

Los lineamientos de la *International Bar Association* sobre representación en arbitraje internacional: *Much Ado about Nothing?*

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO*¹

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”).² 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.

I. Preocupaciones

Los Lineamientos establecen un puñado de cánones sobre cómo deben comportarse los abogados que representan a partes en el arbitraje. En esencia son seis los temas medulares de 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

1 González de Cossío Abogados, SC (www.gdca.com.mx) Árbitro y representante de partes en arbitrajes nacionales e internacionales. Profesor de Arbitraje de diversas instituciones, incluyendo Universidad Iberoamericana, Escuela Libre de Derecho y Universidad Panamericana, México. Comentarios bienvenidos a fgcossio@gdca.com.mx

2 Adoptados el 25 de mayo de 2013.

contenido ha suscitado preocupaciones que resumiré y comentaré tanto por lo que dicen expresa y tácticamente.

A) Lo que se dice

No me extrañaría que, después de leerlas, alguien sintiera desaire. El motivo: las reglas rayan en verdades de perogrullo. Difícilmente puede aceptarse que alguien las cuestione *en principio*.³ 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 tímidas si se comparan con las virtudes de los Lineamientos. En esencia son cuatro: el paso era innecesario; el contenido no admite generalización; darán lugar a complicaciones; y son sobre-regulatorios. Comentaré cada uno.

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 mismos. Por ende, estrictamente hablando, *necesarios* no eran. Sin embargo, sí son *convenientes*. El motivo: aunque excepcionales, existen casos de conducta inapropiada y respuestas cuestionables a las mismas. 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.⁴ 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, dilemas de debido proceso. Y como custodios del proceso, están obligados a tomar pasos si se

3 ¿O acaso alguien aducirá que desea que desea tener el derecho de no conducirse con la verdad ante un tribunal? ¿O pedir que un testigo mienta? ¿O triturar pruebas?

4 En algunos casos más que explicaciones se observan excusas y evasivas. Dirigir la atención a otra cuestión probablemente para evitar reconocer yerro.

propician desequilibrios que lo comprometan.⁵ Para mi gusto, la segunda visión es la más experimentada. Sin embargo, no es unánimemente compartida.

2. Soluciones que no admiten generalización

Hay quien ha dicho, con mucho tino y elocuencia, que las soluciones contenidas en los Lineamientos hacen un *tabula rasa* de lo que 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 IBA. 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 su erradicación.

3. Generan complicaciones

Hay quien teme que los Lineamientos generen aún otra oportunidad para chicanas (artimañas). 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 IBA. Primero, el tribunal arbitral puede encausar su utilización usando las reglas mismas en contra de quien desea utilizarlas para accidentar.⁶ 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?

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.

⁵ Y para ello, cuentan con un acervo de conocimiento y experiencia en las facultades inherentes del tribunal arbitral.

⁶ Por ejemplo, mediante la amonestación.

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

Considero que no. El *quid* reside en encontrar el foro correcto para que éste 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 auto-regularse para mejorar la ética en su disciplina. Un paso de difícil reproche.

B) Lo que no se dice

Hay algo comunicativo en lo que *no* se dice al abordar las preocupaciones de 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,⁷ han existido casos graves. Desde hace tiempo algunos han (hemos) dado eco a preocupaciones sobre el manejo de conducta indebida de abogados de parte. 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 en 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,⁸ genera una incógnita: ¿Qué régimen aplica a las obligaciones

⁷ Reitero el punto sobre excepcionalidad, con miras a no sobre-exponer.

⁸ Sea por el origen de las partes involucradas, sus abogados, los árbitros (que bien pueden ser tres de distintas nacionalidades), el derecho aplicable, o lugares posibles de ejecución.

éticas de los abogados en el asunto? Y de aplicar más de uno, ¿qué hacer si el estándar de exigencia varía de uno a otro?

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 ventajas o desventajas procesales –y mermar 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 un testigo o perito, otras jurisdicciones lo consideran un paso natural dentro del acervo de alternativas que los abogados tienen al 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 generar una desventaja seria a una de las partes, y problemas en la determinación de hechos por parte del tribunal.⁹ Es ante dicho tipo de cuestiones que la respuesta del gremio, vía la organización más prestigiada e internacionalmente representativa, es de aplaudirse.

II. Contenido

La esencia del contenido es la siguiente, que resumo por tema.

A) 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 arbitral y, sobre todo, el deber de lealtad del abogado *vis-à-vis* su cliente.¹⁰

⁹ 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 hecho puede ser delicada.

¹⁰ Lineamientos 1 a 3.

B) Representación de partes

Con respecto a la representación, las obligaciones consisten en identificarse en la oportunidad 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.¹¹

C) Comunicaciones con árbitros

Dos reglas resaltan por importancia: (a) prohibición de comunicaciones *ex parte* y (b) conducirse con veracidad ante el tribunal arbitral y reiterarlas de ser necesario.¹² La primera regla será de utilidad para procurar erradicar la -de sí, excepcional y deplorable- práctica de sostener comunicados *ex parte*.¹³ La segunda para desincentivar algo que es lamentable observar con frecuencia, faltas a la verdad.

D) 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 correctoras como indicar a peritos y testigos que deben conducirse con la verdad, tomar pasos razonables para evitar pruebas falsas.

E) Intercambio documental

En el contexto de intercambios documentales: (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.¹⁴

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.

11 Lineamientos 4 a 6.

12 Lineamientos 9 a 11.

13 Lineamientos 7 a 11.

14 Lineamientos 12 a 17.

F) 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 debe reflejar 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.¹⁵

Este tema es sensible. La mera noción de “preparar” a un testigo o perito puede ser discutida y propiciar problemas. Si “preparar” 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 IBA 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.

G) Soluciones

Las medidas (*Remedies*) que el tribunal arbitral puede tomar son (a) amonestar; (b) inferencias adversas; (c) distribución de costas; (d) medidas para preservar el proceso; y (e) exclusión de abogados. De estas la única que ha generado diferencia es la última. Y es entendible. Se trata de una medida extraordinaria que puede poner en tela de juicio la legitimidad del proceso.¹⁶

La experiencia CIADI arroja lecciones interesantes al respecto. Han existido cuatro casos donde ello se ha discutido,¹⁷ y solo en uno ha prosperado.¹⁸ 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; que el

¹⁵ Lineamientos 18 a 25.

¹⁶ Pues la elección de representante legal es ampliamente entendido como un derecho importante.

¹⁷ *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. v Republic of Slovenia*, ICSID Case 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*, ICSID Case No ARB/03/014, Decision on Application for Disqualification of Counsel, 18 September 2008 (“*Fraport v Filipinas*”); *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB06/3, Decision of the Tribunal on the Participation of a Counsel, 14 January 2010 (“*República v Romania*”); *Highbury International AVV y Ramstein Trading Inc. v República Bolivariana de Venezuela*, ICSID Case No. ARB11/1, Decisión de 10 de agosto de 2011 (“*Highbury v Venezuela*”).

¹⁸ *Hrvatska v Slovenia*.

estándar de exclusión debe ser que se afecte debido proceso. Es decir, que 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.¹⁹ 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.²⁰

Sin embargo, no es obligado concluir que la identificación tardía suscita problemas de debido proceso; y 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 el estándar? Postulo que, como suele suceder con los problemas más delicados, no hay una *regla* sino un *estándar*, que implica a su vez un análisis de balanceo entre dos postulados que propician una tensión y cuya solución no es generalizable. Requiere de un análisis de las circunstancias para adoptar la mejor solución *in casu*. Y del acervo de experiencia existente, *Rompetrol v Romania* pone el dedo en la llaga al decir:²¹

“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...”

“el tribunal no puede encontrar en las circunstancias que enfrenta base alguna que sugiera interferir en la elección del Demandante de sus representantes en este proceso, o cualquier sugerencia que la preservación de la integridad del proceso 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 éste último fue ejercido con un propósito táctico dis-

19 En *Hrvatska v Slovenia* se identificó tardíamente (poco antes de la audiencia) a un abogado miembro del equipo legal, con quien uno de los árbitros compartía “Chambers”.

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

21 Decisión de 14 de enero de 2010, P 27.

tinto al natural.²² El análisis es de balanceo pues la solución al problema exige una respuesta casuista que puede variar atendiendo a las circunstancias. Y en respuesta a la pregunta obligada (¿cuál es la fuente de la 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*:²³

“...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 ...”

III. 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?²⁴ Será *Much Ado about Nothing*?

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.

22 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.

23 Decisión de 6 de mayo de 2008. P33 (notas omitidas).

24 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 en anexo de reglas éticas a su último proyecto. (El proyecto 18 de febrero de 2014) contienen un Anexo titulado “General Guidelines for the Parties’ Legal Representatives” con 7 Lineamientos sobre el tema.