



PROPUESTA PARA MODALIDAD DE GRADO

1 Información General

1.1 Título

Registre el título propuesto para la modalidad de grado.

La matriz de riesgos previsible, como mecanismo para limitar el uso del arbitraje en la contratación estatal

1.2 Modalidad

Marque la modalidad del trabajo de grado de la propuesta presentada en este documento.

| | | | |
|-------------------------------|---|---|--|
| Trabajo de investigación | X | Práctica de innovación y emprendimiento | |
| Trabajo de creación artística | | | |

1.3 Estudiantes

Registre los datos de los estudiantes que desarrollarán la modalidad de grado. El trabajo de Investigación podrá ser desarrollado por máximo tres (3) estudiantes, al igual que el trabajo de Creación Artística. La práctica de innovación y emprendimiento podrán desarrollarla un máximo de cuatro (4) estudiantes.

| Código | Nombres y apellidos | Programa Académico |
|------------|-----------------------------------|--------------------|
| 2016143122 | Adriana del Socorro Pabón Noguera | Derecho |
| 2016143162 | Leonardo Andrés Rubio Reyes | Derecho |
| | | |
| | | |

1.4 Director y Codirector

Registre los datos de los profesionales que asesorarán el desarrollo de la modalidad de grado. En caso de ser más de uno, se debe indicar quién asume el rol de Director y quién el rol de codirector.

| Nombres y apellidos | Rol | |
|---------------------|----------|------------|
| | Director | Codirector |
| | | |
| | | |
| | | |

Nota: La propuesta debe tener una extensión máxima de 4000 palabras sin incluir la información general, el resumen y las referencias.



Carrera 32 No.22-08 Sector San Pedro Alejandrino
Edificio Administrativo `Roque Morelli Zárate` 2do Piso
Santa Marta - Colombia PBX: (57-5) 421 7940 Ext. 3140, 3170 y 3274
vinvestigacion@unimagdalena.edu.co
www.unimagdalena.edu.co



2 Resumen

La jurisdicción arbitral en Colombia se erige como un mecanismo alternativo de solución de conflictos (Ley 1563, 2012, art. 1) que, en la actualidad, está siendo ampliamente utilizado para dirimir las controversias derivadas de la etapa contractual de los contratos estatales.

Sin embargo, la jurisdicción arbitral cuyo origen es contractual, es un servicio privado, que acarrea costos de gestión que ascienden en muchos procesos, a altas sumas de dinero (Romero, 2003, p. 48). Por otro lado, la efectividad de su aplicación por encima de la jurisdicción especial administrativa no es del todo clara, pues si bien su uso pretende generar celeridad en los procesos judiciales, para que los conflictos contractuales afecten en menor medida la ejecución del contrato, el control jurídico realizado por el consejo de estado (a recursos de nulidad de laudos arbitrales y revisiones de tutela en la materia) termina alcanzando la esfera de lo contencioso administrativo lo que redundará en los mismos tiempos que se deberían economizar.

Muy temprano, en la etapa precontractual existe bajo la advertencia de la norma, la obligatoriedad de tipificar los riesgos asociados a la ejecución del contrato estatal. La necesidad de estimar, tipificar y asignar los riesgos en el proceso contractual se materializa en la Matriz de riesgos. Precisamente esa asignación de riesgos tiene por objetivo mantener la estabilidad económica del contrato y la ecuación contractual.

El presente artículo de reflexión pretende analizar la utilidad de la jurisdicción arbitral para dirimir conflictos derivados del contrato estatal, explorando la celeridad del proceso arbitral en contraposición a los tiempos empleados en la jurisdicción administrativa para resolver problemas generados en la etapa contractual del contrato estatal y como desde la etapa de precontractual, durante el proceso de tipificación de los riesgos, se asume cuál de ellos (al poner el riesgo la estabilidad financiera del contrato) puede ser dirimido desde la jurisdicción arbitral y así limitar desde la etapa del diseño la competencia de la misma.

3 Motivación y Justificación

El uso de la jurisdicción arbitral como mecanismo para dirimir conflictos estatales se encuentra en auge. De hecho, el Consejo de Estado y las entidades territoriales abogan cada vez más por la utilización de los tribunales de arbitramento (Crespo, 2013, p. 54), para contribuir a la descongestión de los tribunales administrativos y a la celeridad de los procedimientos jurídicos en beneficio de la ejecución contractual.

Sin embargo, la utilidad de los tribunales de arbitramento se ve comprometida por múltiples factores que incluyen el costo que debe pagarse para acceder a ellos, la ineficacia de su aplicación para cierto tipo de contratos estatales y la inevitable activación de la jurisdicción administrativa cuando se analiza la validez de los laudos arbitrales. Dichas circunstancias generan un detrimento mayor al Estado como parte dominante de la relación contractual, y en últimas terminan por afectar la ejecución misma del contrato. Si bien el uso de los tribunales de arbitramento para dirimir conflictos estatales representa una ventaja en tiempos de ejecución, que termina significando un beneficio económico para las partes, su uso indiscriminado podría generar el efecto contrario.

Con el presente artículo de reflexión se pretende desarrollar unos requisitos y/o características a aplicar para determinar cuando la jurisdicción arbitral resulta útil para dirimir los conflictos de la contratación estatal, usando la llamada “matriz de riesgo” de los contratos estatales para analizar la eficacia de la jurisdicción arbitral dependiendo del tipo de contrato, el tipo de riesgo y posteriormente el tipo de conflicto generado a partir de dichos conceptos.

En la actualidad es necesario analizar la figura de la cláusula compromisoria en los contratos estatales, y la posterior activación de los tribunales de arbitramento para resolver las divergencias presentadas, pues existe la posibilidad, que el Estado se vea perjudicado administrativamente y económicamente, por la falta de efectividad del laudo arbitral. Acceder a un tribunal de arbitramento genera altos gastos de gestión, que usualmente termina pagando el Estado.





Bajo ese entendido, se espera que el tribunal sea altamente efectivo para resolver los conflictos jurídicos que le atañen, pues si alguna de las partes no se encuentra conforme con el laudo arbitral, o la decisión no es resuelta debidamente en derecho, el Consejo de Estado terminaría por activar su aparato judicial para ulteriormente resolver el conflicto jurídico.

La ineffectividad del tribunal de arbitramento podría generar un gasto innecesario acarreado por los extremos contractuales. Esta situación puede evitarse si anterior al establecimiento de la cláusula compromisoria en los contratos estatales, se analiza si esta es imprescindible o si, por el contrario, en el tipo de contrato que se sustrae dependiendo del caso aplicable, la jurisdicción arbitral no presenta utilidad, y los conflictos que se susciten en el futuro durante la ejecución del contrato, deben ser resueltos por la jurisdicción pública administrativa. La utilización de la matriz de riesgo para determinar la utilidad del arbitraje resulta ideal, toda vez que este mecanismo estudia los posibles riesgos que pueden presentarse durante la ejecución del contrato, que consecuentemente, generarían la necesidad de acudir a los tribunales de arbitramento. Además, permite el estudio de factores técnicos a considerar, antes de suscribir una cláusula compromisoria que resulte útil.

4 Objetivos

4.1 Objetivo General

Determinar, a través de la tipificación de los riesgos previsible materializados en la Matriz de Riesgos, la utilidad de la jurisdicción arbitral para dirimir conflictos derivados del contrato estatal.

4.2 Objetivos Específicos

- Determinar qué tan eficaz es la jurisdicción arbitral, en términos económicos, para la resolución de convergencias que se puedan presentar con ocasión del contrato estatal.
- Definir la tipología de los riesgos presentes en la etapa precontractual y contractual y su posible mecanismo de mitigación.
- Determinar si la matriz de riesgo de los contratos estatales puede ser utilizado como mecanismo eficaz e indispensable para establecer en cuales casos puede o no utilizarse la jurisdicción arbitral.

5 Fundamentación

El artículo 1 de la Ley 1563 del 2012 define al arbitraje como:

un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

Así pues, en el arbitraje los extremos contractuales se someten voluntariamente ante un tercero imparcial, diferente a un Juez de la República, para que dé resolución a un problema jurídico susceptible de someterse a dicha jurisdicción arbitral. Bajo ese entendido, el arbitraje tiene su génesis en la voluntad de las partes. La Cámara de Comercio de Bogotá, citada por Pérez (2017), expone que la voluntad de las partes se presenta de diferentes formas dentro del arbitraje, entre los que se encuentran, la decisión inicial de someter el conflicto a un juez diferente a la justicia ordinaria, la determinación de la controversia contractual susceptible del tribunal de arbitramento, las condiciones logísticas de dicho tribunal e incluso los tiempos a emplearse en el proceso de arbitraje. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2008, pp. 191-192). Estas características, demuestran la importancia de la voluntad de las partes contenida





en el pacto arbitral, pues, en últimas, determinan la sujeción de los extremos contractuales a la decisión tomada por el tribunal de arbitramento.

Las características del arbitraje son la heterocomposición, la convencionalidad, la temporalidad, la excepcionalidad y la juridicidad. (Pérez, 2017, pp. 275-278).

Según Rico Puerta (2008), la heterocomposición “implica la intervención de un tercero, con poder decisorio y vinculante para los sujetos del conflicto” (p. 26). Lo que significa, al tenor de lo dispuesto por la Corte Constitucional, que las partes enfrentadas se someten a la resolución de un conflicto por parte de un tercero independiente (Corte Constitucional, Sentencia C-1195,2001). En el caso del arbitraje, si bien las partes acceden a la posible intervención del arbitraje para resolver sus conflictos, someten su autonomía a la decisión tomada por el tercero juzgador, cualquiera que esta sea. La excepcionalidad y temporalidad van de la mano, y se encuentran estipuladas en el Artículo 116 de la Constitución Política. Las atribuciones arrojadas a los tribunales de arbitramento son especiales, transitorias y excepcionales, pues la ley no puede determinar una obligatoriedad del arbitraje para dirimir un conflicto específico. El carácter transitorio del arbitraje se predica de su intervención como un mecanismo alternativo a la jurisdicción ordinaria, sin embargo, la justicia ordinaria, pública y estatal es quien tendrá la prevalencia de conocimiento de asuntos jurídicos en términos generales (López, 2013, p. 61).

En Colombia, el arbitraje obedece a un modelo dualista, pues diferentes cuerpos normativos regulan la función arbitral. Así, existe una relación armónica entre la Ley 1563 de 2012, que regula mayoritariamente el arbitraje nacional, y los tratados internacionales como el Convenio de Washington de 1958, relativo al arbitraje internacional, comercial y de inversiones.

La evolución normativa del arbitraje en Colombia ha permitido que este mecanismo conozca de ciertas controversias contractuales surgidas durante la ejecución del contrato estatal. Según el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993 “son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las Entidades, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se definen en esta ley”.

En su tiempo, la Ley 80 de 1993, reguló el compromiso y la cláusula compromisoria en los contratos estatales, determinando incluso que “Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal” (Ley 80 de 1993, artículo 68). A pesar de que esta disposición normativa fue derogada por la Ley 1563 de 2012, se entiende que el legislador pretendía permitir un amplio uso de la jurisdicción arbitral en la contratación pública, posiblemente a fin de descongestionar los juzgados administrativos, y para asegurar la celeridad de los procesos, en beneficio de las ejecuciones contractuales.

La demora en las decisiones judiciales emitidas por los tribunales ordinarios genera un detrimento significativo en el equilibrio contractual del contrato, así como también pone en riesgo la ejecución de muchos contratos que utilizan materiales susceptibles de un daño irreparable con el paso del tiempo.

Tal y como lo asegura Carlos Miranda (2013)

el tiempo es uno de los mayores costes de transacción de los procesos jurídicos. Para una empresa que disputa ante el sistema judicial el pago en virtud de una compraventa de maquinaria equivalente a dos (2) millones de dólares, el tiempo que el Estado se demora determinando si tiene dicho un derecho representa un coste económico en términos de coste de oportunidad, esto es, todas las inversiones que pudo haber realizado y el dinero que pudo haber ganado dicha empresa de contado con los recursos en efectivo durante el tiempo que dure el proceso, más allá de la indexación por la normal deprecación de la moneda o los intereses comerciales que puedan generarse por virtud de la ley. Así, el



Carrera 32 No.22-08 Sector San Pedro Alejandrino
Edificio Administrativo `Roque Morelli Zárate` 2do Piso
Santa Marta - Colombia PBX: (57-5) 421 7940 Ext. 3140, 3170 y 3274
vinvestigacion@unimagdalena.edu.co
www.unimagdalena.edu.co



tiempo como coste de transacción es frecuentemente minimizado por los operadores jurídicos que por lo general atienden a otro tipo de lógicas. (p. 91).

Es por lo anterior, que el arbitraje se erige como una alternativa idónea para evitar un detrimento significativo en cierta tipología contractual que depende de la brevedad temporal para garantizar la culminación del contrato. Sin embargo, el uso del arbitraje para dirimir dichos conflictos contractuales podría convertirse en un arma de doble filo cuando por factores sustanciales o procesales, las partes objetan la decisión contenida en el laudo arbitral, y deciden accionar el aparato contencioso-administrativo por medio de recursos de anulación o acciones de tutela. Esta situación “implica una duplicación de los costes de transacción en dicho procedimiento especial en términos de tiempo. Así pues, el nacimiento de un proceso constitucional con doble instancia y eventual revisión respecto de un laudo emitido con celeridad en un proceso de única instancia solo puede ser expresado con el viejo adagio de que “el remedio resulta peor que la enfermedad” (Miranda, 2013, p. 92). Aunado a lo anterior, el menoscabo podría reputarse también de la inversión realizada por las partes al someterse a la jurisdicción arbitral, pues dado su carácter oneroso, los gastos de gestión se malgastarían al acudir ulteriormente a la jurisdicción ordinaria que es pública.

Las consecuencias negativas de la utilización inapropiada del arbitraje en ciertos tipos de contratos aplicados en la contratación estatal pueden reducirse significativamente, si se realizan estudios previos que permitan determinar la verdadera utilidad del tribunal de arbitramento si se presenta una posible controversia contractual. Allí es donde la matriz de riesgo juega un papel fundamental para el análisis costo-beneficio del uso de la jurisdicción arbitral vs la jurisdicción ordinaria.

Para ello, se planteará, como desde el diseño inicial de la matriz de riesgo (que deberá incluirse en documentos tales como el proyecto de Pliego de Condiciones o su equivalente y la información contenida en ella), deberá utilizarse para analizar y tratar los riesgos del proceso de contratación y limitar desde aquí la jurisdicción arbitral. Aquellos tratamientos que correspondan a garantías, cláusulas penales o multas y sanciones y desde luego los que exclusivamente puedan ser llevados a dicha jurisdicción privadamente a través de la cláusula.

6 Plan de Actividades

No aplica.

7 Resultados o Productos Esperados

Además de la revisión bibliográfica y documental que estudiará la jurisdicción arbitral como mecanismo para resolver controversias contractuales, el artículo de reflexión pretende presentar un análisis aplicable a cualquier tipología contractual, que permita determinar la pertinencia de incluir una cláusula compromisoria en los contratos estatales, como mecanismo útil para dirimir conflictos por medio de la jurisdicción arbitral. La utilidad de los tribunales de arbitramento se enfocará en distintas variables a aplicar como lo son: el costo de gestión de los tribunales de arbitramento, el tiempo empleado por los tribunales para dirimir las controversias contractuales, la posible afectación que los retrasos jurídicos pudieran generar en la ejecución de los contratos estatales, y la efectividad jurídica de los laudos arbitrales en materia de contratación estatal.



Carrera 32 No.22-08 Sector San Pedro Alejandrino
Edificio Administrativo `Roque Morelli Zárate` 2do Piso
Santa Marta - Colombia PBX: (57-5) 421 7940 Ext. 3140, 3170 y 3274
vinvestigacion@unimagdalena.edu.co
www.unimagdalena.edu.co



8 Cronograma

| Actividades | Fecha de inicio | Fecha de finalización | Peso dentro del proyecto (%) |
|--|-----------------|-----------------------|------------------------------|
| Recolección de antecedentes y casos. | 01 junio 2020 | 08 junio 2020 | 20 |
| Análisis de la información. | 03 junio 2020 | 18 junio 2020 | 20 |
| Planteamiento de la hipótesis central de la investigación. | 03 junio 2020 | 10 junio 2020 | 10 |
| Desarrollo, escritura y argumentación del documento. | 04 junio 2020 | 04 julio 2020 | 30 |
| Análisis resultados. | 04 julio 2020 | 11 julio 2020 | 15 |
| Conclusiones. | 11 julio 2020 | 13 julio 2020 | 5 |
| Entrega del documento definitivo. | | 15 julio 202 | |

9 Presupuesto

No aplica.

| RUBRO GENERALES | FUENTE DE LOS RECURSOS CAPACIDAD INSTALADA | | | | TOTAL RUBRO |
|----------------------|---|--------------|------------------------|------------------|----------------|
| | ENTIDAD APORTANTE | UNIMAGDALENA | | OTRAS FUENTES | |
| | | EFFECTIVO | CAPACIDAD INSTALADA | | |
| Gasto de Personal | | | | | |
| Materiales e Insumos | | | | | |
| Bibliografía | | | | | |
| Equipos y Accesorios | | | | | |
| Otros rubros | | | | | |
| Viajes | | | | | |
| Salidas de Campo | | | | | |
| TOTAL | | | | | |

*Los rubros son de acuerdo a la naturaleza del proyecto.

10 Referencias

Congreso de la República de Colombia (2012, Julio 12) Ley 1563 *Por la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial No. 48.489. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html

Pérez, J. A. S. (2017). El concepto y la naturaleza del arbitraje comercial en el ordenamiento jurídico colombiano. *Justicia*, 22(32), 259-282.



Carrera 32 No.22-08 Sector San Pedro Alejandrino
Edificio Administrativo 'Roque Morelli Zárate' 2do Piso
Santa Marta - Colombia PBX: (57-5) 421 7940 Ext. 3140, 3170 y 3274
vinvestigacion@unimagdalena.edu.co
www.unimagdalena.edu.co



Cámara de Comercio (2008). Notas de Arbitraje. Bogotá, Colombia: Editorial Scripto Ltda.

Rico, L. (2008). Teoría General del Proceso. Bogotá, D.C., Colombia: Editorial Leyer.

Corte Constitucional, República de Colombia (2001, noviembre 15). Sentencia C-1195 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Es- pinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1195-01>. Htm.

López, H. (2013). *Proceso Arbitral Nacional*. Bogotá, D.C., Colombia: Dupré Editores Ltda.

Congreso de la República de Colombia. (1993, octubre 28). Ley 80 *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Diario Oficial No. 41.094. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Miranda, C. O. (2013). Análisis económico de la acción de tutela contra laudos arbitrales en Colombia. Contexto, 40, 87.

Crespo Buelvas, J. E. (2013). La generación de una justicia privatizada en los contratos estatales desde la óptica del derecho administrativo en Colombia (Disertación Doctoral, Universidad Nacional de Colombia).

Romero, L. (2013). El arbitraje en los contratos estatales. (Trabajo de grado para optar al título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana).



Carrera 32 No.22-08 Sector San Pedro Alejandrino
Edificio Administrativo `Roque Morelli Zárate` 2do Piso
Santa Marta - Colombia PBX: (57-5) 421 7940 Ext. 3140, 3170 y 3274
vinvestigacion@unimagdalena.edu.co
www.unimagdalena.edu.co