

REPORTE

Encuesta de Arbitraje Internacional 2013: Elecciones Empresariales en Arbitraje Internacional realizada por Queen Mary, University of London y PricewaterhouseCoopers (PwC).¹

Por Gloria María Álvarez²

Una vez más, Queen Mary y la consultora PwC unen conocimientos y técnicas de investigación para conducir y publicar los resultados de la nueva encuesta en el ámbito de Arbitraje Internacional. La presente investigación fue conducida por el investigador y docente Remy Gerbay y, a su vez, supervisada por el Profesor Loukas Mistelis. La encuesta fue realizada durante un periodo de 10 meses mediante un cuestionario de 82 preguntas completados por mas de 100 abogados corporativos. Posteriormente, para fines cualitativos, se realizaron entrevistas a 30 de los encuestados.

En esta edición, la encuesta fue dirigida a tres de los sectores más importantes del comercio internacional actual. Directamente, se contactó a quienes toman las decisiones legales dentro de las empresas especializadas en **Construcción, Energía y Servicios Financieros**.

Para propósitos de esta investigación, las decisiones empresariales de estos sectores se clasificaron en seis rubros:

- 1) El proceso para la selección del arbitraje como el medio alternativo para solucionar una controversia donde la empresa es parte;
- 2) El impacto en el uso de métodos para solucionar conflictos derivados de la crisis financiera del 2008 y la crisis en la Eurozona en 2012;
- 3) Elección y rol del abogado externo y experto;
- 4) Anatomía del usuario: las decisiones dentro de la empresa durante el procedimiento arbitral;
- 5) El uso e impacto de las empresas financiadoras de costos del procedimiento arbitral;
- 6) Costo, demora y temor a la “judicialización” del arbitraje.

¹ En su versión original: Corporate Choices in International Arbitration 2013. La encuesta puede ser consultada en su totalidad en idioma inglés en: <http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/index.jhtml>.

² Doctoranda en Arbitraje Internacional de las Inversiones por Queen Mary, University of London; y puede ser contactada en g.m.alvarez@qmul.ac.uk.

Elección del mecanismo alternativo para solucionar controversias: ¿Siguiendo siendo el arbitraje el método preferido?

Con un 52% de todos los abogados de empresa encuestados, la elección del arbitraje como el medio alternativo para solucionar controversias sigue siendo el más favorecido cuando en el conflicto existe de por medio algún elemento transnacional.

La encuesta confirma que el arbitraje es más aceptado y usado en los sectores de la Energía y la Construcción, mientras que en el área de Servicios Financieros el litigio sigue siendo el procedimiento más usado; sin embargo, los abogados de empresa en el ámbito financiero reconocen los beneficios del arbitraje y que este procedimiento es compatible para la solución de conflictos financieros. En este caso, México se encuentra a la vanguardia y es un claro ejemplo de la compatibilidad del arbitraje con los servicios financieros. La comunidad arbitral y legislativa mexicana han aceptado positivamente la reciente reforma financiera donde se prevé la creación de un Sistema Arbitral administrado por la CONDUSEF.

Los tres sectores empresariales encuestados, evaluaron cuáles son los beneficios más importantes del arbitraje. Los tres sectores coincidieron en que el principal beneficio dentro de este procedimiento alternativo es el poder elegir como árbitro a una persona que cuente con un alto grado de conocimiento 1) en el derecho sustantivo aplicado a la controversia y 2) el procedimiento arbitral.

Cada sector, reconoció como segundo beneficio del arbitraje a diversos elementos. En Construcción, la neutralidad es considerada como un beneficio del arbitraje. En contraste, para el sector Energético, la flexibilidad en el procedimiento arbitral es la segunda más importante ventaja. Finalmente, para el área de Servicios Financieros, es la "rapidez" con la que se lleve a cabo el arbitraje; este último dato, es congruente totalmente con la propia naturaleza del usuario ya que en esencia generalmente se está buscando el pronto pago de algún préstamo financiero.

Por otro lado, el costo del procedimiento arbitral es considerado como el menor beneficio para todos los sectores empresariales entrevistados.

La percepción de que el procedimiento arbitral es compatible con la naturaleza sustantiva del conflicto es positiva. Esto es con el 84 % del negocio de la Construcción y el 78% en Energía. Como se mencionó anteriormente, en el caso de los Servicios Financieros la percepción mundial de que el arbitraje es compatible en conflictos de Servicios Financieros también es favorable, aunque disminuye ligeramente en comparación de los otros sectores. Un 69% de los abogados empresariales financieros consideran que el arbitraje sí es compatible. Es importante mencionar que el porcentaje faltante (15% aprox.) no está reflejado en un desacuerdo, sino que mantienen su neutralidad al no tener opinión al respecto (23%).

Aquellos encuestados que creen que el mecanismo arbitral no es compatible con el tipo de diferencias legales enfrentadas por su empresa, consideran en un 22% que el costo del procedimiento arbitral es lo que principalmente afecta la utilidad de éste. A los factores de incompatibilidad le siguen el de demora (17%) y la falta de decisiones claras en el arbitraje (13%), ya que muchas ocasiones en los laudos arbitrales las costas y gastos del procedimiento se reparte en partes iguales independientemente de a quien favorezca el laudo en lo substantivo, inclusive en algunos caso el laudo en lo substantivo es equilibrado entre las partes sin tener a ninguno de ellos favorecido por el resultado de la decisión final.³

El impacto de la crisis financiera del 2008 y la crisis en la Eurozona

La mitad de los participantes encuestados consideran que la crisis del 2008 no afectó el volumen de conflictos legales en su empresa. Sin embargo, estas cifras son contrastantes con los resultados publicados por diversas instituciones arbitrales donde hubo un incremento de controversias recibidas en el 2009, las cuales disminuyeron hasta una actividad normal en el 2011. Adicionalmente, un moderado incremento en el uso de la mediación se ha producido después de la crisis del 2008.

Respecto al impacto geográfico que han tenido las recientes crisis financieras, los resultados de la encuesta observaron que la incidencia en países con un alto crecimiento económico como Asia y África fue mínima. Por el contrario, en el 2012 la crisis en la Eurozona ha generado un alto nivel de incertidumbre entre los abogados empresariales dedicados a servicios financieros, esto al no saber si su organización enfrentará algún conflicto legal como consecuencia de la dificultades económicas presentadas en el continente Europeo. El mejor ejemplo de esto es que a pocas semanas después de haber sido publicados los resultados de la presente encuesta, se han presentado demandas arbitrales por parte de Bancos como Laiki y Marfin (Chipre). Por el contrario, el sector de la Construcción y el Energético demostraron menor preocupación respecto a la posibilidad de que exista un incremento de los conflictos legales dentro de sus empresas.

Elección y rol del abogado externo y expertos.

En general, un 65% de los encuestados prefieren nominar a un despacho externo que represente su empresa en un conflicto arbitral. Esta tendencia es la misma en los tres sectores participantes. Los dos factores más importantes para seleccionar al abogado (o firma de abogados) que representarán al cliente en un procedimiento arbitral son experiencia en la materia y conocimiento previo en procedimientos arbitrales.

³ Con orígenes bíblicos, en el derecho anglosajón esta conducta en las decisiones del árbitro se conoce como “split the baby”. Consultar pagina 9 de la versión original de la encuesta en <http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/index.jhtml>.

En el sector de la Construcción, el conocimiento técnico de la controversia es importante; sin embargo, la opinión general es que el abogado externo tenga un amplio conocimiento de cuestiones comerciales, además de que pueda entender la naturaleza y necesidades de la empresa representada. De igual forma, al elegir entre un abogado experto en procedimiento arbitral o en conocimientos técnicos, existe una moderada preferencia por abogados que tienen experiencia y conocimiento en arbitraje.

Anatomía del usuario: las decisiones internas dentro de la empresa durante el procedimiento arbitral.

Aunque el 90% de las empresas encuestadas, cuenta con un Departamento Legal sólo el 49% cuenta con un área interna de litigio comercial. El sector con un equipo de litigio comercial más grande es el Energético con un 67%. Un dato importante, es que con más frecuencia los abogados de empresa quieren trabajar en coordinación con el abogado externo en los procedimientos arbitrales.

Uno de los resultados más notables del comportamiento empresarial y los medios alternos para la solución de controversias es que más de la mitad de los conflictos legales, es decir un 57%, se resuelven de forma amigable (negociación o mediación) sin tener que comenzar algún litigio mercantil o un arbitraje comercial ya que de iniciar éstos, existe el temor de perder futuras relaciones comerciales con la otra parte en conflicto.

En términos financieros, es decir si el ir al arbitraje o no está dentro de las políticas de la empresa condicionado a una cantidad mínima como valor de la controversia; el 86% de los abogados de empresa niegan tener una cantidad como mínimo, ya que simplemente la decisión de ir al arbitraje descansa principalmente en la estrategia previa al inicio del procedimiento arbitral.

En esta estrategia, de acuerdo a los encuestados, deben existir factores determinantes a considerar. El primero, con un 40% es la fuerza de los argumentos jurídicos, a este le sigue con un 15% la fuerza de la evidencia para sostener los argumentos jurídicos que se presenten y, finalmente, cuáles son las posibilidades de reclamar (y obtener) el pago de daños o indemnización como consecuencia del conflicto comercial.

El uso e impacto de las empresas financiadoras de costos arbitrales.

En la presente encuesta, también se exploró el nuevo fenómeno del financiamiento de los costos de procedimientos arbitrales. Particularmente, si éste es más usado después de las crisis económicas recientes.

El primer resultado es que, en general, los sectores de la Construcción, Energía y Servicios Financieros no han tenido que detener procedimiento arbitral alguno como consecuencia de la falta de recursos para seguir cubriendo los costos que éste presente. El 89% de los encuestados, respondieron que la crisis financiera no ha sido motivo para desistirse en ningún procedimiento arbitral.

Respecto a la forma en que las empresas hacen frente a los costos de un procedimiento arbitral del cual son parte, se les preguntó a los encuestados si han usado alguna forma alternativa de financiamiento, la respuesta más popular con un 61% fue el del pago de gastos legales con cuotas con tope máximas, a éste le sigue el 27% donde los usuarios han pagado honorarios de representación en un arbitraje con una fórmula compuesta por: descuento por cierto número de horas de representación legal más un bono extra en caso de que el laudo arbitral sea favorable para la empresa.

Sólo un número muy reducido de los encuestados, el 3%, ha hecho uso de financiamiento para hacer frente a sus gastos de representación legal en el arbitraje, por lo que no se puede crear una conclusión generalizada con tan poco número de usuarios. Estos usuarios, contestaron que el uso de este tipo de financiamiento ha sido por no tener los fondos suficientes y/o para compartir el riesgo con la financiadora en caso de que el laudo no sea favorable para la empresa en conflicto.

Costo, demora y temor a la “judicialización” del arbitraje.

Estas variables siempre han afectado la percepción que los usuarios tienen respecto al arbitraje. En la presente encuesta, se quiso explorar si el costo de un procedimiento arbitral es un factor que afecte de forma importante la decisión de la empresa de iniciar o no el procedimiento, a lo que sólo el 9% de los encuestado contestó que sí es determinante para iniciar este procedimiento.

Un procedimiento arbitral puede causar demora, en parte por el tiempo que el árbitro le dedique al proceso. Si es el caso de que el árbitro tenga o no disponibilidad para resolver del arbitraje, no fue calificado como un factor importante a considerar en el momento de nominarlo. Ya que los abogados de empresa, prefirieron elegir a un arbitro que sea el más capacitado a un árbitro que pueda rendir un laudo de manera más expedita que el promedio.

Además del costo y demora en el procedimiento arbitral, un tercer elemento negativo al elegir el método alterno del arbitraje, es el temor de “judicialización” del arbitraje. Al respecto, los entrevistados expresaron que el arbitraje se ha ido convirtiendo en un procedimiento altamente regulado y controlado por las firmas de abogados más que por los mismos usuarios del arbitraje, las empresas.