

El Segundo Acto: Ganó un Arbitraje y Obtuvo un Laudo. ¿Y Ahora Qué?

Atrás quedaron los días en los cuales un laudo arbitral exitoso era acompañado por una llamada de felicitaciones y una confirmación de giro electrónico para su pago.

El sistema de arbitraje internacional promueve y facilita los negocios internacionales en múltiples jurisdicciones. Lo hemos visto funcionar increíblemente bien. Uno espera que una parte que está dispuesta a someterse a un arbitraje y a navegar el proceso arbitral, también implícitamente estará de acuerdo con someterse al último paso en el proceso – realizar el pago de un laudo arbitral en su contra. Pero ningún sistema es automático y las partes que pierden tienen varias razones para no pagar. Algunas nunca tuvieron la intención de pagar y decidieron jugar con la chance de que quizás ganarían. Otros no tienen los recursos. Algunas pueden sentir que no fueron tratadas justamente y presentar una variedad de razones por las cuales la decisión fue errónea: los árbitros fueron parciales; los testigos mintieron; el panel entendió mal. Cada vez más los laudos arbitrales están siendo atacados en las cortes. Estos desafíos por lo general fracasan y aún así la contraparte se niega a pagar. Generalmente, tiene que ver con el impulso de los seres humanos de evitar pagar si piensan que no tienen que pagar o bien intentar un último esfuerzo buscando una victoria mínima logrando un descuento. Las partes generalmente son encontradas con la guardia baja cuando se dan cuenta de que ganar un laudo arbitral sustancial es generalmente el inicio de un proceso de pago largo e incierto. A propósito, cada vez más el segundo acto de ejecutar el laudo e identificar activos recuperables, es donde se da la verdadera batalla. Esto es especialmente cierto cuando los montos en cuestión son mayores.

¿Que debe hacer la parte ganadora? Ha ganado un laudo arbitral. Ha buscado su reconocimiento y ejecución en la sede del arbitraje. Se ha defendido contra los intentos en las cortes en contra del reconocimiento y la ejecución. ¿Y ahora qué? ¿Qué pasa si la contraparte no tiene bienes en la sede del arbitraje? O, ¿qué pasa si los bienes de la contraparte fueron relocalizados mientras que los pasos anteriores se iban dando o bien fueron transferidos a una red de fideicomisos? Estos escenarios son comunes. Para partes reclamantes en arbitrajes, ofrecemos dos consejos. Primero, piense en estas cuestiones temprano en el proceso, y, segundo, si ignoró el primer consejo y se encuentra con un laudo importante y sin activos a la vista, no se rinda.

Pensando Acerca de la Cobrabilidad

Para aquellos que contemplan iniciar un arbitraje o aquellos que están en el medio de un arbitraje activo, recomendamos un momento de pausa y asesoramiento. Además de pensar en la posibilidad de éxito en el fondo del arbitraje, también se debería buscar asesoramiento respecto de la posibilidad de recupero frente a la contraparte y otras partes relacionadas – especialmente

cuando la contraparte resulta ser una sociedad pantalla o una entidad vehículo creada solamente a los efectos del proyecto. ¿Hay garantes o alguna otra parte que puedan o deban ser añadidas al arbitraje o que tengan que ser demandadas separadamente? ¿Dónde tiene bienes la contraparte? ¿Son los bienes liquidables fácilmente? ¿Lleva a cabo acciones la contraparte para disponer de sus activos? ¿Están los bienes en una jurisdicción que probablemente reconozca y registre un lauro arbitral? ¿Es una jurisdicción con procesos confiables y establecidos para congelar y confiscar activos? ¿Si no es así, le permitirán las reglas de arbitraje demandar la presentación de una garantía para asegurar el pago? ¿Existen recursos previos al laudo en la jurisdicción donde están ubicados los bienes? Recuerde que un laudo contra una parte insolvente o extinguida es poco más que una irónica y costosa decoración para la pared. El arbitraje es un área en la que se debe intentar contar las fichas antes de empezar a jugar para evitar sorpresas desagradables al final del proceso.

Ejecución y Rastreo de Activos

Si efectivamente termina con un laudo exitoso y una contraparte que no paga, será crítico tener una estrategia agresiva para localizar y confiscar activos. Si un laudo es registrado en los Estados Unidos, el mismo se convierte en una sentencia ejecutable. Las cortes estadounidenses tienen mecanismos extensos para descubrimiento de pruebas posterior a una sentencia. Se podrá presentar requerimientos judiciales para obtener información bancaria y documentos corporativos, así como tomar declaraciones de personas que tengan conocimiento y que estén dentro de los Estados Unidos. Si su contraparte está en los Estados Unidos, tendrá una buena chance de utilizar el proceso de descubrimiento de pruebas para determinar dónde fueron los bienes y podría incluso alentar un arreglo una vez que la contraparte sepa de su intención de buscar y confiscar activos. Si la contraparte trata de disolver la entidad, usted podrá obtener descubrimiento de pruebas respecto de la posible transferencia de los activos a una nueva entidad dedicada a los mismos negocios, pero a la que se le hubieran convenientemente sacado sus deudas. Si se hubieran creado fideicomisos, usted tendrá la oportunidad de desarmarlos si los mismos hubieran sido creados para defraudar a acreedores. Quizás tenga que enviar a su contraparte a la quiebra. En la misma se nombrarán liquidadores, los que se encargarán de recuperar activos en representación de los acreedores y también investigarán el manejo fraudulento de los bienes. Hay tantos recursos disponibles como mecanismos para evitar acreedores. Ahora también existen mecanismos para la cooperación internacional en insolvencias y rastreo de activos. Recuerde: si su contraparte tenía suficientes activos para meterse en un contrato importante con una cláusula de arbitraje, será razonablemente posible que tenga activos en alguna parte. Salvo que pueda ver fehacientemente cómo se perdieron esos activos, siga empujando.

Financiamiento de Litigios y Otras Herramientas Disponibles

Ejecutar un arbitraje exitoso contra una contraparte puede ser un proceso tedioso y costoso especialmente cuando una contraparte sofisticada y con suficientes recursos busca de manera activa complicar los esfuerzos para ejecutar. Una ejecución exitosa va a requerir muchas veces litigio adicional y complementario en varias jurisdicciones al mismo tiempo. Más aún, bien puede requerir una aproximación multifacética que no se frene ante callejones sin salida y anticipe el camino hacia el pago. Tal como el arbitraje en sí, el proceso de ejecución y pago puede ser una distracción y generar costos sustanciales para muchos reclamantes, cuya gran mayoría quiere simplemente dejar la disputa atrás y continuar con sus negocios.

El financiamiento de litigios puede ser una opción útil para considerar. Si el caso hubiera sido financiado desde el principio, quizás estas dificultades habrían sido ya consideradas, ya que la etapa de ejecución es algo que los financistas analizan y presupuestan desde el principio y juega un rol clave en su proceso de decisión. Si esto no fue así, el reclamante puede intentar conseguir financiamiento para los costos de la ejecución y, en algunos casos, quizás pueda monetizar una parte de su laudo.

Algunos financistas de litigios u otros proveedores de capital comprarán un laudo directamente, permitiendo al reclamante exitoso monetizar una porción de su laudo y continuar con su negocio. Mientras que esto puede ser atractivo en algunas circunstancias, permitirá típicamente recuperar solamente una fracción del laudo.

Más comúnmente, un reclamante intentará obtener financiamiento para el costo de la ejecución del laudo solamente o, en algunas instancias, quizás pueda monetizar una parte menor del laudo. De esta manera, el reclamante puede retener la mayor parte de la ganancia, mientras que quita algo del dinero de la mesa para minimizar el riesgo de una ejecución sin éxito.

Como en el financiamiento de litigios tradicional, financiar la etapa de ejecución no será algo reclamable si el laudo en definitiva no es ejecutado. El reclamante no le deberá nada al financista.

Finalmente, el aseguramiento es otra herramienta a la que se le debe prestar cuidadosa atención. Con cada vez más frecuencia, un reclamante con un reclamo fuerte o un laudo exitoso – particularmente en el contexto de disputas inversor-estado – quizás pueda obtener un seguro contra el riesgo de que el reclamado se niegue a pagar un laudo exitoso.

Para más información contactar a:

Eric L. Lewis a eric.lewis@lbkmlaw.com o +1.202.659.7203

Erika Levin a erika.levin@lbkmlaw.com o +1.212.822.0161

Cristián Francos a cristian.francos@lbkmlaw.com o +1.202.659.6878

Con la colaboración de Zachary Krug de Woodsford Litigation Funding.

Este artículo es para propósitos informativos solamente. La intención del mismo no es proporcionar asesoramiento legal y ninguna relación abogado-cliente se formará por la provisión de esta información.