

Sanciones en el Arbitraje Internacional: Hacia una reglamentación uniforme.

Enactments in International Arbitration: Toward a uniform regulation

Diego Brian Gosis*

Resumen.

El artículo analiza las diferentes reglas éticas que se aplican a los abogados que trabajan en la arena internacional, y la situación particular del arbitraje internacional, que engendra la posibilidad de que los letrados de las diferentes partes –y hasta los diferentes abogados que representen a la misma parte– estén sometidos a reglas éticas distintas. A continuación, el artículo se aboca a analizar los Lineamientos de la IBA sobre Representación de Partes, que fueron sancionados para proporcionar un común denominador entre los profesionales de diversas jurisdicciones activos en el arbitraje internacional.

Palabras Clave: Arbitraje internacional- reglas- sanciones

Astract.

The paper analyzes the several different deontological rules which may apply to counsel working in the international sphere, and the particular situation of international arbitration, which brings about the possibility that the different lawyers representing the parties –even, the different representatives of the same party– be subject to different rules. Next, the paper focuses on the IBA Guidelines on Party Representation, which have been enacted to provide a common ground among professionals of different jurisdictions in international arbitration.

Keywords: international arbitration-rules- enactment

* Abogado (UBA, 1998) .Of Counsel de Gomm & Smith (Miami, FL) y de Guglielmino & Asociados (Buenos Aires, Argentina) en materia de arbitraje comercial y de inversiones. Ha participado como abogado o árbitro en más de 50 procesos arbitrales internacionales. Correo electrónico: diego.gosis@gommsmith.com .

Recibido: 6/5/2015. Aceptado con correcciones: 10/10/2015.

Sanciones en el Arbitraje Internacional: Hacia una reglamentación uniforme.

Si tiene usted buena memoria, se acordará de que insinuaba usted que hay seres que tienen pleno derecho a cometer toda clase de actos criminales, y a los que no puede aplicárseles la ley.

[F. Dostoyevsky, Crimen y Castigo]

Diego Brian Gosis

1. Introducción

A poco de mirar, notaremos que la labor del árbitro implica necesariamente un análisis de los méritos de los argumentos de las partes –presentados a través de sus representantes, generalmente abogados–, pero también de la conducta de esos representantes al manifestarlas.

En ejercicio de esas funciones, no es poco habitual que los árbitros deban dilucidar la diferencia, a veces sutil, entre el error –fáctico o jurídico– y el engaño, que se distinguen principalmente por el conocimiento que quien comunica una información errada tenía de la inexactitud de ese dato. De hecho, al actuar como árbitros, es frecuente llegar a la conclusión de que una proporción elevada de la información errada presentada ante el tribunal era sabidamente errada –es decir, que un abogado o testigo intentaba “engañar” al tribunal–, lo que pone al tribunal en una situación compleja acerca de los efectos que deba desprender de ese intento.

2. La multiplicidad de reglas deontológicas

Dependiendo de las reglas que se apliquen a las obligaciones deontológicas y profesionales de los abogados –que surgen de regulaciones dictadas por ley o por asociaciones o colegiaturas profesionales–, los letrados de diversas jurisdicciones tendrán obligaciones distintas respecto de los errores o potenciales engaños que puedan identificar en sus casos. Un ejemplo de estas diferencias se relaciona con la prohibición u obligación que puedan tener de contactar a los testigos que cada parte proponga.

En efecto, los abogados de muchas jurisdicciones latinoamericanas y de derecho continental europeo consideran –justificadamente– que los abogados no deben discutir con los

testigos que vayan a prestar testimonio en un caso el alcance de sus declaraciones, mientras que aquellos de sistemas anglosajones tienen la expectativa –también justificada, según sus propias reglas del foro– de trabajar intensamente con los testigos que vayan a participar de un proceso en sus respectivas jurisdicciones.

De hecho, aun dentro de las marcadas distancias jurídicas que dividen la práctica anglosajona de la latinoamericana, las diferencias entre jurisdicciones son tales, que un abogado inglés y un abogado estadounidense están sujetos a reglas bien distintas en materia de preparación de la participación de testigos. En efecto, mientras un abogado inglés violaría sus deberes éticos si ensayara con los testigos las declaraciones que estos fueran a dar (Arg., Código de Conducta del *Bar Council* de Inglaterra y Gales, regla rC9.4), un abogado estadounidense habitualmente realizará esos ensayos (Arg. *Restatement (Third)*, §116, comentario “b”), y probablemente incumpliría sus deberes profesionales si no lo hiciera, ya que los clientes de todos los restantes abogados de la jurisdicción contarían sino con una ventaja significativa respecto de los clientes del primero.

2.1 La situación en el arbitraje internacional

En materia de arbitraje internacional, la cuestión reviste problemas particulares, porque es completamente habitual que los abogados que representen a las diversas partes en una misma controversia vengan de jurisdicciones distintas, e incluso es muy habitual que cada parte cuente con abogados venidos de diversas jurisdicciones, lo que complica todavía más los escenarios deontológicos y las expectativas que las partes y los tribunales deben razonablemente tener acerca de la conducta de los abogados que participan del proceso.

Para paliar ese problema, o al menos para colocarlo bajo una luz menos tenue, la *International Bar Association* adoptó recientemente las Directrices de la IBA sobre Representación de Partes en el Arbitraje (las “Directrices”), en las que se proponen reglas uniformes que oficien de plataforma común de las conductas acordadas como permitidas y de aquellas prohibidas a los practicantes del arbitraje internacional. Estas Directrices contienen, en resumidas cuentas, una propuesta de ciertas normas que las partes y los tribunales pueden resolver que se apliquen a un arbitraje independientemente de las disposiciones que normalmente rijan la actividad profesional de los abogados que representen a las partes, y permiten a los tribunales arbitrales adoptar medidas de resguardo de la integridad del proceso

al darles herramientas para controlar la actividad de los representantes de las partes.

2.2. Las Directrices de la IBA

En cierto sentido, podría decirse que las Directrices recogen los corolarios aplicables al arbitraje de los Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA –que identifican principios generales de conducta, pero no son directamente aplicables con efecto vinculante–, aunque es probable que, por el particular componente transnacional del arbitraje internacional, estos corolarios arbitrales resulten aplicables más habitualmente que las reglas generales de las que se derivan.

Las Directrices se basan también en la premisa de que, consideradas en sí mismas, y por motivos adicionales a los conflictos de pluri rregulación derivados de la multiplicidad de jurisdicciones de donde vengan los abogados que se enfrenten en un caso determinado, “las reglas y las normas desarrolladas para el litigio judicial nacional pueden no ser adecuadas para procedimientos de arbitraje internacional” (Directrices, Preámbulo), lo que hace necesario proponer soluciones razonables a los problemas habituales del cruce de culturas característico del arbitraje internacional.

Consecuencia de estas premisas, las Directrices son una propuesta de regulación que depende, para su aplicación, de que sean adoptadas por las propias partes en un arbitraje en particular, o de que el Tribunal Arbitral las aplique –previa consulta a las partes– (Arg. Directrices, Directriz 1) cuando resulte necesario resolver cierta cuestión relativa a la representación de las partes en ese proceso para asegurar “la integridad y justicia de los procedimientos arbitrales” (*ibid.*).

Es importante recalcar que las Directrices se aplican a cualquier persona que comparezca en un arbitraje en nombre de una parte y que haga presentaciones, declaraciones o formule argumentos ante el Tribunal Arbitral por cuenta de dicha Parte, sin distinguir entre los abogados externos o internos de una parte. Sin embargo, las Directrices establecen expresamente que sus disposiciones no alcanzarán a quienes participen de un proceso en carácter de testigo o experto.¹ Esta excepción implica, en la práctica, que cuando una persona participe al mismo tiempo en calidad de abogado de una parte y de testigo de cierto hecho o

¹Ver la definición de “Representante de Parte” contenida en las Directrices.

circunstancia en que su caso se apoya –lo que no es común, pero tampoco completamente inédito en la práctica del arbitraje internacional–,² las Directrices se aplicarán a su participación como representante de la parte, pero no a la actividad desarrollada en calidad de testigo.

Las Directrices ponen en cabeza de los representantes de partes en el arbitraje internacional la obligación de identificarse como tales ante las restantes partes, los testigos potenciales y el Tribunal Arbitral (Arg. Directrices, Directrices 4 y 18), y de abstenerse de aceptar participar de casos en circunstancias en las que su incorporación a la representación de una cierta parte podría generar conflictos de interés con uno o más miembros de un tribunal ya constituido, salvo cuando esa situación sea revelada y no genere cuestionamientos de ninguna de las partes involucradas en la disputa (Directrices, Directrices 4-6). Estas obligaciones complementan los deberes de revelación de los árbitros contenidas en la gran mayoría de los instrumentos relevantes en la materia, y resultan un desarrollo de utilidad para preservar la integridad del proceso, al evitar que una parte introduzca cambios en su representación que tengan por propósito o efecto impedir que un tribunal debidamente constituido deje de estarlo por razón de los conflictos de interés sobrevinientes que ese cambio genere.

Las Directrices también establecen un deber de abstenerse de incurrir en comunicaciones *ex parte* –es decir, sin participación de las restantes partes– con los miembros del Tribunal, salvo en circunstancias excepcionales relativas a la selección de árbitros de parte o del árbitro presidente. Aún en esas limitadas situaciones en que las Directrices permiten el contacto de los abogados de solamente una parte con árbitros o potenciales árbitros, esos contactos están sujetos a restricciones acerca del alcance de la información que puede ser intercambiada (Arg. Directrices, Directrices 7-8), que reflejan las mejores prácticas en la

²Ver, por ejemplo, la situación desarrollada en el caso *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador* (Caso CIADI Nro. ARB/09/12), en el cuál uno de los abogados de El Salvador presentó una declaración testimonial respecto de ciertos hechos relevantes a la disputa. La decisión de jurisdicción donde estas cuestiones se discuten, y la propia declaración testimonial del abogado, pueden consultarse en <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/09/12&tab=DOC> [23/06/2015].

materia.³ Estas disposiciones preservan la integridad del proceso, al hacer innecesario probar el contenido de las conversaciones impropriadamente privadas que puedan mantener abogados y árbitros en ausencia de las restantes partes –cuestión siempre difícil de probar–, transformando el contacto mismo en una violación a los deberes de los abogados de parte.

Bajo las Directrices, los representantes de partes deben abstenerse de realizar manifestaciones de hecho falsas,⁴ de presentar pruebas testimoniales o de expertos falsas, y deben también corregir las inexactitudes en que sepan que ellos mismos o esos testigos o expertos han incurrido (Arg. Directrices, Directrices 9-11). La forma de las medidas correctivas previstas en las Directrices reconocen el deber principal debido por los representantes a las partes representadas, al prever que el representante “debe corregir rápidamente cualquier declaración de hecho falsa que haya sido presentada ante el Tribunal, *a menos de que no pueda hacerlo por consideraciones de confidencialidad y de secreto profesional que prevalezcan*” (Directrices, Comentario a la Directriz 10),⁵ pero prevén también que, en caso de que esto les impida revelar al Tribunal la inexactitud de los argumentos o pruebas presentados, los representantes de partes tienen la alternativa de renunciar a su representación de esa parte “si las circunstancias así lo justifican” (Directrices, Directriz 11(e)).

La IBA previó también en las Directrices la conducta que los representantes de partes deben adoptar en dos situaciones probatorias específicas, correspondientes a las etapas de exhibición de documentos (Arg. Directrices, Directrices 12-17) y declaración de testigos y peritos (Arg. Directrices, Directrices 18-25), mediante disposiciones que recogen y complementan los principios establecidos en las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (las “Reglas”). En particular, la técnica adoptada por las Directrices consiste en poner en cabeza de los representantes de parte la carga de informar a sus representados de las prácticas habituales en materia probatoria en el arbitraje internacional, y

³ Ver, por ejemplo, los lineamientos para entrevistar árbitros publicados por el *CharteredInstitute of Arbitrators*.

⁴Respecto de los argumentos legales, las Directrices prevén que los representantes podrán presentar cualquier interpretación de una norma que ese representante “considere razonable” (Directrices, Comentario a las Directrices 9-11).

⁵La cursiva nos pertenece.

velar por el cumplimiento de las consignas y espíritu de las Reglas por parte de sus representados. Si bien las Reglas sólo resultan aplicables en los casos en que su aplicación haya sido pactada por las partes, varias de sus disposiciones reflejan las mejores prácticas en materia de prueba en el arbitraje internacional, y resultan una fuente de inspiración para los Tribunales al momento de preparar instrucciones procesales aun en casos en que las partes no pactaron la aplicación de las Reglas.

El efecto de las violaciones a las reglas de conducta de las Directrices puede adoptar varias formas, que van desde una amonestación al representante de la parte, a la formación de presunciones contrarias a los intereses de la parte cuyos representantes han incurrido en una conducta indebida (generalmente denominadas “inferencias negativas” en la terminología del arbitraje internacional), a la asignación de mayores participaciones en la distribución de los costos del procedimiento a la parte que haya incurrido en una conducta indebida (Arg. Directrices, Directriz 26). Resulta interesante ver cómo las Directrices obligan a los Tribunales a considerar ciertas cuestiones al momento de establecer una sanción por la conducta indebida de un representante de parte, que incluyen –entre otras cosas– el impacto que la medida puede llegar a tener en la ejecutabilidad del laudo que se dicte, y “la medida en que, la [p]arte representada [...]sabía de, dispensó, dirigió o participó en la [c]onducta [i]ndebida” (Directrices, Directriz 27(f)). Estas consideraciones constituyen consecuencias necesarias de la motivación principal que subyace a las Directrices, que consiste en proporcionar un instrumento que facilite la tarea de velar por la justicia e integridad de los procedimientos arbitrales (Arg., por ejemplo, Directrices, Directriz 27(a)).

Conclusión.

A modo de conclusión, diremos que las Directrices de la IBA constituyen una primera aproximación a fijar lo que en el campo matemático llamaríamos un “mínimo común denominador” de las expectativas que las partes, sus representantes y los Tribunales ante los que se resuelven las disputas pueden válidamente tener respecto de la conducta de los representantes de parte en el arbitraje internacional. Este común denominador facilita el necesario tendido de puentes entre las diversas culturas jurídicas que se dan cita en el arbitraje y, aunque es poco probable que su adopción elimine de raíz los abundantes problemas deontológicos que se verifican en la práctica moderna del arbitraje internacional, sin duda es

una herramienta valiosa para permitir a los Tribunales afrontar algunos de los problemas más habituales.

Bibliografía.

Código de Conducta del *Bar Council* de Inglaterra y Gales (2014), Regla rC9.4. Disponible en <http://handbook.barstandardsboard.org.uk/handbook/> [23/6/2015].

- The American Law Institute (2001). *Restatement of the Law Third, The Law Governing Lawyers.* Volume 2.

- International Bar Association (2013). *Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional.* Disponible www.ibanet.org/Document/Default.aspx, consultado el 23/06/2015

- International Bar Association (2011). - *Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA.* Disponible en www.ibanet.org/Document/Default.aspx, consultado el 23/06/2015.

-Chartered Institute of Arbitrators (S/F), *Practice Guideline 16: The Interviewing of Prospective Arbitrators.* Disponible en <https://www.ciarb.org>, consultado el 23/06/2015.

- International Bar Association (2010). *Reglas de la IBA(International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional.* Disponible www.ibanet.org/Document/Default.aspx , consultado el 23/06/2015