 y 143 de 1994 le otorgaron al sector eléctrico en lo que hace a la naturaleza de sus actos y al procedimiento para la solución de conflictos, el asunto en estudio escapa a la órbita de competencia de esta jurisdicción, para en su lugar someterse al procedimiento arbitral, o lo que es lo mismo, un arbitraje cuya fuente es la ley.

En este sentido, el trámite impulsado en instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se encuentra viciado de nulidad por falta de jurisdicción, contemplada en el numeral 1º del artículo 140 del C.P.C., nulidad ésta insaneable, motivo por el cual decidió declararla a partir del auto admisorio de la demanda, y en consecuencia, rechazar la demanda.

## **II. El recurso de apelación**

El apoderado de la sociedad DICEL S.A. ESP. interpuso recurso de apelación contra el proveído de fecha de 24 de noviembre de 2005 aduciendo que no podía interpretarse que en casos como éste, el arbitraje opere por virtud de ley, dado que dicho mecanismo es definido por la Constitución como una forma alternativa, temporal y limitada por el legislador para dirimir conflictos, producto de la voluntad de

las partes dirigida a acudir ante un órgano distinto de la justicia ordinaria con la finalidad mencionada.

En tal sentido, para que pueda operar el desplazamiento de la competencia de un organismo jurisdiccional del Estado a favor de un particular que será investido temporalmente de la potestad de impartir justicia, es necesario que medie un acuerdo expreso, autónomo y voluntario de las partes envueltas en la controversia.

A renglón seguido, anotó algunos apartes de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional (Sentencia C-294 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía y la Sentencia C-098 de 2001 M.P. María Victoria Sáchica Sánchez), en los que se daba cuenta de que por definición el arbitraje entraña un acuerdo de voluntades.

Señaló que el literal p) del artículo 23 de la Ley 143 de 1994 lo que consagra es un catálogo de funciones de de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, y por lo tanto, lejos está de establecer como obligatorio un mecanismo de solución de conflictos al que sólo puede llegarse por medio de un acuerdo de voluntades.

Así pues, la decisión del Tribunal contraría abiertamente los postulados constitucionales y legales, dado que ni la citada ley ni la Resolución CREG 024 de 1995 tienen la virtualidad de cambiar la naturaleza netamente voluntarista del arbitraje, tal y como en situaciones semejantes lo ha expresado la Corte Constitucional al declarar inexecutable disposiciones que pretenden establecer como obligatorio el arbitramento, verbigracia, la sentencia C-060 de 2001 con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz.

De otra parte, el apoderado de la sociedad recurrente sostuvo que resultaba importante agregar que el Ordenamiento Jurídico prescribe que a ninguna autoridad distinta de los jueces ordinarios le es permitido pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos.

Concluyó que la declaratoria de nulidad de todo lo actuado proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección “B” es improcedente, contraria a la esencia del poder jurisdiccional del Estado y lesiva del derecho al acceso a la administración de justicia, por lo que solicitó sea revocada la providencia objeto del recurso de apelación.

### **III. Las Consideraciones**

En orden a resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido el 24 de noviembre de 2005 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección "B", mediante el cual declaró la nulidad de todo lo actuado y decidió rechazar la demanda de la referencia, la Sala entrará a hacer las siguientes consideraciones:

#### **1)- Aspectos Jurídicos**

El artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, compilador del artículo 111 de la Ley 446 de 1998 que a su vez modificó el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, considera que **"El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral"**.

De la definición Legal transcrita se identifican claramente los componentes de este importante mecanismo, y que en opinión de la Sala se explican de la siguiente manera:

- a) Es un mecanismo alternativo, ya que su utilización necesariamente deviene de un acuerdo entre las partes interesadas sobre el particular; en otra palabras, debe ser el resultado de la libre discusión de las partes, y no de la aceptación de cláusulas y condiciones impuestas por la ley o uno de los contratantes. Se trata entonces de la posibilidad de que sean las propios sujetos de la relación jurídica quienes decidan el destino de su vínculo y, obviamente, los procedimientos y autoridades que habrán de resolver los eventuales desacuerdos; de esta forma se garantiza, no sólo el recto y libre ejercicio de la voluntad individual, sino el adecuado acceso a la administración de justicia.

El carácter alternativo del Arbitramento igualmente conduce inicialmente a la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante el Juez Natural de la controversia, según lo dispone el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998(Artículo 115 de la Ley 446 de 1998, modificadorio del artículo 2º del Decreto 2279 de 1989) y que para el tema que nos ocupa sería el Contencioso Administrativo. Dice la norma: "*Por*

*medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”.*

Sin embargo, la formulación precedente tiene carácter relativo en la medida en que es viable la posibilidad de que, instalado el Tribunal de Arbitramento, las partes queden en libertad de acudir a la Jurisdicción que les corresponda cuando vencidos los términos Legales para consignar la totalidad de los honorarios y gastos administrativos aquellas no cumplan con dicha obligación y el Tribunal declare concluidas sus funciones, extinguiéndose los efectos del Pacto Arbitral para el caso (artículo 144 del Decreto 1818 de 1998); también es posible que se recurra al Arbitramento por Compromiso cuando ya se haya iniciado la actuación judicial propiamente dicha, tal como lo contempla el artículo 146 del Decreto 1818 de 1998 que corresponde al 24 del Decreto 2279 de 1989, evento en el cual el proceso judicial se reanuda si la actuación de la justicia arbitral no concluye con Laudo ejecutoriado.

Ahora bien, concluido un Arbitramento mediante Laudo debidamente ejecutoriado es evidente que dicha justicia alternativa administrada por particulares en única instancia sustituye, en el caso concreto, a la justicia Contencioso Administrativa, entendiendo que si ésta última hubiese conocido el asunto, lo habría tramitado conforme a las competencias e instancias reguladas por el Código Contencioso Administrativo.

b)- El objeto arbitral debe ser transigible, lo cual implica la delimitación de la materia sobre la cual puede operar el Arbitramento y que Legalmente se identifica con todo aquello susceptible de Transacción, ámbito que igualmente se predica de la Conciliación, en el entendido que se trate de conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en la siguiente sentencia:

*“Por consiguiente, es preciso afirmar que, si bien el constituyente determinó que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en calidad de conciliadores o árbitros y que estos últimos pueden dictar fallos en derecho o en equidad, también señaló que el legislador está facultado para establecer límites al poder habilitante de las partes. Estos límites hacen referencia, entonces, a la*

*temporalidad de la actividad de los particulares como administradores de justicia y a las cuestiones sobre las cuales éstos pueden decidir. En otras palabras, se ha entendido que la justicia arbitral tiene un límite temporal, por cuanto está circunscrita al término que las partes y en su defecto la ley, señalen para el ejercicio de esta potestad, y un límite material, demarcado por los asuntos que son susceptibles de ser resueltos por particulares.*

*“En diversos fallos- algunos de ellos ya citados- esta corporación ha avalado el límite material del arbitramento, al señalar que no toda cuestión materia de controversia, no obstante la habilitación de las partes, puede ser sometida genéricamente a la decisión de árbitros. En sentencia T- 057 de 1995(M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), se señaló que “no resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y sobre los cuales no es posible habilitación alguna”. Igualmente, la Corte ha indicado que “las materias susceptibles de arbitramento son aquellas que pueden ser objeto de su **transacción**, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición”.<sup>1</sup>*

En este orden, sobre la base de que los asuntos susceptibles de ser sometidos a Arbitramento son aquellos objeto de Transacción, pero en los términos que defina la Ley, es de entender que le corresponde al Legislador establecer, limitar o prohibir las materias propias de la competencia de tal Mecanismo Alternativo.

## **2)- El Caso Concreto**

En efecto, la Ley 143 de 1994 le impuso a la CREG, a manera de función principal o básica, asegurar una adecuada prestación del servicio de energía eléctrica mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario, en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio. Expresó que para el logro de este objetivo deberá promover la competencia, crear y preservar las condiciones que la hagan posible.

De igual forma, en el artículo 23 le impuso obligaciones más específicas, entre las que se encuentra la dispuesta en el literal p), a saber:

**“Artículo 23 . Para el cumplimiento del objetivo definido en el artículo 20 de la presente ley, la Comisión de Regulación de Energía y Gas con relación al servicio de electricidad tendrá las siguientes funciones generales:**

(...)

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 098 del 31 de Enero de 2001. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

*p) Definir mediante arbitraje los conflictos que se presenten entre los diferentes agentes económicos que participen en las actividades del sector en cuanto a interpretación de los acuerdos operativos y comerciales;...”*

En ese orden, debe entenderse razonadamente que la ley facultó a los agentes prestadores del servicio público de energía eléctrica para que utilizaran el arbitraje como un mecanismo alternativo para solucionar los conflictos, de manera que se trata de un arbitramento legal, toda vez que la facultad de someter la controversia al Tribunal de Arbitramento deviene de una disposición normativa contenida en la Ley 143 de 1994. En otras palabras, la ley habilitó a las partes para que sometieran sus diferencias a un juez distinto del natural en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, definiéndose de esta forma un asunto transigible a su definición a través de un Tribunal de Arbitramento.

En desarrollo de esta norma, la CREG mediante Resolución No. 024 de 1995 elaboró la reglamentación de los aspectos comerciales del mercado mayorista de energía en el sistema interconectado nacional, que hacen parte del Reglamento de Operación de estas empresas, y en el artículo 28 dispuso lo siguiente:

***“Procedimientos para solución de conflictos.***

*Contra las liquidaciones que haga el Administrador del SIC procederá el recurso de reposición, que se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II del título VI de la Ley 142 de 1994. Contra la decisión del Administrador del SIC procederá el recurso de apelación, ante la CREG.*

***Parágrafo 1º.***

*De toda la información requerida para hacer las liquidaciones, se mantendrá copia durante, por lo menos, dos años, para que el auditor, pueda acceder a ello y hacer las verificaciones del caso.*

***Parágrafo 2º.***

*Las controversias a las que den lugar las liquidaciones, y que no puedan resolverse con ocasión de los recursos, se resolverán por medio de tres (3) árbitros. El Superintendente de Servicios Públicos, el agente que presente la solicitud y el Administrador del SIC, designarán cada uno un árbitro, quienes decidirán en derecho. Los costos de los árbitros serán sufragados por los agentes del mercado mayorista afectados en el proceso.*

***Parágrafo 3º.***

*Una diferencia entre los agentes no suspende sus obligaciones con el proceso de pagos en la Bolsa de Energía. Con la facturación del mes en que la CREG emita su concepto, se realiza una facturación de los valores de las diferencias, con el reconocimiento del valor del dinero en el tiempo a la tasa definida para este efecto en la presente resolución, a partir de la fecha del vencimiento original correspondiente al mes o a cada uno de los meses afectados”.*

Siendo ello así, debe entenderse que ante una eventual controversia entre los agentes comercializadores de energía y un usuario final, sólo si existe acuerdo entre los dos sujetos, estos pueden trasladar la competencia funcional para dirimirla, de la justicia Contencioso Administrativa a un Tribunal de Arbitramento.

De lo anterior, se colige que no por existir una disposición expresa de un reglamento en el que se advierta la posibilidad de solucionar diferencias a través del mentado mecanismo alternativo, deban las partes perentoriamente someterse a él, sino que, se reitera, que es de su esencia que preceda un acuerdo de voluntades, y por ende sólo si ello sucede puede surtir plenos efectos.

La controversia en el caso concreto se circunscribe a la liquidación hecha por ISA del servicio de energía eléctrica prestado por un agente comercializador denominado sociedad DICEL S.A. ESP. a un usuario final llamado Ladrillera Meléndez S.A. Por las condiciones fácticas expuestas, la normativa contenida en el artículo 28 de la Resolución 024 de 1995 es aplicable; no obstante, la interpretación del precepto debe entenderse en el sentido de la habilitación que la ley hace para que las partes puedan resolver sus diferencias ante un Tribunal de Arbitramento, y no como se dijo por al *ad quo* que siempre que existan disconformidades entre esos sujetos, ellos deben someterse al arbitraje.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional de la siguiente manera:

*“...La decisión de presentar las disputas surgidas en una relación jurídica ante un tribunal de arbitramento (antes que acudir a los jueces ordinarios), es el resultado de un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes. El arbitramento, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, “tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar.*

*“Resulta contradictorio con el carácter voluntario, temporal y excepcional que se le reconoce al arbitramento- en los términos ya aludidos -, que una disposición legal pretenda establecer la obligatoriedad de dicho mecanismo en el evento de no existir acuerdo sobre el uso de ciertas redes de comunicación entre el Estado o las empresas prestadoras de servicios públicos, y los concesionarios del servicio de televisión. Sin duda, se trata de una norma que excede los límites sobre los que la institución arbitral se sustenta, que guardan íntima vinculación con el hecho de que la utilización de la justicia arbitral, como forma alternativa de resolución de conflictos, sea el resultado de la libre decisión de las partes que ante un evento cierto,*

*que se debate, optan por encargar su resolución a particulares designados por ellas”.*<sup>2</sup>

En ese orden, la Sala revocará el auto apelado, y en su lugar ordenará al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que continúe con el trámite del proceso instaurado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en consideración a la improcedencia de la declaración de falta de competencia del *ad quo*, dado que no resulta admisible entender que por medio de una ley se establezca la obligatoriedad del arbitramento para la resolución de conflictos, pues de este modo se crea una instancia forzosa que no respeta la libertad de las partes en esta materia y restringe indebidamente el acceso de los particulares a la administración de justicia, contrariándose con ello lo dispuesto por el artículo 116 Constitucional. Así pues, para someter un asunto a arbitraje debe primar el principio de autonomía de la voluntad, o lo que es lo mismo, debe existir previamente un acuerdo de voluntades.

Ahora bien, en consideración a los argumentos expuestos por el recurrente relacionados con la prohibición de los Tribunales de Arbitramento de pronunciarse acerca de la legalidad de los actos administrativos, es menester aclarar que, no obstante lo controversial del tema, la Jurisprudencia Contenciosa sigue considerando que la justicia Arbitral carece de competencia para tal efecto, por cuanto dicha potestad se considera exclusiva de dicha Jurisdicción en la medida en que en ella se encuentran involucradas normas de Derecho Público y el ejercicio del Poder Público:

*“...Cabe recordar que la jurisdicción contencioso administrativa, de estirpe constitucional( C.P., arts. 236 a 238), “...está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado...”(CCA, art. 82).*

*“Fue, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público y el ejercicio del poder público.*

*“Empero, aún en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es éste un aspecto en que se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso*

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 060 del 24 de Enero de 2001. M.G. Carlos Gaviria Díaz.

*administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de la administración para revocar sus propios actos”.*

...

*“Los antecedentes jurisprudenciales y conceptuales antes citados, permiten resaltar el criterio constante de entender excluidas de la competencia de los jueces arbitrales, el control de los actos administrativos atinentes a la declaratoria de caducidad y sus efectos, incluido el incumplimiento del contratista, por cuanto este aspecto constituye causal para declarar la caducidad del contrato. Es más, igual deducción podía hacerse válidamente, como en efecto se hizo, con relación a los demás actos en que la administración hiciera uso de las facultades excepcionales de que se halla revestida( v. Gr. Terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato; imposición de multas; declaración del incumplimiento del contratista; liquidación unilateral del contrato, etc.), en orden a procurar y garantizar el buen servicio público y la preservación del interés público”.*<sup>3</sup>

Así mismo, al declarar la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional se pronunció sobre la incompetencia de los Arbitros para definir la Legalidad de los Actos Administrativos, exponiendo, entre otros, los siguientes argumentos:

*“Dentro de este contexto, considera esta corporación 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 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 estos 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*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de Febrero de 2000. Expediente 16. 394. Consejero Ponente: Dr Germán Rodríguez Villamizar.

*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.*

*“La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de diciembre 12 de 1991, señaló sobre el particular que “es la jurisdicción la llamada a despejar la certidumbre que el particular suscite sobre la validez del acto, sobre su acomodo a los moldes jurídicos que trazan el obrar estatal. ....*

*“En conclusión, el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros”.<sup>4</sup>*

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el auto apelado.

**SEGUNDO:** Ordenar que la Subsección “B” Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca continúe el proceso instaurado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 30 de agosto de 2007.

**MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN**  
Presidenta

**CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE**

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**

**MARCO ANTONIO VELILLA M.**

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1436 del 25 de Octubre de 2000. M.P. Alfredo Beltrán S.