

Comentario Económico del día

Director: Sergio Clavijo
Con la colaboración de Sandra Zamora

Mayo 9 de 2012

Costo judicial del arbitraje

Es normal que surjan disputas jurídicas en los contratos, especialmente si se trata de negocios de larga duración o complejidades derivadas de un gran cúmulo de imprevistos. Los contratos comerciales relacionados con alianzas estratégicas, adquisición o fusión de empresas condicionadas a tal o cual evento o los relacionados con infraestructura son proclives a este tipo de disputas jurídicas. Las controversias entre el Estado y los particulares dan lugar a la aplicación de la justicia de “lo contencioso administrativo”, donde ha sido recurrente la dilación de los procesos. De hecho, el propio Consejo Superior de la Judicatura ha mencionado que el tiempo promedio de solución de conflictos en la rama administrativa actualmente es superior a los dos años.

En materia de contratación del Estado, dicha tardanza genera funestos efectos sobre la inversión privada. Por esta razón, la Ley 80 de 1993 contempló el mecanismo de solución directa de controversias contractuales a través de la conciliación y el arbitramento, buscando transparencia, celeridad y menores riesgos-costos en la contratación pública.

Recientemente, la nueva Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) denunció la presión del sector privado sobre el sector público por cuenta del aparente incumplimiento en algunos contratos referidos a concesiones viales. Dicha amenaza consiste en llevar dichas disputas ante tribunales de arbitramento, sabiéndose que cada uno de ellos puede costarle unos \$2.000 millones de pesos al erario público (en caso de salir derrotado) y donde se presume que existen al menos una decena de casos en disputa.

El problema radica en que el costo de un tribunal de arbitramento en Colombia supera el referente internacional, luego sería más barato para el Estado colombiano acudir al Centro Internacional de Arbitraje (CCI) en París, que procesarlos localmente. En efecto, el cuadro adjunto indica que en Colombia las pretensiones en dichos tribunales pueden llegar hasta un 6% del valor en disputa, mientras que las tarifas del CCI son más flexibles y manejan porcentajes (no lineales) más bajos a medida que aumenta el valor de las pretensiones. Esto implica, por ejemplo, que en el arbitramento de la concesión Pereira-La Victoria, por cerca de US\$33 millones, los gastos del tribunal resultaron ser US\$1.9 millones durante el 2011, de los cuales el 50% tuvo que ser asumido por el Estado. Si se hubiera recurrido al CCI, dicho costo habría sido de un máximo de US\$260.000, con un ahorro entonces de US\$1.6 millones para el erario público.

También falla en Colombia la doctrina arbitral. La Ley 80 de 1993, al igual que la nueva ley de APPs (Ley 1508 de 2012), permite a las partes negociar la distribución de los riesgos, buscando el equilibrio económico. Pero, por ello mismo, estas leyes establecen que los contratos de concesión son “por cuenta y riesgo del contratista” (para eso se les paga, para asumir los riesgos). Según Palacios (2002), si bien

Continúa

Director: Sergio Clavijo
Con la colaboración de Sandra Zamora

ello no implica que el contratista deba asumir todos los riesgos, tampoco se trata de garantizar en dichos contratos la utilidad del contratista, pues, al fin y al cabo, no se trata de un “obra pública”. Pero, también con razón, los privados suelen alegar las graves fallas de diseño por parte del Estado en estructuración inicial de estos proyectos, dejando abiertas grandes áreas de zonas grises e imprevistos.

El problema radica en la aplicación de la llamada “teoría del imprevisto”, la cual parece ser de uso restrictivo, en ocasiones generando la condena del Estado por diversas eventualidades. Si bien se ha hecho énfasis en la creación de la nueva oficina de defensa del Estado en el Min-Justicia, lo cual apunta en la dirección correcta, también se requiere repensar los conceptos de “riesgo y ventura” a la hora de los laudos arbitrales.

La ANI ha mencionado que viene trabajando en la línea de modificar las cláusulas compromisorias en los contratos estatales para: i) hacer la selección de los árbitros con experiencia técnica específica, preservando su independencia, para evaluar mejor dichas “eventualidades”; ii) negociar de forma más equitativa los honorarios con los árbitros; y iii) buscar que los costos del tribunal sean asumidos por el concesionario y sólo en el evento en que la ANI salga vencida se pagará la proporción correspondiente del laudo arbitral.

En síntesis, aunque el arbitraje judicial es un instrumento útil para aplicar “la pronta justicia”, hasta el momento ha resultado ser un instrumento costoso. Se debe trabajar en la línea de abaratar el uso de estas instancias, teniendo como referente las mejores prácticas internacionales antes comentadas, y ganar en la dotación de jueces y peritos con especialización en estas áreas, como lo ha venido proponiendo Anif de tiempo atrás (ver Comentario Económico del Día 15 de 2012).

Tarifas tribunal de arbitramento según Decreto 4089 de 2007		Tarifas Centro Internacional de Arbitraje (CCI) 2012					
Cuantía US*	Tarifa (según Decreto 4089 de 2007)	Cuantía US	Gastos administrativos	Honorarios de un árbitro		Tarifa**	
				mínimo	máximo	mínimo	máximo
Hasta \$3.333	\$ 420	hasta \$50.000	\$ 3.000	\$ 3.000	\$ 0	\$ 6.000	\$ 30.030
		\$50.001 - \$100.000	4.73%	2.650%	13.568%	12.680%	45.434%
		\$100.001 - \$200.000	2.53%	1.431%	7.685%	6.823%	25.585%
\$3.333 - \$55.556	13%	\$200.001 - \$500.000	2.09%	1.367%	6.837%	6.191%	22.601%
		\$500.001 - \$1.000.000	1.51%	0.954%	4.028%	4.372%	13.594%
\$55.556 - \$166.667	9%	\$1.000.001 - \$2.000.000	0.95%	0.689%	3.604%	3.017%	11.762%
		\$2.000.001 - \$5.000.000	0.46%	0.375%	1.391%	1.585%	4.633%
		\$5.000.001 - \$10.000.000	0.25%	0.128%	0.910%	0.634%	2.980%
\$166.667 - \$277.778	8%	\$10.000.001 - \$30.000.000	0.10%	0.064%	0.241%	0.292%	0.823%
		\$30.000.001 - \$50.000.000	0.09%	0.059%	0.228%	0.267%	0.774%
\$277.778 - \$555.556	7%	\$50.000.001 - \$80.000.000	0.01%	0.033%	0.157%	0.109%	0.481%
		\$80.000.001 - \$100.000.000	0.004%	0.021%	0.115%	0.067%	0.349%
		\$100.000.001 - \$500.000.000	0.004%	0.011%	0.058%	0.037%	0.178%
Mayor a - \$555.556	6%	superior a \$500.000.000	\$ 113.215	0.010%	0.040%	\$ 263.215	-

*Tasa de cambio \$1.800

**Cálculos con tres árbitros, aunque las controversias pueden ser resueltas por uno o tres árbitros.

Fuente: cálculos Anif con base en Decreto 4089 de 2007 y tarifas Centro Internacional de Arbitraje 2012.