

INDICE:

Proceso judicial o Arbitraje? <i>Litigation or Arbitration?</i>	1
Cinco errores comunes en la negociación comercial <i>Five common mistakes in commercial negotiations</i>	3

PROCESO JUDICIAL O ARBITRAJE?

Yolanda López-Casero

Como criterio general, existe en este momento de crisis económica la opinión consensuada de que los tribunales, sobre todo los mercantiles, están sobrecargados de causas y no pueden resolver las cuestiones litigiosas ni brindar respuestas lo suficientemente rápidas y de calidad.

El Consejo General del Poder Judicial ha realizado mediante extrapolaciones de datos a partir de los asuntos ingresados en años anteriores (2006, 2007 y 2008) una valoración del incremento de asuntos judicializados y el resultado es que, en los juzgados de lo mercantil el número de concursos se ha triplicado en 2008, y es previsible que los presentados en 2009 duplicarán a los de 2008. Así, la previsión que hace el Servicio de Estadística del Órgano de Gobierno de los jueces es que estamos ante 14.951 concursos de acreedores en 2010, frente a los 10.237 de 2009, los 4.813 de 2008 y los 1.589 de 2007.

Por ello, ahora más que nunca se plantea la cuestión de si no sería más conveniente incluir en nuestros contratos una cláusula que prevea la actuación de un tribunal arbitral. La respuesta no es sencilla, ya que cada sistema jurídico presenta diversas características que pasaremos a analizar en detalle.

Antes de nada cabe aclarar que cuando hablamos de arbitrajes, no nos estamos refiriendo a un único proceso: existen arbitrajes institucionales, con procedimientos y/o árbitros prefijados, como

"Ahora más que nunca se plantea la cuestión de si no sería más conveniente incluir una cláusula que prevea un arbitraje."

por ejemplo el de la Cámara de Comercio Internacional; otros por el contrario prevén que los árbitros sean designados por las partes y con un procedimiento poco o nada regulado, y finalmente, hay arbitrajes que exigen a los árbitros que fallen de acuerdo a derecho y otros que les permite actuar equitativamente, o sea que deben decidir lo que

LITIGATION OR ARBITRATION?

Yolanda López-Casero

Today, a time when we find ourselves in a financial crisis, the opinion by general consensus is that the courts, especially the commercial ones, are overloaded with cases and cannot solve the litigation cases neither provide with quick and quality based answers.

The General Council of the Judicial Power (Consejo General del Poder Judicial) has assessed the increase of matters handled through litigation by extrapolations of data from matters of previous years (2006, 2007 and 2008) and the result is that, in the commercial courts, the number of bankruptcies has tripled in 2008, and it is foreseeable that the ones filed in 2009 will double the ones of 2008. Therefore, the forecast made by the Statistic Service of the Government Body of the judges is that we are facing 14.951 bankruptcies in 2010, as opposed to 10.237 in 2009, 4.813 in 2008 and 1.589 in 2007.

As a consequence, now more than ever the question is raised of whether it would be more convenient to include in our contracts a clause that foresees the intervention of an arbitration court. The answer is not easy, since each legal system presents different characteristics that we will analyze in detail.

It is important to clarify that when we talk about arbitration, we are not referring to one sole process: there is the institutional arbitration, with pre-established

"Now more than ever the question is raised of whether it would be more convenient to include in our contracts a clause that foresees an arbitration."

procedures and/or arbitrators, as, for example, that of the International Chamber of Commerce; others on the contrary foresee that the arbitrators be appointed by the parties and with a procedure slightly regulated or that lacks regulation, and finally, there is arbitration that requires the arbitrators to rule in accordance with the law and

crean más justo con independencia de lo que indiquen las normas jurídicas, son los denominados arbitrajes de equidad.

COMPARATIVA:

- (1) **Duración:** Por lo general, los procesos arbitrales son más rápidos que los procesos judiciales, sobre todo si se trata de arbitrajes institucionales. Ello se debe a que, las cortes de arbitraje por un lado suelen tener una menor carga de trabajo que los tribunales y por el otro, que no poseen una segunda instancia a la que recurrir las resoluciones de la primera. Punto a favor del arbitraje.

"La decisión acerca de si conviene más un arbitraje o un proceso judicial depende de varias circunstancias."

Cabe aclarar que muchos de los arbitrajes sin un procedimiento regulado pueden ser fácilmente retrasados por cuestiones formales (p.ej. la designación

de un tercer árbitro por cada árbitro de las partes), por lo que en estos casos se perdería la ventaja de la celeridad.

- (2) **Costes:** Los honorarios de los arbitrajes institucionales suelen ser más caros que las tasas judiciales. Además, estos arbitrajes suelen requerir abogados especialistas en este tipo de procedimientos cuyos honorarios muchas veces son mayores. Punto a favor del proceso judicial.
- (3) **Confidencialidad:** La mayoría de los arbitrajes institucionales prevén que su procedimiento sea confidencial. Este no es el caso en los procedimientos judiciales en materia comercial. Punto a favor del arbitraje.
- (4) **Calidad:** La calidad de las sentencias dependerá en primer lugar del prestigio y grado de especialización en la materia de de los árbitros o jueces. Hay determinadas materias que requieren un grado de conocimiento técnico que hace recomendable contar con árbitros altamente especializados (p.ej. determinados tipos de arrendamiento de obra).

Por otro lado, la gran mayoría de arbitrajes, a diferencia de los procesos judiciales no prevén una segunda instancia que permita revisar eventuales errores de la primera instancia. Esto es así a los efectos de poder tener procesos más rápidos. Pero la experiencia indica que no es infrecuente que existan temas que han sido mal comprendidos por los árbitros y que requieran una instancia de corrección. Punto a favor de uno u otro, según sea el caso.

- (5) **Neutralidad:** Para terminar, los arbitrajes permiten que en los contratos internacionales se pueda acordar un procedimiento y derecho neutro (o sea, de un país distinto al de las partes contratantes). Esto no siempre es posible cuando se pacta la jurisdicción de los tribunales.

En conclusión, la decisión acerca de si conviene más un arbitraje o un proceso judicial depende de varias circunstancias que se deberán evaluar en cada caso concreto. |

others that allow them to rule on equity, i.e. they should decide what is the most fair regardless of what the legal rules indicate, these are called arbitration in equity.

COMPARISON:

- (1) **Duration:** Generally, the arbitration process is faster than the judicial proceedings, especially in the case of institutional arbitration. This is due to the fact that the arbitration courts normally have less of a workload than the tribunals and also, that there is no second instance to which it is possible to appeal the decisions. This is one point in favour of arbitration.

"The decision on whether it is more convenient with arbitration or a litigation depends on different circumstances."

It should be said that most arbitration without a regulated procedure could easily be delayed due to formal aspects

(e.g. the appointment of a third arbitrator by each of the parties' arbitrator), so in these cases the advantage of speed will be lost.

- (2) **Costs:** The costs of the institutional arbitration proceedings are normally higher than those of litigation. Moreover, this type of arbitration generally requires lawyers with expertise in these proceedings whose legal fees that are in many cases higher. One point in favour of the litigation.
- (3) **Confidentiality:** The majority of institutional arbitration proceedings foresee that the proceeding is confidential. This is not the case in the judicial proceedings in commercial matters. One point in favour of arbitration.
- (4) **Quality:** The quality of the judgments will first of all depend on the prestige and the level of specialization on the subject of the arbitrators or judges. There are specific areas that require a level of technical knowledge that makes it recommendable having highly specialized arbitrators (e.g. certain types of construction agreements).

On the other hand, the vast majority of arbitration proceedings, unlike litigation do not foresee a second instance that allows reviewing possible errors of the first instance. This is so in order to have faster procedures. But the experience shows that it is not unusual that there are issues that have been wrongly handled by arbitrators and that require an instance for review. One point in favour of one or the other, depending on the case.

- (5) **Neutrality:** Finally, arbitration allows the parties of international agreements to establish a neutral procedure and law (that is, of a country different to that of the parties). This is not always possible when the courts jurisdiction is agreed to.

In conclusion, the decision on whether it is more convenient the arbitration or litigation depends on different circumstances which should be assessed in each and every case. |

CINCO ERRORES COMUNES EN LA NEGOCIACION COMERCIAL

Christian Lamm

1. PRESUMIR QUE LA NEGOCIACION, AL SER COMERCIAL, SERA RACIONAL

Es común que cuando vamos a negociar la redacción de un acuerdo o la solución de un conflicto comercial por general presumamos que la conversación apuntará en todo momento a maximizar los beneficios de cada uno. Después de todo, se trata de decisiones empresariales, no personales.

Grave error: Cualquier negociación es un proceso que –por su esencia– es percibido como competitivo: tendemos a pensar y sentir que “lo que gane el otro, lo perderé yo”. Por lo tanto, la negociación es un proceso que en la gran mayoría de los casos afecta a las emociones –sobre todo el ego– de los negociadores. Asimismo, muchas organizaciones se dedican más a penalizar los errores que a premiar los aciertos, por lo que las partes actúan con miedo y están más interesados en no dejar cuestiones pendientes por las que puedan ser criticados, que de buscar un acuerdo eficiente.

Esto se soluciona reconociendo la existencia de intereses meramente emocionales o “no tangibles” como por ejemplo la necesidad de que se haga “justicia” o brindar un “castigo” y trabajando sobre los mismos.

"La negociación es un proceso que en la gran mayoría de los casos afecta a las emociones – sobre todo el ego – de los negociadores."

También ayuda hacer hincapié en la comunicación y relación con la contraparte y tenderle “puentes de plata” que le permitan hacer suya la solución. En este contexto, recurrir a mediadores sea quizás la solución más eficaz: Las estadísticas señalan entre un 60% y un 80% de acuerdos alcanzados en los procesos de mediación comercial.

2. NEGOCIAR SIN HABER CONSIDERADO LAS ALTERNATIVAS POSIBLES PARA EL CASO DE NO LLEGAR A UN ACUERDO

Es común que, cuando se negocia, se tome como parámetro de negociación lo que se quiere o lo que se tiene derecho a obtener. Si por ejemplo me deben 1.000 €, no veré con buenos ojos que alguien me proponga que me de por saldado con 800 €, por más que me razonen que los gastos judiciales superarán los 200 €.

Ahora bien, en una negociación, lo que determina la ganancia o pérdida es saber y valorar lo que se podrá obtener en caso de no llegar a un acuerdo. Por ejemplo si negocio el pago de una deuda, ¿cuánto podré obtener en caso de ir a juicio? En el ejemplo del párrafo anterior, si los gastos de un juicio me suponen 200 €, cualquier suma que obtenga por sobre los 800 € debería ser considerada una ganancia. En la práctica, esto no es percibido así, debido a nuestra natural tendencia a no querer reconocer pérdidas y –eventualmente– los errores que nos han llevado a esa situación.

3. NO PREOCUPARSE POR LA PERSPECTIVA Y LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DEL OTRO

Es común que vayamos a negociar considerando únicamente nuestros intereses, ¿La contraparte? ¿Que se

FIVE COMMON MISTAKES IN COMMERCIAL NEGOTIATIONS

Christian Lamm

1. TO PRESUME THAT THE NEGOTIATION WILL BE RATIONAL SINCE IT IS COMMERCIAL

It is common that when we are going to negotiate an agreement or the solution of a commercial conflict, in general, we assume that the conversation will be at all times directed towards maximizing the benefits of each party. After all, it is about business decisions, rather than personal.

Serious mistake: Any negotiation is a process that –due to its essence– is perceived as competitive: we have a tendency to think and feel that “what the other party wins I will lose”. Therefore, the negotiation is a process that in most cases affects the emotions –specially the ego– of the negotiators. Furthermore, a lot of organizations spend more time penalizing mistakes than rewarding good decisions, thus the parties act with fear and are more interested in not leaving any matter pending, for which they may be criticized, than looking for an efficient agreement.

This is solved by recognizing that there exist merely emotional or “non-tangible” interests such as the need to do “justice” or offer a “punishment” and by working on them. It is also helpful to emphasize the communication and relationship with the opposing party and to offer him “an easy way” that allows him to make the solution as his. In this context, to turn to mediators is maybe the most efficient solution: The statistics show commercial mediations have an agreement rate ranging between 60% and 80%.

"The negotiation is a process that in most cases affects the emotions – specially the ego – of the negotiators."

2. TO NEGOTIATE WITHOUT HAVING CONSIDERED THE POSSIBLE ALTERNATIVES IN CASE THE PARTIES DO NOT REACH AN AGREEMENT

It is common that the parties, when negotiating, take as the negotiation parameter what is desired or what one is entitled to have. For example, if somebody owes me Eur. 1.000,00, I will not accept a suggestion to settle the debt for Eur. 800,00 no matter how much they argue that the legal expenses will be greater than Eur. 200,00.

However, in a negotiation, what determines the gain or the loss is to know and assess what can be obtained in case the parties do not reach an agreement. For example, if I negotiate the payment of a debt, how much could I obtain in case of going to trial? In the example of the previous paragraph, if the expenses of a trial amount to Eur. 200,00, any sum that I get over Eur. 800,00 should be considered as a gain. In practice, this is not perceived this way, due to our natural tendency of not wanting to recognize losses and –possibly– the mistakes that have led us to that situation.

3. TO OVERLOOK THE PERSPECTIVE AND THE SOLUTION TO THE OTHER PARTY'S PROBLEM

It is usual for people to enter negotiations taking only into consideration our own interests. And the opposing

cuide sola! Ello, si bien puede ser lógico, no es eficaz a la hora obtener acuerdos, ya que ayudar a la otra parte a solucionar su problema va a ayudarnos indefectiblemente a solucionar el nuestro. Por ello, en el momento de proponer opciones de acuerdo deberíamos tener en cuenta el impacto que causarían en la otra parte. Si por ejemplo podemos ayudarle a encontrar argumentos que sean aceptables en su organización (o al menos que no le generen críticas), tendremos del otro lado a un negociador mucho más interesado en llegar a un acuerdo. Por supuesto, no es sencillo ponerse en la perspectiva del otro, por lo que para esto se recomienda la realización del "role playings".

4. NO GENERAR SUFICIENTES OPCIONES DE ACUERDO

Es evidente que, cuantas más opciones para llegar a una solución haya, más posibilidades de llegar a un acuerdo satisfactorio habrá. Pero es muy común que tan pronto encontramos una solución dejamos de buscar otras. Para no estancarnos en una única opción, es aconsejable recurrir al proceso de "tormenta de ideas", que básicamente consiste en dos pasos:

- (1) Generar todas las opciones posibles, aún las más descabelladas. En esta etapa es muy importante que ninguna idea sea juzgada o criticada, ya que ello atentaría contra el proceso de libre asociación.
- (2) Criticar las ideas, escoger las mejores y asignarles un valor.

5. NO TRABAJAR EN EQUIPO

Actuar solos limita en gran medida la creatividad: no podremos llevar a cabo una "tormenta de ideas" ni realizar "role playings". Tampoco podremos asignar distintas funciones a las partes intervinientes en la mesa de negociación (p.ej. tener una persona que negocie y otra que observe la conducta no verbal de las partes). Dicho de otro modo, el equipo nos permitirá ser más creativos, ponernos en el lugar de la contraparte, obtener más información, etc., lo que nos permitirá ser mucho más persuasivos. Y, en una negociación, ser más persuasivos equivale a ser más poderosos. |

"En una negociación, ser más persuasivos equivale a ser más poderosos."

party? He shall take care of himself! That, although it might be logical, it is not efficient when it comes to reaching agreements, since helping the other party to solve his problems will inevitably help us to solve ours. Therefore, when proposing agreement options, we should take into account the impact that these will have on the other party. If, for example, we can help the other party to find arguments that can be accepted by his own organization (or at least that do not generate criticism), opposite to us we will have a negotiator that will be much more interested in reaching an agreement. Of course, it is not easy to see things from the other party's perspective, thus it is advisable to do "role playing".

4. NOT GENERATING ENOUGH AGREEMENT OPTIONS

It is obvious that, the more options are for reaching a solution, the more possibilities to reach a satisfactory agreement. However it is very common that, as soon as we find a possible solution we stop looking for other alternatives. In order to avoid coming to a standstill situation by having only one option, it is advisable to brainstorm, which basically entails two steps:

- (1) *To generate as many options as possible, including the most farfetched ones. In this phase, it is very important not to judge or criticize any idea, since it would jeopardize the process of free association.*
- (2) *To criticize the ideas, to chose the best ones and assign them a value.*

5. NOT WORKING IN TEAMS

To work alone limits considerably the creativity: we cannot brainstorm nor do role plays. Nor will we be able to assign different functions to the parties at the negotiation table (e.g. having one person to negotiate and another one to observe the non verbal behaviour of the parties). In other words, the team will allow us to be more creative, to step into the shoes of the other party, obtain more information, etc., which will allow us to be much more persuasive. And, in a negotiation, to be more persuasive is equivalent to be more powerful. |

"In a negotiation, to be more persuasive is equivalent to be more powerful."

BARTOLOME & BRIONES

ABOGADOS

BARCELONA:
BALMES, 243, 7º - 08006 BARCELONA
TEL (34) 93 292 20 20 / FAX (34) 93 415 66 38

MADRID:
JORGE JUAN, 30, 4º - 28001 MADRID
TEL (34) 91 577 47 47 / FAX (34) 91 576 30 69

MIAMI (USA):
4960 SW 72 AVENUE, SUITE 303
MIAMI, FLORIDA 33155
TEL (1) 305 665 53 53 / FAX (1) 305 665 61 30

COLABORADORES DE ESTE NUMERO

Yolanda López-Casero
Christian Lamm

Legal Newsletter se publica para clientes y amigos de la firma. Los artículos publicados no constituyen asesoramiento legal.

Si tiene comentarios o preguntas relacionados con el contenido de la presente Newsletter, le agradeceremos contacte con nosotros por e-mail: newsletter@bartolomebriones.com

Para más información y artículos, por favor consulte nuestra página web: www.bartolomebriones.com

© 2010 Bartolome & Briones. Derechos Reservados.