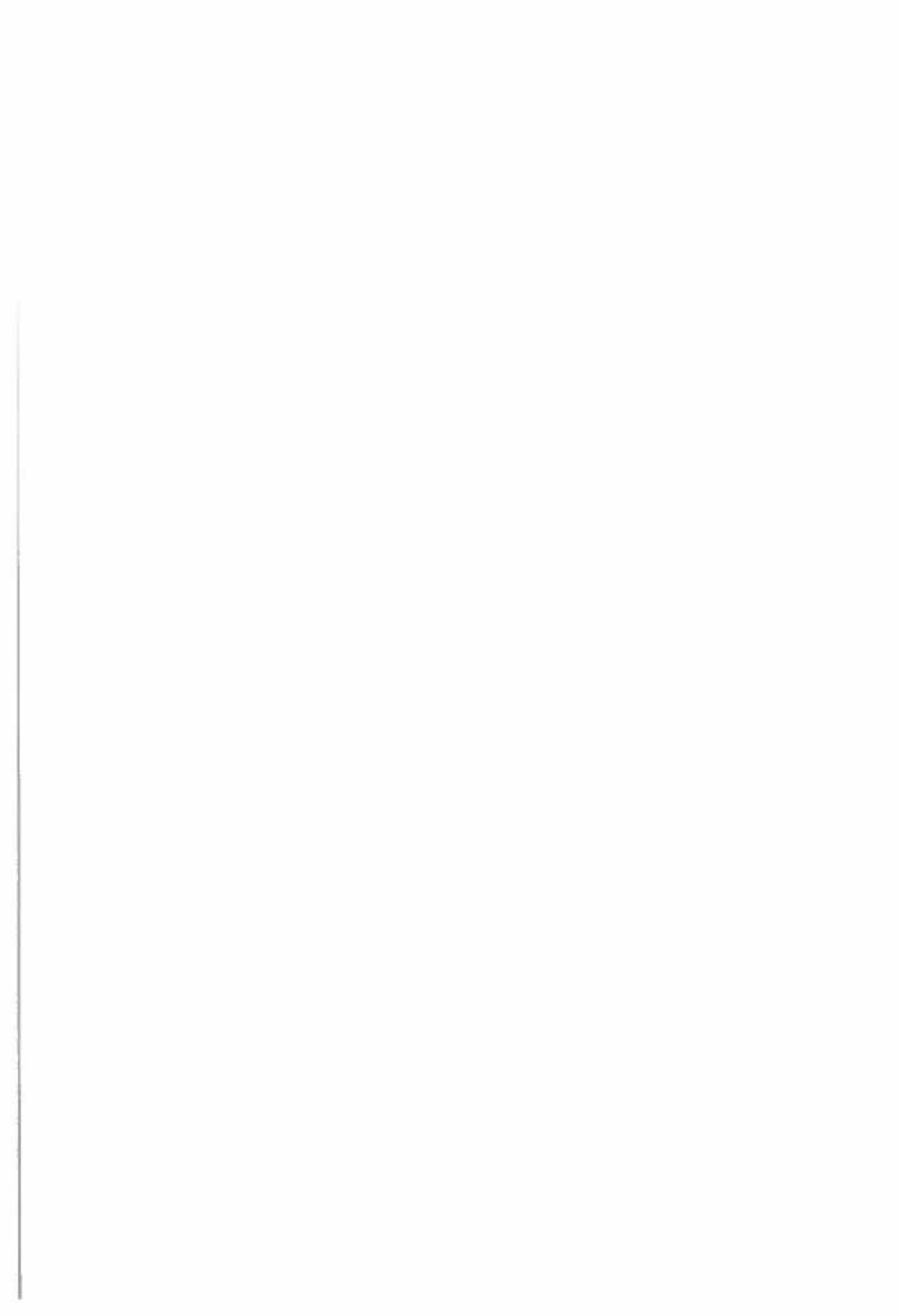


3. | SECCIÓN
ENSAYOS Y
DOCTRINA



Los lineamientos de la International Bar Association sobre representación en Arbitraje: *much ado about nothing?*

Francisco González de Cossío

Sumario

1. Reflexión inicial. 2. Preocupaciones. 2.1 Lo que se dice. 2.1.1 ¿Era necesario? 2.1.2 Soluciones que no admiten generalización. 2.1.3 Generan complicaciones. 2.1.4 Sobre-legislación. 2.2 Lo que no se dice. 3. Contenido. 3.1 Aplicabilidad y Alcance. 3.2 Representación de partes. 3.3 Comunicación con árbitros. 3.4 Promociones ante el tribunal. 3.5 Intercambio documental. 3.6 Expertos y testigos. 3.7 Soluciones. 4. Comentario final.

1. REFLEXIÓN INICIAL

Pocos desarrollos en el mundo del arbitraje han generado tanta controversia como los *Guidelines on Party Representation in International Arbitration* (“Lineamientos”) de la *International Bar Association* (“IBA”)¹. Se observa una marcada diferencia de opinión en las distintas esquinas del orbe con respecto a la conveniencia del paso dado por el Comité de Arbitraje de la IBA. A continuación hago un breve comentario sobre los Lineamientos y las preocupaciones expresadas.

1. Adoptados el 25 de mayo de 2013.

2. PREOCUPACIONES

Los Lineamientos establecen un puñado de cánones sobre cómo deben comportarse abogados en arbitraje. Son seis los temas que abordan los Lineamientos: la representación de las partes, comunicaciones con árbitros, promociones ante los árbitros, intercambio documental, expertos y testigos, y medidas que el tribunal arbitral puede tomar. Su contenido ha suscitado preocupaciones que resumiré y comentaré tanto por lo que dicen expresa y tácticamente.

2.1 Lo que se dice

No me extrañaría que, después de leer los Lineamientos, alguien sintiera desaire. El motivo: las reglas rayan en verdades de Perogrullo. Difícilmente puede aceptarse que alguien las cuestiona en *principio*². Luego entonces, ¿por qué tanta conmoción?

He escuchado con detenimiento a los detractores, muchos de los cuales son amigos que respeto en lo profesional, aprecio en lo individual, algunos inclusive admiro en lo intelectual. Sin embargo, considero que las objeciones esgrimidas son insuficientes si se comparan con las virtudes de los Lineamientos. Son cuatro las preocupaciones más escuchadas: el paso era innecesario; el contenido no admite generalización; darán lugar a complicaciones; y son sobre-regulatorios. Comentaré cada uno.

2.1.1 ¿Era necesario?

Es de admitirse, la *necesidad* del paso es cuestionable. Después de todo, la mayoría de los casos son llevados con calidad ética, y el arbitraje funciona sin los Lineamientos. Por ende, estrictamente hablando, *necesarios* no eran. Sin embargo, sí son *convenientes*. El motivo: aunque excepcionales, existen casos de

2. ¿O acaso alguien aducirá que desea tener el derecho de mentirle a un tribunal? ¿O presentar testigos falsos? ¿O triturar pruebas adversas?

conducta inapropiada y respuestas cuestionables a la misma. Cada motivo es independientemente suficiente para justificar hacer algo.

La excepcionalidad es digna de énfasis. En la mayoría de los casos que he vivido, la calidad expositiva es superada solo por la calidad ética. Y percibo que la percepción es compartida. Sin embargo, han existido casos de conducta violatoria de las más elementales normas éticas. La respuesta de tribunales arbitrales varía. Desde los que hacen un buen manejo de la crisis, hasta los que son tímidos. Esto último ha merecido explicaciones diversas.³ Por ejemplo, hay quienes se sienten persuadidos por la noción que el tribunal arbitral no es un órgano deontológico por lo que no deben hacer nada. Otros se han percatado que los problemas que abordan los Lineamientos despiertan, o pueden despertar, implicaciones de debido proceso. Y como custodios del proceso, los árbitros están obligados a tomar pasos si se propician desequilibrios que lo comprometan.⁴ Para mi gusto, la segunda visión es la más experimentada. Sin embargo, no es unánimemente compartida.

2.1.2 Soluciones que no admiten generalización

Hay quien ha dicho, con mucha energía y elocuencia, que las soluciones contenidas en los Lineamientos contienen una *solución*, cuando el problema no admite generalización. Que es mucho mejor dejar que el tribunal arbitral resuelva los problemas que surjan caso por caso.

El argumento que deposita confianza en el tribunal arbitral es, para mi gusto, bueno. Pero no milita en contra de la emisión de los Lineamientos. Los Lineamientos no buscan *agotar*, sino *orientar*. Y de ninguna manera constriñen. Por ende, no obstante el mérito de la observación, no es causa suficiente para válidamente cuestionar los Lineamientos.

3. En algunos casos más que explicaciones se observan excusas y evasivas. Dirigir la atención a otra cuestión probablemente para evitar reconocer yerro.
4. Y para ello, cuentan con un acervo de conocimiento y experiencia en las facultades inherentes del tribunal arbitral.

2.1.3 Generan complicaciones

Hay quien teme que los Lineamientos generen aún otra oportunidad para chicanas. Para accidentar el proceso. La preocupación tiene mérito. Es de sospecharse que abra los ojos a algunos que usen su contenido para entorpecer. Aceptado el riesgo tengo dos motivos para considerar que no es suficiente para abogar en contra de los Lineamientos. Primero, el tribunal arbitral puede encausar su utilización usando las reglas mismas en contra de quien desea utilizarlas para accidentar⁵. Además, siempre existe la facultad de distribuir costas para desincentivar chicanería. Segundo, ello es un riesgo inherente a todo el derecho. ¿Milita en verdad en contra de no legislar progresivamente?

2.1.4 Sobre-legislación

La preocupación de sobre-regulación merece ponderación. Son muchos los foros donde se ha propuesto que se emita algún tipo de reglamentación sobre la ética en el arbitraje. Y muchos hemos tenido que encausar los deseos indicando que la sobre-regulación es mala idea. Que el arbitraje es exitoso en parte porque no se ha anquilosado.

Aceptado que no se deje saturar de regulación a lo que ya funciona, ¿se justifica no hacer nada? ¿Justifica la preocupación de *sobre-regulación* tolerar *sub-regulación*?

Considero que no. El *quid* reside en encontrar el foro correcto para que este emita el instrumento apropiado que condense la visión de los actores clave.

Dada la internacionalidad del arbitraje, la *International Bar Association* es el *locus* más propicio para decidir si es conveniente hacer algo, qué y cómo. Pero además, considérese lo que el esfuerzo dice de la IBA. Se trata de un foro de abogados que busca

5. Por ejemplo, mediante la amonestación.

auto-regularse para mejorar la ética en su disciplina. Un paso difícil de reprochar.

2.2 Lo que no se dice

Hay algo comunicativo en lo que no se dice cuando se critican los Lineamientos. Es digno de notar que, aunque existe diferencia de opinión sobre la *medicina*, existe consenso sobre la *patología*: no veo que nadie cuestione que existen instancias de conducta incorrecta de abogados que representan a partes en el arbitraje. Aunque excepcionales,⁶ han existido casos graves. Desde hace tiempo algunos han (hemos) dado eco a preocupaciones. La mayoría de las veces las preocupaciones se hacen *in abstracto* por respeto al deber de confidencialidad. Sin embargo, ello no resta a que algunos casos son (literalmente) increíbles. Y cuando las implicaciones del caso son altas, la existencia de conducta incorrecta sobre, por ejemplo, procuración de pruebas, veracidad de las mismas, merece considerarse. Después de todo, alguien perderá derechos por ello. Y si no se hace algo al respecto, lo que es excepción puede convertirse en regla.

Aceptada la existencia de un (incipiente) cáncer, uno podría cuestionar la conveniencia de abordarlo *ex profeso* para arbitraje. Después de todo, para eso existen códigos deontológicos de cada jurisdicción. (¿O acaso debe existir un código para cada materia?) Lo que motiva la necesidad en *arbitraje* es el conflicto de normas deontológicas derivado de su internacionalidad. El que un proceso arbitral habitualmente rebase una jurisdicción, y que con frecuencia toque muchas,⁷ genera una incógnita: ¿Qué régimen aplica a las obligaciones éticas de los abogados en el asunto? Y de aplicar más de uno, ¿qué hacer si el estándar de exigencia varía?

6. Reitero el punto sobre excepcionalidad, con miras a no sobre-exponer.

7. Sea por el origen de las partes involucradas, sus abogados, los árbitros (que bien pueden involucrar tres nacionalidades distintas), el derecho aplicable, o lugares posibles de ejecución.

Existen respuestas diversas a la interrogante. Algunas evidentes; otras no. Sin embargo, lo que recibe menos respuesta es el resultado. Por ejemplo, si se acepta el postulado que la diversidad de orígenes de abogados tiene por efecto que cada abogado se rige por sus reglas éticas, la diferencia regulatoria puede generar diferencias y desventajas procesales, y mermando la igualdad en el proceso. Un ejemplo conspicuo y frecuentemente citado es el papel del abogado con respecto a los testigos y peritos. Mientras que algunas jurisdicciones consideran que es contrario a las normas éticas el que un abogado prepare a su testigo o perito, otras jurisdicciones lo consideran un paso natural e incluido dentro de un conjunto de pasos que un abogado debe tomar para representar profesionalmente a una parte. Ello genera una fuente de fricción en procesos arbitrales entre partes con tradiciones distintas que, de no manejarse correctamente, puede propiciar una desventaja seria a una de las partes, y problemas en la determinación de hechos por parte del tribunal.⁸ Es ante dicho tipo de cuestiones que la respuesta del gremio, vía la organización más prestigiada e internacionalmente representativa, es de aplaudirse.

3. CONTENIDO

La esencia del contenido de los Lineamientos es el siguiente, que resumo por tema.

3.1 Aplicabilidad y alcance

Los Lineamientos dejan claro no solo que son voluntarios, sino que no buscan desplazar las normas imperativas o deontológicas aplicables. Más aún, que no buscan mermar el acuerdo ar-

8. Piénsese por ejemplo la sorpresa que un abogado parisino sentiría al observar en la trinchera de una audiencia que los testigos y peritos de su adversario han sido cuidadosamente preparados, siendo que él cándidamente ofreció a los suyos sin cursar una sola palabra con ellos. Lo que es más, de no estar sensibilizado a esto el tribunal arbitral, la respuesta en la determinación de hechos puede ser delicada.

bitral y, sobre todo, el deber de lealtad del abogado *vis-à-vis* su cliente.⁹

3.2 Representación de partes

Con respecto a la representación, las obligaciones consisten en identificarse en la oportunidad procesal más temprana, y cuidar la integridad del proceso. De no ocurrir, el tribunal puede tomar medidas para resguardar la integridad del proceso, incluyendo excluir abogados.¹⁰

3.3 Comunicación con árbitros

Dos reglas resaltan por su importancia: la prohibición de comunicaciones *ex parte* y el tipo de comunicados que pueden sostener con árbitros prospectivos y confirmados. La primera regla será de utilidad para procurar erradicar la —de sí, excepcional y deplorable— práctica de sostener comunicados *ex parte*.¹¹ La segunda dejar claro el margen de comunicación cuando se está considerando designar a alguien como árbitro, y cuando ya lo es.

3.4 Promociones ante el tribunal

Se establece el deber a cargo del representante legal de conducirse con la verdad. A no hacer aseveraciones que sabe falsas. Esto último incluye el deber de corregir prontamente cuando ha habido un error, y el deber a tomar medidas que eviten que ello ocurra, como indicar a peritos y testigos que deben ser veraces, y tomar pasos razonables para evitar presentar pruebas falsas.¹²

9. Lineamientos del 1 al 3.

10. Lineamientos del 4 al 6.

11. Lineamientos del 7 al 8.

12. Lineamientos del 9 al 11.

Hay a quien le ha preocupado el impacto que esto puede tener en el desempeño del deber de cuidar los intereses de sus clientes. Contestaría que para *abogar* no se necesita *mentir*. Entender lo segundo como incluido en lo primero es una expresión incorrecta del alcance de las obligaciones de un abogado frente a su cliente y en cambio incumple el deber de los abogados de conducirse con la verdad ante un juzgador.

3.5 Intercambio documental

En el contexto de intercambios documentales los Lineamientos establecen: (a) el deber de preservar pruebas, (b) la obligación de no hostigar; (c) el deber de asistencia razonable; (d) la prohibición de esconder o suprimir pruebas.¹³

Las obligaciones anteriores son útiles pues, aunque excepcional, ha ocurrido que los representantes legales cooperan astutamente con las partes con entorpecer procesos de intercambio documental. Y dada la forma en que ocurren los intercambios documentales, y el nivel de participación de los tribunales arbitrales en los mismos, mucha conducta incorrecta ha permanecido impune.

3.6 Expertos y testigos

Con respecto a expertos y testigos los Lineamientos expresan obligaciones sobre (a) preparación; (b) que el testimonio refleje su postura sobre los hechos; (c) que la pericial reflejare su propio análisis y opinión; (d) una prohibición a solicitar información falsa; (e) que la preparación de testimonio no merme veracidad; y (f) remuneración de testigos y peritos.¹⁴

Este tema es sensible. La mera noción de "preparar" a un testigo o perito puede ser discutida y propiciar problemas. Si "pre-

13. Lineamientos del 12 al 17.

14. Lineamientos 18 a 25.

parar" significa explicar cómo es un interrogatorio, el alcance de sus deberes en respuesta a preguntas, y cerciorar que la conducta desplegada es apropiada dado que se está participando en un proceso, el paso es aceptable. Pero si "preparar" consiste en imbuir el contenido sustantivo de la respuesta, el paso será éticamente cuestionable. Ambos se ven en la práctica. En la medida en que los Lineamientos asisten en eliminar los segundos, su cometido es plausible.

A su vez, el esclarecimiento sobre la remuneración es de utilidad. Deja claro qué es aceptable y qué no, algo que evitará problemas.

3.7 Soluciones

Las medidas (*Remedies*) que el tribunal arbitral puede tomar son (a) amonestar; (b) derivar inferencias adversas; (c) distribución de costas; (d) medidas para preservar el proceso; y (e) exclusión de abogados. De estas la que ha generado diferencia intensa es la última. Y es entendible. Se trata de una medida extraordinaria que puede poner en tela de juicio la legitimidad misma del proceso.¹⁵

La experiencia CIADI arroja lecciones interesantes al respecto. Han existido cuatro casos donde ello se ha discutido,¹⁶ y solo en uno ha prosperado.¹⁷ El carácter y el alcance jurídico de la decisión ha sido objeto de diferencia. Mientras que algunos consideran que el caso no admite generalización, otros consideran que sí. Deseo someter a discusión que el caso no admite generalización, pero que ello no significa que la exclusión no está dis-

15. Pues la elección de representante legal es ampliamente entendido como un derecho importante.

16. *Hrvatska Electropriroda, d.d. v Republic of Slovenia*, Caso CIADI No. ARB/05/24, orden de 6 de mayo de 2008 ("*Hrvatska v Slovenia*"); *Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, Caso CIADI No. ARB/03/25, *Decision on Application for Disqualification of Counsel*, 18 September 2008 ("*Fraport v Filipinas*"); *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, *Decision of the Tribunal on the Participation of a Counsel*, 14 January 2010 ("*Rompetrol v Romania*"); *Highbury International AVV y Ramstein Trading Inc. v República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/1, *Decisión de 10 de agosto de 2011* ("*Highbury v Venezuela*").

17. *Hrvatska v Slovenia*.

ponible. Puede ordenarse cuando sea una medida necesaria para resguardar la integridad del proceso. Me explico.

Percibo que la mayoría de las personas que hablan del tema atribuyen al 'problema de Eslovenia' un efecto generalizador injustificado.¹⁸ Cuando se habla de la posibilidad de excluir abogados, la discusión con frecuencia se circunscribe a la identificación tardía de un representante legal en el asunto.¹⁹ Sin embargo, no es obligado concluir que la identificación tardía suscita problemas de debido proceso; y en cambio existen más casos en los que la medida se justificaría.

La decisión en *Hrvatska* parece más una solución *ad hoc* a una situación específica que se remediaba con la medida adoptada. Su generalización parece exagerada: es fácil pensar en muchos casos donde ocurra identificación tardía sin que suscite problema alguno. En cambio, hay otros casos en los que puede justificarse. Por ende, ¿cuál debe ser la regla? Postulo que, como suele suceder con problemas delicados, la solución no reside en una *regla* sino un *estándar*, cuya aplicación realice un análisis de balanceo entre dos postulados que propician una tensión y cuya solución no es generalizable. Requiere el ejercicio de discernimiento. Análisis de las circunstancias para adoptar la mejor solución *in casu*. Del acervo de experiencia existente, *Romp petrol v Romania* pone el dedo en la llaga al decir:²⁰

the Tribunal can find in the circumstances before it no basis for any suggestion that it should interfere in the choice by Claimant of its counsel for these proceedings, or indeed for any suggestion that the preservation of the integrity of these proceedings requires it to consider doing so. ...

18. En *Hrvatska v Slovenija* se identificó tardíamente (poco antes de la audiencia) a un abogado con quien uno de los árbitros compartía "Chambers". Ello generó una percepción de nexo cercano a una parte que desconocía las prácticas sobre el tema en Londres.

19. De hecho, tal parecería que así fue ponderado en los Lineamientos pues, no está contemplado *expressis verbis* (aunque sí *sub silentio*: sección (d)) en el lineamiento que alude a las soluciones (lineamiento 26) sino el artículo que establece el momento de identificación de representantes legales (lineamientos 5 y 6).

20. Decisión de 14 de enero de 2010.

[el tribunal no puede encontrar en las circunstancias que enfrenta motivo alguna que sugiera interferir en la elección del Demandante de sus representantes en este proceso, o que la preservación de la integridad del proceso lo exige]

Es la *integridad* del proceso lo que puede justificar la decisión de excluir. Para ello, el conjunto de circunstancias debe poner en peligro la integridad del proceso, y la gravedad de ello debe ser tal que pese más que el derecho a elegir representante —máxime si este último fue ejercido con un propósito táctico distinto al natural.²¹ El análisis es de balanceo pues la solución al problema exige una respuesta casuista que puede variar atendiendo a las circunstancias. Y en relación con la pregunta obligada (¿cuál es la fuente de autoridad para emitir tan (draconiana) solución?) la respuesta sería el acervo de facultades “implícitas” o “inherentes” con los que cuenta todo tribunal para seguir su misión. Como se dijo en *Hrvatska v Slovenia*:²²

... as a judicial formation governed by public international law, the tribunal has an inherent power to take measures to preserve the integrity of its proceedings. ... there is an inherent power of an international court to deal with any issues necessary for the conduct of the matters falling within its jurisdiction ... that power exists independently of any statutory reference ...

4. COMENTARIO FINAL

¿Por qué ha surgido el deseo de emitir lineamientos éticos sobre el actuar de representantes legales en arbitraje? ¿Por qué se observan esfuerzos diversos sobre el tema?²³ Será *Much Ado about Nothing*?

21. En este caso, bien podría hablarse de un abuso de derecho. ¿Qué derecho? El de elegir representante legal. Es decir, el (incuestionable) derecho de elegir representante legal es utilizado con miras a lograr un propósito diverso, como accidentar el proceso (vgr., comprometiendo al tribunal arbitral) u obtener una ventaja indebida.
22. Decisión de 6 de mayo de 2008
23. Considérese que el impulso no es aislado. Diferentes foros han presenciado iniciativas diversas. Por ejemplo, una institución arbitral líder (*London Court of International Arbitration*) ha incluido un anexo de reglas éticas a su último proyecto (versión de 18 de febrero de 2014) titulado “*General Guidelines for the Parties’ Legal Representatives*” con 7 lineamientos sobre el tema, con algunas similitudes a los Lineamientos IBA.

El *motif* de la comedia de Shakespeare dista de estar presente en los Lineamientos IBA. Ni son "*much ado*" y mucho menos es la ética "*nothing*": son buen primer paso, que necesitará aun más refinamiento y trabajo, sobre un tema delicado.