

Hacia un estándar uniforme de las reglas 5 y 6 de la IBA sobre representación de parte en el arbitraje internacional

Pilar PERALES VISCASILLAS*
RVLJ, N.º 13, 2020, pp. 667-699.

SUMARIO

Introducción 1. El consenso en la comunidad arbitral internacional: ¿Realidad o quimera? 2. El consenso en los instrumentos del *Soft Law* 2.1. *La incorporación por referencia de las Directrices de la IBA sobre representación de parte en el arbitraje internacional* 2.2. *La influencia del modelo de las Directrices 5 y 6 de la IBA en otras regulaciones* 2.3. *Las regulaciones a examen: similitudes* 2.4. *Las regulaciones a examen: diferencias* **Conclusiones**

Introducción

Las normas aplicables al arbitraje tanto de *hard* como de *Soft Law* comparten la importancia de la independencia e imparcialidad del árbitro. Los principios de independencia e imparcialidad son principios éticos del arbitraje¹,

* **Universidad Carlos III de Madrid**, Catedrática de Derecho Mercantil.

Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (DER2016-78572-P). El texto de este trabajo corresponde en gran medida con la Conferencia pronunciada el día 9 de mayo de 2019 con motivo de la Asamblea General de la *Associação Portuguesa de Arbitragem*, celebrada en Lisboa, publicada en la *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*.

¹ Así la literatura especializada hace girar la ética de los árbitros en relación con las obligaciones de revelación y de independencia e imparcialidad. Así, entre otros: MULLERAT, Ramón: «*Ethical Rules for Arbitrators*». En: *Anuario de Justicia*

de los que depende la legitimidad del mismo². Se espera que los árbitros eviten «conflictos de interés directos o indirectos»³. Evidentemente no solo los árbitros deben evitar los conflictos de interés, sino también los abogados.

Un tratamiento particular de un tipo de conflicto de interés que puede darse durante el procedimiento arbitral es el regulado por las Directrices de la IBA (International Bar Association) sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional (2013) –en adelante, Directrices o Reglas–, Reglas 5 y 6⁴, que señalan:

5. Una vez constituido el tribunal arbitral, una persona no debe aceptar la representación de una parte en el arbitraje si existe una relación entre dicha persona y un árbitro que crearía un conflicto de intereses, a menos que ninguna de las partes objete una vez se efectúe la correspondiente revelación.

Alternativa. Barcelona, 2005, pp. 77 y ss.; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: «Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators». En: *Liber amicorum Bernardo Cremades*. La Ley. Madrid, 2010, p. 416; y DOMENICO ORSI, Silvano: «Ethics in International Arbitration: New Considerations for Arbitrator's and Counsel». En: *Arbitration Brief*. Vol. 3, N.º 1. Washington, 2013, pp. 92 y ss., proponiendo la creación de un Código ético global (ibíd., pp. 106 y ss.).

² Por todos: MADALENA, Ignacio y RIVERA MONTOYA, Nicolás: «Función y deberes del árbitro». En: *Retos contemporáneos del arbitraje internacional*. Tirant lo Blanch. H. FLORES SENTÍES, editor. México D. F., 2018, p. 76.

³ Un acercamiento doctrinal a esta cuestión puede verse recientemente en: ROGERS, Catherine A.: «Ética del abogado en el arbitraje internacional». En: *Retos contemporáneos del arbitraje internacional*. Tirant lo Blanch. H. FLORES SENTÍES, editor. México D. F., 2018, pp. 285-330; WILSKÉ, Stephen y HUGHES, Sarah: «Tácticas arbitrales de guerrilla y estándares mínimos de ética en el arbitraje internacional», en ob. cit., *ut supra*, pp. 367-394; HORVATH, Günther J., y WILSKÉ, Stephen: *Guerrilla Tactics in International Arbitration*. Wolters Kluwer. 2013, pp. 26 y 27.

⁴ El hecho de que el comentario a estas reglas señale: «En tal caso, el tribunal arbitral podrá, si las circunstancias así lo justifican, y una vez que haya establecido tener la autoridad requerida para ello, considerar excluir al nuevo representante de participar en todo o en parte del procedimiento arbitral», ha llevado a algún autor a poner en duda de si realmente las directrices otorgan dicho poder al tribunal arbitral. *Vid.* DASSER, Felix: «A Critical Analysis of the IBA Guidelines on Party Representation». En: *The Sense and Non-Sense of Guidelines, Rules and other Para-Regulatory texts in International Arbitration*. ASA-JurisNet. Special Series N.º 37. Nueva York, 2015, p. 41.

6. En caso de violación a la Directriz 5, el tribunal arbitral podrá tomar las medidas apropiadas para salvaguardar la integridad del procedimiento, incluso impidiendo la participación del nuevo representante en todo o en parte del procedimiento arbitral.

Se trata, pues, de proteger la integridad del procedimiento arbitral por los árbitros cuando, durante el desarrollo del procedimiento, se produce alguna situación de modificación en el equipo de representantes o asesores legales de una de las partes que hace surgir en uno de los árbitros un conflicto de interés que pone seriamente en duda su independencia o imparcialidad⁵, y que en consecuencia abre la puerta a su posible recusación⁶.

Son situaciones en las que el tribunal arbitral ya ha sido formalmente constituido, y los representantes legales de las partes también se han fijado o determinado formalmente; lo normal es que los abogados estén ya nombrados cuando se eligen los árbitros, y de hecho en la solicitud de arbitraje y en su respuesta se habrán facilitado habitualmente dichos datos⁷.

Como decíamos, la cuestión surge cuando durante la tramitación del procedimiento se produce algún cambio o modificación en relación con las personas inicialmente nombradas, pudiendo darse varias situaciones diferentes:

⁵ En este trabajo no vamos a realizar una distinción entre los términos independencia-imparcialidad, cuestión debatida, como es bien conocido. Existe abundante literatura jurídica al respecto, puede verse, no obstante, GÓMEZ-ACEBO, Alfonso: *Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer. 2016, pp. 69-96; MATHEUS, Carlos: *La independencia e imparcialidad del árbitro en el arbitraje doméstico e internacional*. Palestra. Lima, 2016, pp. 179 y ss.

⁶ Las leyes de arbitraje no se refieren a la cuestión que nos ocupa. Interesante a efectos de este trabajo es el Proyecto de Ley de Modificación de la Ley colombiana (2019) que ha añadido en el artículo 16 sobre impedimentos y recusaciones de los árbitros que: «No habrá lugar a recusación cuando la causal se origine por cambio de apoderado de una de las partes», lo que podría amparar las situaciones que nos ocupan.

⁷ Así sucede en la mayor parte de los reglamentos arbitrales. Por ejemplo, Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), artículos 4.3.b. y 5.1.b.

i. Inclusión de un abogado en el equipo legal que acudirá a la audiencia sobre el fondo del asunto. Esto fue lo que sucedió en el famoso caso *Hrvatska*⁸, donde a escasos diez días de la celebración de la audiencia, prevista con una duración de dos semanas, la representación legal de la parte demandada remitió a la Secretaría del Tribunal la lista de personas que acudirían a la vista, incluyendo el nombre del Sr. David Mildon QC de la *Essex Court Chambers* de Londres. El conflicto de interés surgió entre el Sr. Mildon y el presidente del Tribunal Arbitral que era «*a door tenant at the same Chambers*».

ii. Modificación del equipo legal mediante la inclusión de algún abogado no previsto inicialmente. A diferencia del caso anterior, se produce una alteración con el objetivo de introducir formalmente a un nuevo abogado en el equipo jurídico. Así sucedió en otro conocido asunto, el caso *Romp petrol*⁹, donde la abogada principal del caso comunicó su decisión de abandonarlo al dejar la práctica privada, y si bien la representación continuaría estando en el mismo despacho de abogados, con posterioridad un nuevo abogado pasó a liderar el equipo. Este nuevo abogado, Mr. Legum, había trabajado durante cuatro años y hasta siete meses antes en la misma firma de abogados del árbitro nombrado por la demandante.

iii. Cambio del despacho de abogados: Sin modificarse los nombres de las personas encargadas de la defensa de una de las partes o existiendo una modificación parcial se produce un cambio de la firma de abogados inicialmente encargada de la defensa. Se trata, en consecuencia, de la integración del equipo de abogados original en un nuevo despacho. Es en relación con el nuevo despacho de abogados con el que surge el conflicto de interés en uno de los árbitros. Los conflictos de interés que surgen pueden ser de mayor o menor intensidad: el árbitro es socio o trabaja en el despacho, el árbitro es *of counsel* del despacho, el árbitro realiza labores de asesoramiento para el despacho, el árbitro tiene parientes en el despacho o relaciones de amistad con abogados del nuevo despacho, etc.

⁸ *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. vs. The Republic of Slovenia* (ICSID caso N.º ARB/05/24), *Tribunal's Ruling regarding the participation of David Mildon QC in further stages of the proceedings*, 06-05-08.

⁹ *The Rompetrol Group, N.V. vs. Romania* (ICSID caso N.º ARB/06/3), *Decision of the Tribunal on the Participation of a Counsel*, 14-01-10.

Esencialmente, el conflicto entre el árbitro y el abogado se presenta porque estaríamos en presencia de circunstancias que podrían entrar en el listado rojo¹⁰ o en el listado naranja de las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional de 2014¹¹.

Estas situaciones recién descritas, aun no siendo frecuentes en la práctica, no son en absoluto descartables dado el marco global de la práctica de la abogacía y la movilidad de los abogados, a lo que se suma, en ocasiones, la duración de los procedimientos arbitrales. Como señala la «Introducción» a las Reglas de la IBA sobre conflictos de interés, N.º 1:

El desarrollo del comercio internacional, en el que participan grupos de sociedades y bufetes de abogados internacionales de mayor envergadura, ha incrementado el número de revelaciones e intensificado la complejidad en el análisis de cuestiones de revelación y conflictos de interés.

En qué medida cuando el conflicto alcanza a un árbitro y a un singular abogado debe extenderse a todos en conjunto resulta incierto sin tener a la vista el concreto conflicto que se presenta, si bien como regla general deberá partirse de una solución conservadora que en el caso extremo de la remoción del abogado alcance únicamente al abogado que crea el conflicto¹².

¹⁰ Así, en el listado rojo renunciante se enumeran las siguientes circunstancias que tienen relación con la cuestión que nos ocupa: «2.3. Relación del árbitro con las partes o sus abogados. 2.3.1. El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a una entidad afiliada de una de las partes. 2.3.2. El árbitro actualmente representa o asesora al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes. 2.3.3. Tanto el árbitro como el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete de abogados».

¹¹ Dentro del listado naranja destacan las circunstancias indicadas en la Directriz 3.3.

¹² Parece seguirse otro enfoque en EEUU, como ha señalado RAU, Alan Scott: «*Arbitrators without powers? Disqualifying counsel in arbitral proceedings*». En: *The Center for Global Energy, International Arbitration and Environmental Law. The University of Texas at Austin School of Law. Research Paper N.º 2014-01*. Austin, 2014, §38, en relación con la jurisprudencia de ese país: «*In fact, in most cases where a court has decided to “disqualify” counsel, the result is that the entire law firm is expected to withdraw completely from the representation –the disqualification “radiates” out to disable the firm from accepting the matter, treating those who practice together, no matter how large the firm, as “one lawyer”*»).

Volviendo al texto de la IBA, la respuesta que dan las Reglas de la IBA al problema que nos ocupa deriva de la jurisprudencia en materia de arbitraje de inversión tomando partido por la solución dada a esta cuestión en uno de los casos más conocidos, el caso Hvratska.

Resultando muy discutidas las Directrices de la IBA sobre representación de parte a nivel internacional, nos preguntamos si el estándar acogido para resolver el conflicto de interés entre los abogados y los árbitros ha recibido una respuesta favorable entre la comunidad arbitral del que puede derivarse un consenso internacional que pueda servir como una norma-modelo en un futuro Código ético a nivel verdaderamente transnacional.

Son varios los autores que han respaldado la idea de un Código ético en el arbitraje internacional, destacando, a los efectos de este trabajo, los autores que concluyen sobre dicha necesidad al confrontar, sobre todo, los casos relacionados con arbitraje de inversión, Hvratska, Rompetrol y Fraport¹³, y las diferentes soluciones a las que llegaron los tribunales en dichos casos¹⁴. La creación de un Código ético internacional es una cuestión de máxima actualidad en el arbitraje internacional y será uno de los ejes principales de discusión entre la comunidad internacional del arbitraje en los próximos años.

Conviene, sin embargo, precisar que el caso Fraport se refiere a un conflicto diferente: el que surge entre el nuevo abogado y una de las partes del procedimiento por una cuestión derivada del deber de confidencialidad, y que

¹³ Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Republic of the Philippines (ICSID caso N.º ARB/03/25), (*Annulment Proceeding*), *Decision on application for disqualification of counsel*, 18-09-08.

¹⁴ BISHOP, Doak: «*Ethics in International Arbitration*», en: https://www.arbitration-icca.org/media/0/12763302233510/icca_rio_keynote_speech.pdf, p. 10. A estos efectos indica que: «*the arbitrators found themselves blown out to sea and ill-equipped with nothing more than a coastal chart. And therein lies the problem. The 3 tribunals –faced with similar issues– created 3 different solutions (...). Simply put, the arbitrators needed a sextant and a star chart –a Code of Conduct for Counsel–*» (p. 8); ROGERS, Catherine A.: *Ethics in International Arbitration*. N.º 6. Oxford University Press. Oxford, 2014, pp. 151-157.

plantea ulteriores problemas relacionados con la mala praxis de los abogados como la discusión acerca de si es posible resolver por arbitraje estas cuestiones, los poderes de los árbitros para sancionar estas conductas, y la injerencia con las normas de deontología profesional. Estas cuestiones, y otras relacionadas con la mala praxis del abogado –como las llamadas tácticas de guerrilla– son las que están recibiendo las mayores críticas por parte de un sector de la doctrina arbitral (*infra* 1), y confluyen con el conflicto que nos ocupa en este trabajo en la afectación de la integridad del procedimiento arbitral y de la conducción justa de los procedimientos.

1. El consenso en la comunidad arbitral internacional: ¿Realidad o quimera?

Las estadísticas acerca de la utilización de los instrumentos del *Soft Law* nos dejan unas cifras menos optimistas en relación con las Directrices de la IBA sobre representación de parte en el arbitraje internacional, pues es el instrumento menos utilizado por los usuarios del arbitraje, en comparación con otros textos de la propia IBA¹⁵. Los motivos pueden encontrarse, entre otros, en el hecho de que se ha entendido muy problemática por un sector reputado de la comunidad arbitral internacional la inclusión de reglas sobre la conducta profesional de los abogados que se entienden quedan fuera del ámbito de control de la IBA, de las partes y del tribunal arbitral.

En primer lugar, las críticas a las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte se enmarcan en un debate general acerca del papel que los instrumentos del *Soft Law* en sí mismos considerados pueden desarrollar en la práctica, especialmente en lo relativo a las normas que aplicarán durante el procedimiento arbitral. En este debate, que atañe a la misma esencia de la regulación arbitral, no se trata tanto de discutir singulares disposiciones adoptadas en los textos del *Soft Law*, como de analizar si debe irse hacia un modelo

¹⁵ *Report on the reception of the IBA Arbitration Soft Law Products* (2016), donde destaca: «the 57 % of the arbitrations referred/used the IBA Guidelines on Conflict of Interest. This was the most used Soft Law instrument. 48 % IBA Rules on the Taking of Evidence, y 16 % IBA Guidelines on Party Representation».

regulatorio o no. El debate es en sí mismo acerca de la propia regulación¹⁶. Esta cuestión, sin embargo, queda fuera del ámbito del presente trabajo.

En segundo lugar, otra de las críticas al texto de la IBA alcanza a la amalgama que se produce en sus reglas entre cuestiones que se dicen son esencialmente diferentes: la cuestión relativa al conflicto de intereses entre abogados y árbitros derivados de las hipótesis anteriormente reseñadas y que afectan a cuestiones de independencia e imparcialidad de los árbitros, y otras cuestiones relativas a conflictos de intereses que se dan entre los abogados y las partes en el procedimiento, como pueden ser las derivadas de la violación del deber de confidencialidad. Existen, además, otra serie de conflictos que pueden darse durante el procedimiento y que afectan al conjunto de sus intervinientes derivados de una mala praxis o de un comportamiento inadecuado de una de las partes durante el procedimiento, en este caso, los afectados son tanto los árbitros como la otra parte del procedimiento. Y todo ello, sin perjuicio, que pueden producirse combinaciones entre las tres situaciones mencionadas.

Así, la doctrina suiza, que ha sido especialmente crítica con el texto de la IBA, tanto en general, como en particular en el caso de la Directriz 6 sobre representación de parte, que es la relevante para el conflicto de interés que nos ocupa, nos da la clave de su preocupación por las Reglas en este punto:

At the origin of this misconception is the amalgamation in the Guidelines between rules of professional conduct and rules regulating the arbitration procedure. While the latter may be regulated by the parties to an arbitration

¹⁶ Algo habitual en los detractores del abuso del *Soft Law*: SCHNEIDER, Michael: «*President's Message, Yet another opportunity to waste time and money on procedural skirmishes: The IBA Guidelines on Party Representation*». En: *ASA Bulletin*. Vol. 31, N.º 3. Ginebra, 2013, p. 498: «*But the objections which must be raised against the Guidelines go beyond some problematic provisions. It is the regulation itself which causes mischief*». No resultará extraña su conclusión: «*However, regulating the conduct of party representatives as the IBA now has done is the wrong answer and one can only hope that the IBA Guidelines on Party Representation quickly fall into oblivion or, better, never are applied*» (p. 500).

Vid. en este número de la *Revista*: SANQUÍRICO PITTEVIL, Fernando: «*Soft Law. Derecho y terminología*», pp. 409 y ss. [Nota del editor].

and by the arbitral tribunal appointed by them, the former fall within the responsibility of those professional bodies that regulate the exercise of the legal profession. The IBA has no power to interfere with these professional regulations, nor do the parties and arbitral tribunals. This gives rise to difficulties which are reflected in several provisions of the Guidelines¹⁷.

Añadiéndose, también, el rechazo a los remedios previstos; en otras palabras, a que los árbitros tengan el poder de disciplinar a los abogados mediante la imposición de sanciones:

The «remedies» –the term «sanctions» would seem more appropriate– include admonitions, inferences, cost sanctions and «any other appropriate measure in order to preserve the fairness and integrity of the proceedings»; Guideline 6 even provides for the possibility of the «exclusion» of a Party Representative¹⁸.

Sin embargo, se matiza la cuestión porque no es tanto que los árbitros no tengan dichos poderes, que, de hecho, se entienden que los tienen, como el dato de que los mismos están específicamente mencionados en las Directrices por lo que se abre la puerta a una mayor litigación y posibilidades de perturbaciones o disturbios durante el procedimiento. Así, se indica:

Many of the sanctions for misconduct provided by the Guidelines may be available to arbitrators already today as part of an arbitrator's duty and power to ensure the «integrity and fairness of the arbitral proceedings», as specified in Guideline 1. Occasionally such powers may have been recognised or even used in the past. However, once they are spelled out in guidelines and widely publicised, they raise the appetite of litigators and motions for their application risk to become ordinary tools in the proceedings, causing additional waste of time and money and contributing further to the disenchantment of the users with international arbitration as widely practiced today¹⁹.

¹⁷ SCHNEIDER: ob. cit., p. 499.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 499 y 500.

¹⁹ *Ibid.*, p. 500.

En el fondo, el disgusto de la ASA con las Reglas de la IBA se centra, sobre todo, en el excesivo poder que se concede a los árbitros para sancionar la mala conducta (*misconduct* o *unethical conduct*) de los abogados. Se trata de cuestiones que no competen a los árbitros, que deben centrarse en la resolución del fondo del asunto. No les compete, a juicio de la ASA, porque son cuestiones que se regulan por los colegios profesionales que son los que asimismo imponen sanciones, o porque corresponde decidir las en última instancia a los tribunales, órgano diferente del encargado del fondo del asunto, resultando extraño que el mismo órgano que decide el fondo del asunto decida la sanción²⁰.

Es decir, las severas críticas realizadas al texto de la IBA no tienen relación con la regulación dada al conflicto de intereses que nos ocupan que se liga más con la cuestión de la independencia e imparcialidad de los árbitros que con una cuestión relacionada con la ética del abogado²¹, lo cual no impide, sino que aconseja, que estas cuestiones puedan quedar tratadas dentro de un futuro Código ético porque, como ya se ha indicado, la ética en el arbitraje pasa por la cuestión nuclear de la independencia e imparcialidad, al tiempo

²⁰ *ASA Board Position*, GEISINGER, SCHNEIDER y DASSER: «*IBA Guidelines on party representation in international arbitration comments and recommendations by the Board of the Swiss Arbitration Association*». ASA. N.º 5, disponible en la web de la ASA: <https://www.arbitration-ch.org/en/home/index.html>, N.º 1 y N.º 2. Del mismo modo, y de forma individual: GEISINGER, Elliott: «*President's Message, Counsel Ethics in International Arbitration – Could One Take Things a Step Further?*», en la web de la ASA, pp. 453 y 454; DASSER: ob. cit., p. 39; BAIZEAU, Domitille: «*The IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration: A Plea for Caution*». En: *Bahrain Chamber for Dispute Resolution, International Arbitration Review*. Vol. 2, N.º 2. Alphen aan den Rijn, 2015, pp. 351-354.

²¹ De acuerdo, también, CREMADES, Anne-Carole: «*The Creation of a Global Arbitration Ethics Council: a Truly Global Solution to a Global Problem*», 2015, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/11/24/the-creation-of-a-global-arbitration-ethics-council-a-truly-global-solution-to-a-global-problem/>; GEISINGER, Elliott: «*Soft Law and Hard Questions: ASA's Initiative in the Debate of Counsel's Ethics in International Arbitration*». En: *The Sense and Non-Sense of Guidelines, Rules and other Para-Regulatory texts in International Arbitration*. ASA-JurisNet. Special Series N.º 37. Nueva York, 2015, p. 19. *Vid.* Norma general 7.b. Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés.

que se ha de reconocer que la línea de distinción es muy fina, pudiendo existir situaciones fronterizas entre esas dos cuestiones. Pocos autores han caído en la cuenta, aunque curiosamente cuando han reflexionado sobre ello, han sido precisamente los partidarios de no regular excesivamente el arbitraje²². De tal forma que, incluso, los detractores de las Reglas de la IBA no se cuestiona la bondad de las Directrices 5 y 6 ni la de otros textos que han decidido seguir su estela como es el caso del Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration (LCIA)²³. Cuestión diferente es que se considere si la solución deben tenerla los árbitros o la institución arbitral²⁴, aunque el consenso internacional en relación con el objeto de este trabajo es que sean los árbitros, o si dichas reglas son aptas para convertirse en el modelo para una regulación global del arbitraje internacional²⁵.

Sea como fuere se constata que la comunidad arbitral, incluyendo a los sectores más críticos con las Reglas de la IBA sobre representación de parte en el arbitraje internacional, coinciden mayoritariamente en señalar que los árbitros tienen el deber de proteger la integridad del procedimiento cuando la modificación en el equipo legal provoca un conflicto de interés con el árbitro por el que se pone en tela de juicio su independencia e imparcialidad y que dicha cuestión puede ser objeto de regulación.

²² En cierto modo así parece que se decanta también los detractores de las Reglas de la IBA, véase por ejemplo DASSER: ob. cit., pp. 55-57, que en relación con el conflicto de interés entre abogados y árbitros derivados de las situaciones contempladas en los casos *Hvratska* y *Romp petrol*, el autor sí estima que pueden ser abordadas mediante una simple modificación de las reglas de arbitraje.

²³ GEISINGER: ob. cit. («*Soft Law...*»), p. 19.

²⁴ Así *ibíd.*, pp. 19 y 20, considerando que estas cuestiones deben mantenerse dentro de la órbita de la independencia y la imparcialidad de los árbitros –razones por las cuales el enfoque de la LCIA le parece aceptable–, y rechazando que los árbitros sean quienes decidan esa cuestión sino las instituciones arbitrales, e incidiendo en las posibles consecuencias en sede de revisión judicial del laudo si fueran los árbitros quienes tomaran la decisión. Contrario a que los árbitros asuman dicho poder decisorio en relación con cuestiones relativas a la ética (pp. 22-25).

²⁵ DASSER, ob. cit., p. 53, considera que no deben ser un modelo, especialmente, se opina, no en el caso de las Guías, que son una receta para disputas y disrupciones adicionales.

2. El consenso en los instrumentos del *Soft Law*

Una de las críticas realizadas al *Soft Law* procesal y, particularmente, las Reglas de la IBA sobre Representación de Parte, es la relativa a la posibilidad de que proliferen regulaciones que lleven a soluciones contradictorias o irreconciliables entre sí:

... initiatives by individual associations like the IBA or arbitration institutions like the LCIA generate a risk of fragmentation between different –and potentially contradictory– «rules» or «codes». This in turn would likely undermine the very legitimacy of the rules-codes that may be adopted, since offending counsel could point to differences to argue that there is no international consensus²⁶.

Resulta necesario evaluar si la denunciada situación se da o no en los instrumentos del *Soft Law* en relación con el objeto de este trabajo. Adelantamos ya que no es así, y que puede derivarse un consenso internacional entre los diferentes instrumentos que regulan esta cuestión y que parten del modelo de las Reglas de la IBA sobre representación de parte en el arbitraje internacional²⁷.

²⁶ GEISINGER: ob. cit. («*President's Message...*»), p. 454.

²⁷ Precisamente, considera que se han consolidado ciertos estándares éticos en el arbitraje analizando en su integridad el artículo 21 de las *Rules of Arbitration of the Bahrain Chamber for Dispute Resolution*: CASTELLO, James: «*Party Representation: Does Article 21 Mark a Trend?*». En: *Bahrain Chamber for Dispute Resolution, International Arbitration Review*. Vol. 4, N.º 2. Alphen aan den Rijn, 2017, p. 358. El artículo 21 acoge situaciones diferentes a las aquí contempladas en sus apartados 4 y 5 relacionadas con el comportamiento de los abogados deshonestos, mala praxis, y tácticas de guerrilla, las cuales pueden ser sancionadas por parte del tribunal arbitral. En la doctrina, se ha considerado que en esta materia las Directrices de la IBA «*and now, at least arguably, as reflecting established international arbitral practice*» (BAIZEAU: ob. cit., pp. 347 y 348); o que: «*is a noteworthy balancing of the competing considerations and may be regarded as groundbreaking in light of the fundamental principle in arbitration that parties are free to select a party representative of their choosing*», SUSSMAN, Edna: «*Ethics in International Arbitration: Soft Law Guidance for Arbitrators and Party Representatives*». En: *Soft Law in International Arbitration*. JurisNet. L. W. NEWMANN y M. J. RADINE, editores. Nueva York, 2014, pp. 253 y 254.

2.1. La incorporación por referencia de las Directrices de la IBA sobre representación de parte en el arbitraje internacional

No nos referimos en este apartado a aquellos instrumentos que de forma expresa regulan las hipótesis objeto de este trabajo, sino aquellos otros instrumentos que incorporan de forma indirecta la misma solución que las Reglas de la IBA al incorporar por referencia el mencionado instrumento y, por lo tanto, también aplicarán las Reglas 5 y 6. Recientemente estamos asistiendo en el arbitraje internacional a la incorporación, indirecta o por referencia, de los textos del *Soft Law* arbitral por vía de los reglamentos arbitrales aunque también al hilo de otros instrumentos. Son las propias instituciones arbitrales las que han decidido respaldar el uso del *Soft Law* arbitral incrementando su visibilidad e importancia práctica. Esta incorporación por referencia se hace tanto en relación con textos de creación propia como incorporando textos elaborados por otras instituciones.

Por ejemplo, el artículo 5 del Código ético del Philippine Dispute Resolution Center, Inc. (PDRCI) adopta como reglas del mismo varios instrumentos: «*PDRCI hereby adopts as its Code of Ethics for Arbitration the: a. Rules of Ethics for International Arbitrators adopted by the International Bar Association «IBA»; b. 2014 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration; and c. IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, to the extent that they do not conflict with any provision of Philippine law*». De la misma forma, es la situación de otros Reglamentos de arbitraje, aunque a veces utilizan fórmulas no tan imperativas en cuanto a la aplicación de las reglas del *Soft Law*, si bien a la postre con la misma finalidad práctica. Así destaca el Reglamento de Arbitraje del Lagos Chamber of Commerce International Arbitration Center (LACIAC, 2016) que establece en su artículo 1.1.3 (incorporando además como anexos al propio Reglamento las Directrices de la IBA) que:

By accepting an appointment to serve as arbitrator under the LACIAC Rules, arbitrators agree to be guided by the above stated overriding objective and by the International Bar Association Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration.

*By accepting to act as Legal Practitioner or party representative in an arbitration conducted under the LACIAC Rules, a Legal Practitioner or party representative agrees to be guided by the above stated overriding objective and by the International Bar Association Guidelines on Party Representation in International Arbitration*²⁸.

Además del acuerdo de incorporación de las Directrices de la IBA sobre representación de parte en el propio contrato, o más apropiadamente en el convenio arbitral expresamente o de forma indirecta o por referencia, se podrán incluir posteriormente una vez que ya ha surgido la controversia con ocasión del acta de misión o primera orden procesal, por lo que el acuerdo ya involucrará también a los árbitros, quienes son los que, en ocasiones, sugieren a las partes su incorporación. Además, últimamente, destaca la reciente tendencia de las instituciones arbitrales de recomendar, con ayuda de las partes cuando sea preciso, su incorporación, ya sea directamente en sus propios Reglamentos arbitrales i. o al hilo de otros instrumentos ii:

i. Ejemplo de lo primero es el Reglamento del Australian Centre for International Commercial Arbitration (*ACICA Rules*, 2016) que establece en su artículo 8.2:

*Each party shall use its best endeavours to ensure that its legal representatives comply with the International Bar Association Guidelines on Party Representation in International Arbitration in the version current at the commencement of the arbitration*²⁹.

Igualmente pueden citarse las *Arbitration Rules* del Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand (*AMINZ Rules*, 2017), Regla 14.2 sobre *Party representation*:

²⁸ *Vid.* <http://www.laciac.org/wp-content/uploads/2019/02/3926654-LACIAC-Rule-Book-2016.pdf>.

²⁹ *Vid.* https://acica.org.au/wp-content/uploads/2016/02/ACICA_Rules_2016_Booklet.pdf.

14.2. *Unless the Parties agree otherwise and subject to any provision of these Rules to the contrary, the Parties and the Arbitral Tribunal shall have regard to, but will not be bound by, the IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration and on Conflicts of Interest in International Arbitration, in each case as current at the Notice Date*³⁰.

ii. Ejemplo de los segundo es la Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje de la CCI del primero de febrero del 2019, N.º 48, que, en relación a la conducta de los participantes en el arbitraje (apartado IV), anima a las partes y los tribunales arbitrales a que tengan en cuenta y, cuando proceda, adopten las Directrices de la IBA sobre representación de las partes en arbitraje internacional.

El que la Nota de la CCI llame la atención a las partes y a los árbitros acerca de las Directrices de la IBA da pie a que en el acta de misión se incluyan ya en su totalidad o particularmente la cuestión que nos ocupa como parte de la reglamentación procesal generándose así la convicción de la comunidad arbitral sobre la solución que debe darse a esta cuestión.

2.2. *La influencia del modelo de las Directrices 5 y 6 de la IBA en otras regulaciones*

Entre los textos que siguiendo el modelo de las Directrices 5 y 6 de la IBA sobre representación de parte en el arbitraje internacional (2013) decidieron regular esta cuestión expresamente, destaca el artículo 18 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA (2014)³¹:

³⁰ Y también idéntica propuesta en relación con las Reglas de la IBA sobre prueba, artículo 61.3: «*Unless the Parties agree otherwise, and subject to the provisions of these Rules which may provide to the contrary, the Arbitral Tribunal shall have regard to, but not be bound by, the IBA Rules of Evidence as current at the Notice Date*».

³¹ El Reglamento de la LCIA fue el primero en regular la ética de los representantes legales: DATILO, Vicent. S.: «*Ethics in International Arbitration: A Critical Examination of the LCIA General Guidelines for the Parties' Legal Representatives*». En: *Georgia Journal of International and Comparative Law*. Vol. 44. Atlanta, 2016, pp. 647, 649 y 650. Se incluyen también los Reglamentos arbitrales que aplican el Reglamento de la LCIA, como el del Dubai International Financial Centre. *Vid.* DIFC-LCIA *Arbitration Rules* (01-10-16), <http://www.difc-lcia.org/arbitration-rules-2016>.

18.3. *Following the Arbitral Tribunal's formation, any intended change or addition by a party to its legal representatives shall be notified promptly in writing to all other parties, the Arbitral Tribunal and the Registrar; and any such intended change or addition shall only take effect in the arbitration subject to the approval of the Arbitral Tribunal.*

18.4. *The Arbitral Tribunal may withhold approval of any intended change or addition to a party's legal representatives where such change or addition could compromise the composition of the Arbitral Tribunal or the finality of any award –on the grounds of possible conflict or other like impediment–. In deciding whether to grant or withhold such approval, the Arbitral Tribunal shall have regard to the circumstances, including: the general principle that a party may be represented by a legal representative chosen by that party, the stage which the arbitration has reached, the efficiency resulting from maintaining the composition of the Arbitral Tribunal –as constituted throughout the arbitration– and any likely wasted costs or loss of time resulting from such change or addition.*

Con posterioridad otros reglamentos arbitrales u otros textos del *Soft Law* han seguido dichas regulaciones.

Por ejemplo, artículo 21, apartados 1.º y 2.º, de las *Rules of Arbitration of the Bahrain Chamber for Dispute Resolution (01-10-17)*:

1. (...) *that there shall be no addition to any party's legal representatives following the appointment of the arbitral tribunal without the prior written approval of the arbitral tribunal.*

2. *The arbitral tribunal may decline to approve an addition to any party's legal representatives if, on proper disclosure, a relationship exists between the proposed additional legal representative and any member of the*

aspx; o el LCIA/MIAC *Arbitration Rules* (2018), <https://www.lcia.org/lcia-miac>. Vid. también LCIA *Notes for Parties* (18-08-17), N.ºs 83 y 84, <https://www.lcia.org/adr-services/lcia-notes-for-parties.aspx>; LCIA *Notes for Arbitrators* (26-10-17), N.ºs 41 y 42, <https://www.lcia.org/adr-services/lcia-notes-for-arbitrators.aspx#1.%20introduction>.

arbitral tribunal that would create a conflict of interest jeopardizing the composition of the arbitral tribunal or the integrity of the proceedings.

Asimismo, y sin perjuicio de la incorporación por referencia de la totalidad de las Reglas de la IBA en el apartado 2.º, la Regla 14.1 sobre *Party representation* del Arbitration Rules del Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand (2017) establece:

14.1. Any addition or change to a Party's legal representation after the issue of the Notice of Arbitration and the Answer –as appropriate– must be notified to the other Parties and to the Arbitral Tribunal within 7 days of such addition or change. The Parties agree that, in order to ensure the integrity of the proceedings, the Arbitral Tribunal may refuse to permit a Party's added or changed legal representative to appear where the appearance of such legal representative might arguably require the recusal of a member of the Arbitral Tribunal.

Es también el enfoque del reciente Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje del 2019 (CBBPP/CEA), que sustituye al anterior Código del 2005, que estaba destinado exclusivamente a las instituciones arbitrales, mientras que el nuevo plantea recomendaciones a un círculo más amplio: árbitros, abogados, peritos y financiadores. El CBBPP/CEA en relación con la designación de los abogados establece:

108. Las partes tienen libertad para designar y destituir a sus abogados.

109. Las partes deberán identificar a todos los abogados que les están asesorando. La revelación se hará a la mayor brevedad posible tras la designación, facilitando su nombre y dirección y adjuntando sus poderes.

110. En caso de destitución o renuncia de todos los abogados, sin que la parte designe sucesores en un plazo razonable o en el fijado por los árbitros, se entenderá que la parte se representa a sí misma.

111. Una vez nombrados los árbitros, si se producen modificaciones en la representación letrada inicialmente designada, los árbitros podrán,

oídas las partes y mediante decisión motivada y con la finalidad de salvaguardar la integridad del procedimiento, rechazar dichas modificaciones.

112. Se entenderá que se menoscaba la integridad del procedimiento en las siguientes circunstancias: a. Si la parte que promueve el cambio actúa con ánimo dilatorio o en abuso de proceso; o, b. Si existe un conflicto de interés entre el nuevo abogado y cualquiera de los árbitros.

2.3. *Las regulaciones a examen: similitudes*

Contrastar las soluciones acogidas de forma expresa en los textos anteriormente indicados nos lleva a la conclusión que existe una gran coincidencia a la hora de abordar la cuestión que nos ocupa, y que las diferencias son mínimas, si bien conviene también resaltar cuáles son (*infra* 2.4.) con el objetivo de que puedan establecerse los términos del debate en el seno de un futuro Código ético internacional.

Los textos acogen el conflicto de interés entre los representantes legales de la parte y el árbitro cuando se provoca un cambio en los primeros durante el procedimiento, pero no tocan de forma expresa la situación inversa, la cual, no obstante, puede tratarse bajo las reglas generales de independencia e imparcialidad, lo que implicaría el deber del árbitro de renunciar a continuar en el procedimiento y su resistencia podría implicar su remoción por el órgano competente³².

El principio esencial que deriva de los textos normativos es que no existe un derecho absoluto e ilimitado de las partes en el arbitraje a cambiar o modificar

³² En un caso, a tres meses vista de la audiencia, donde uno de los árbitros recusado era un socio de un despacho de abogados con sede en Londres y que reveló que uno de los socios de la oficina de Dubái iba a aceptar un encargo por cuenta del demandante del procedimiento arbitral, en principio en un asunto no relacionado con el del arbitraje, se aceptó la recusación del árbitro tanto sobre la base del *test* de la apariencia como el del riesgo real. A mayor abundamiento se indicó: «*It may be said that such conflicts are bound to arise, especially in large international law firms. But this risk is known by their lawyers and such conflicts, whenever they arise, may be best dealt with internally –i.e. within the law firm– and not be resolved at the expense of the opposing party whose trust in the arbitrator’s impartiality or independence might be otherwise be broken*», LCIA Reference N.º 111947, Decision Rendered 04-09-12, N.º 42.

la representación legal durante el procedimiento arbitral. Por lo tanto, si bien se parte de un conflicto o confrontación entre dos derechos enfrentados que parecen concebirse como fundamentales e iguales —el derecho de las partes a elegir a su abogado y el derecho a tener un árbitro independiente e imparcial—³³, prevalece el principio que el derecho de las partes a alterar su representación letrada está supeditado a que no se generen conflictos de interés que pongan en duda de forma seria la independencia o imparcialidad del árbitro³⁴.

El segundo principio esencial que se extrae de estas regulaciones es que los árbitros tienen el poder de decidir acerca de este conflicto de interés y, por lo tanto, decidir si autoriza el cambio o remueve al abogado del procedimiento. A falta de una regulación explícita en las leyes arbitrales³⁵, se considera que existe un poder implícito del tribunal arbitral para decidir aquellas cuestiones que puedan afectar a la integridad del procedimiento arbitral³⁶, y para

³³ Puede también hablarse del derecho de las partes a elegir al árbitro libremente: «Introducción», N.º 2 de las Reglas de la IBA sobre conflictos de interés.

³⁴ Sobre esta cuestión ya me he pronunciado anteriormente en el sentido de indicar que no son derechos que estén en pie de igualdad ni desde la perspectiva constitucional de los derechos, ni desde la perspectiva de su análisis en sede arbitral. *Vid.* PERALES VISCASILLAS, Pilar: «Capítulo 2. La integridad del procedimiento arbitral». En: *Anuario de Arbitraje*. Civitas. Madrid, 2019.

³⁵ Una excepción en el panorama legal se encuentra en la sección 1042.2 del Código Civil Procesal alemán que regula el arbitraje sobre la base de la Ley Modelo y donde se indica en su traducción al inglés: «*Lawyers —Rechtsanwälte— may not be excluded from acting as authorised representatives*». De forma similar, el Canon IV C del *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*, American Arbitration Association (01-03-04): «*The arbitrator should not deny any party the opportunity to be represented by counsel or by any other person chosen by the party*», https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Commercial_Code_of_Ethics_for_Arbitrators_2010_10_14.pdf.

³⁶ International Law Association, *ILA Resolution N.º4/2016, Inherent and implied powers of International Arbitral Tribunals Recommendations*, adoptadas en la 77.ª Conferencia de la ILA, Johannesburg, Sur África, 7-11 de agosto del 2016, 7.c. considerando como poderes inherentes de los árbitros: aquellos que son necesarios para «*to preserve jurisdiction, maintain the integrity of proceedings, and render an enforceable award*»; y 2.b.iii: «*inherent power: Arbitral tribunals should consider whether the issue before them risks undermining their jurisdiction, impugning the integrity of proceedings, or leading to their issuing an unenforceable award*». MOSES, Margaret:

ello se ha acudido a diversos argumentos: entra dentro de los poderes discrecionales del tribunal, acudiendo al principio de la buena fe, en el derecho a un proceso debido o a un procedimiento eficiente, etc. Con mayores o menores matices así se ha considerado en la jurisprudencia, especialmente la relativa a casos de arbitraje de inversión, lo que ha sido seguido de forma entusiasta por la doctrina y grupos de interés, que han acogido dicho poder de forma expresa en instrumentos de *Soft Law*. El ejemplo más claro en la jurisprudencia es el caso *Hrvatska*³⁷, que no queda contradicho, pese a la dura crítica realizada,

«*The Growth of Arbitrator Power to Control Counsel Conduct*», en: *Kluwer Arbitration Blog*, 2014, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/11/12/the-growth-of-arbitrator-power-to-control-counsel-conduct/>. Sin considerarlo irrelevante, pero sí estimando que la cuestión ya no es discutida: «*it is now well-established that tribunals have jurisdiction to assess counsel conflicts of interest and, when appropriate, exclude counsel—or experts—*», ROGERS, Catherine A. y WIKER, A.: «*Fraport v. Philippines, ICSID, and Counsel Disqualification: The Power and the Praxis*». En: *Journal of World Investment and Trade*. 2014, p. 8. Incluso la ASA, especialmente crítica en general con el texto de la IBA sobre Representación de Partes, así lo entiende: GEISINGER, SCHNEIDER Y DASSER: ob. cit., N.º 2.1: «*Under most if not all frequently used arbitration rules arbitrators have, expressly or implicitly, the powers to ensure the “fundamental fairness and integrity” of the proceedings*».

³⁷ *Vid.* Considerando también positivamente los poderes del tribunal arbitral sobre la base de dicho caso: MOURRE, Alexis: «*Chapter 25: About Procedural Soft Law, the IBA Guidelines on Party Representation and the Future of Arbitration*». En: *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer*. Kluwer Law International. P. SHAUGHNESSY y S. TUNG, editores. 2017, p. 248: «*The ICSID Arbitral Tribunal in Hrvatska was right in considering that “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”, which entails the power to exclude a newly introduced counsel from a hearing when his representation of a party would create a situation of conflict of interest such as to imperil the constitution of the tribunal; We do not see any reason, though, why the same proposition should not be true in commercial arbitration. Depriving the arbitral tribunal of such powers would have highly undesirable consequences*». Más ampliamente: WAINCYMER, Jeffrey: «*Reconciling Conflicting Rights in International Arbitration: The Right to Choice of Counsel and the Right to an Independent and Impartial Tribunal*». En: *Arbitration International*. Vol. 26, N.º 4. Melbourne, 2010, pp. 614 y ss. Comentando precisamente el artículo 17 del Reglamento UNCITRAL, se considera que la doctrina de los poderes implícitos del tribunal arbitral puede jugar un papel residual cuando el tribunal propone una medida procesal inusual como en el

por el caso Rompetrol, donde se consideró que esas facultades solo deberían ejercerse en circunstancias extraordinarias³⁸.

En lo que respecta a este poder inherente del Tribunal Arbitral, este debe poder ejercerse, ya se refiera a la petición concreta de solicitar el cambio de uno de los abogados, ya al cambio de la firma de abogados en su conjunto, lo que lógicamente implica también de forma implícita a los abogados individualmente considerados. La distinción entre si el Tribunal Arbitral podría tener únicamente jurisdicción sobre abogados individuales, pero no sobre la Firma de Abogados no tendrá sentido cuando el conflicto de interés se predica precisamente en relación con la firma globalmente considerada. De otro modo, el cambio de abogados individualmente afectados no sería suficiente para resolver determinados conflictos de intereses.

Un tercer punto de coincidencia entre los textos, objeto de comparación, es que regulan de forma conjunta la protección de la integridad del procedimiento arbitral y la protección de la conducta justa de los procedimientos arbitrales, de tal forma que reciben tratamiento expreso tanto el conflicto de interés objeto de este trabajo como las cuestiones relacionadas con el comportamiento de los abogados, o los conflictos de interés entre el abogado y una parte. Como se recordará, esta es precisamente una de las cuestiones sobre la que los críticos con las Reglas de la IBA hacían especial hincapié.

Ahora bien, que se regulen en el mismo instrumento no significa que el tratamiento y la respuesta jurídica que se da a esas cuestiones sea idéntico, y efectivamente, como veremos, pueden deslindarse perfectamente las situaciones y las respuestas jurídicas que correspondan.

caso que nos ocupa, citando Hvratska. *Vid.* PAULSSON, Jan y PETROCHILOS, Georgios: *UNCITRAL Arbitration*. Wolters Kluwer. 2018, p. 122.

³⁸ Caso Rompetrol, N.º 15: «*It plainly follows that a control of that kind would fall to be exercised rarely, and then only in compelling circumstances*». De hecho, la doctrina que ha analizado el caso coincide al señalar que el Tribunal en Rompetrol está realmente considerando que ostenta una competencia implícita para decidir acerca de la remoción de un abogado con la finalidad de preservar el procedimiento arbitral. *Vid.* WAINCYMER: ob. cit., p. 608.

A falta de definiciones legales sobre qué debe entenderse por la «integridad del procedimiento arbitral» y acerca de los motivos para su especial protección, es útil acudir a las definiciones establecidas jurisprudencial o doctrinalmente. Por integridad del procedimiento arbitral podemos considerar el principio establecido en el caso Hrvatska³⁹:

The Tribunal's obligation as guardian of the legitimacy of the arbitral process is to make every effort to ensure that the Award is soundly based and not affected by procedural imperfection.

Exterioriza el Tribunal Arbitral en el caso Hrvatska un principio conocido en el arbitraje: el deber del tribunal arbitral de dictar un laudo que sea válido y, por lo tanto, ejecutable, de ahí que el incumplimiento del deber de independencia-imparcialidad pondría en riesgo la ejecutoriedad del laudo⁴⁰, lo que significa contrastar esta cuestión con el orden público del Estado donde se pedirá el reconocimiento.

Aunque este deber del tribunal arbitral no siempre se adopta expresamente en muchas leyes de arbitraje, incluida la Ley Modelo, así como la LA, sin embargo, es un deber explícito en relación precisamente con dos de los textos que estamos comentando: las Reglas de la IBA sobre representación de parte, como se indicará posteriormente y también el artículo 18.4 de la LCIA que se refiere a *the finality of any award*. De forma más general se observa también en algunos reglamentos arbitrales, señaladamente el Reglamento de la CCI (artículo 41),

³⁹ Caso Hrvatska, N.º 15.

⁴⁰ PÉREZ LOZADA, Fernando: «*Duty to render enforceable awards: the specific case of impartiality and independence*». En: *Spain Arbitration Review*. N.º 27. Madrid, 2016, p. 72. Liga la integridad con la ética del árbitro el artículo v del Código de Ética de Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR) aprobado en 2017: «Un árbitro debe propugnar la integridad del proceso de arbitraje, de manera de resguardar la confianza que las partes y la sociedad mantienen en el sistema arbitral. 1. Para que un arbitraje comercial sea efectivo, debe existir una gran confianza pública en la integridad y ecuanimidad del proceso arbitral y por lo tanto, las personas que acepten su nombramiento como árbitro, solo lo hacen si tienen la posibilidad de llevar a cabo un arbitraje en forma idónea, recta, expeditiva y transparente», <http://centroiberoamericanodearbitraje.org/es/codigo-de-etica-de-ciar/>.

que extiende también dicha obligación a la propia Corte, lo cual tiene importancia en el caso que nos ocupa, pues a la Corte compete decidir acerca de la recusación de los árbitros. Ahora bien, la integridad del procedimiento arbitral no puede relacionarse únicamente con la ejecutoriedad del laudo, sobre todo si se piensa que potencialmente el laudo podría ser reconocido y ejecutado en múltiples países, sino que se entronca con la esencia misma del arbitraje y su legitimidad. Lo anterior no impide, sino al contrario aconseja, que los árbitros tengan en mente los potenciales países de ejecución a la hora de dictar el laudo y en particular las cuestiones relacionadas con el orden público como motivo de denegación del *exequatur*. Asimismo, el tribunal en el caso Hvratska aludió al principio de inmutabilidad de un tribunal arbitral válidamente constituido para justificar la remoción del nuevo abogado:

*Even fundamental principles must, however, give way to overriding exceptions. In this case, the overriding principle is that of the immutability of properly constituted tribunals (Article 56.1 of the ICSID Convention)*⁴¹.

El otro gran principio, el de la conducción justa del procedimiento, se estableció en el caso Fraport donde se consideró el poder de los árbitros de controlar también la adecuada y justa conducción del procedimiento –*fair conduct of the proceedings*–, y que se concreta:

*... obligation to make sure that generally recognized principles relating to conflict of interest and the protection of the confidentiality of information imparted by clients to their lawyers are complied with (Fraport Case)*⁴².

En Fraport, a diferencia de Hvratska, el conflicto de interés se producía entre una parte y su abogado, y sobre ello el Tribunal afirmó que no se podía pronunciar sobre «las responsabilidades deontológicas o la jurisdicción sobre los representantes legales de las partes en su propia capacidad»⁴³, es decir, que

⁴¹ Caso Hvratska, N.º 25.

⁴² Caso Fraport, N.º 37, también considerando: «*Indeed, such principles are of fundamental importance to the fairness of the arbitration process*».

⁴³ Caso Fraport, N.º 39: «*the deontological responsibilities or jurisdiction over the parties' legal representatives in their own capacities*».

no tenía «poder para pronunciarse sobre una acusación de mala praxis bajo cualquiera de las reglas de conducta profesionales aplicables»⁴⁴.

Las Reglas de la IBA mixturán las diferentes situaciones de conflictos y mala praxis bajo un único instrumento y fusionan los dos principios como si fueran uno solo: «*The Task Force undertook to determine whether such differing norms and practises may undermine the fundamental fairness and integrity of international arbitral proceedings*»⁴⁵. Y Regla 1, así como los comentarios a la misma: «*the integrity and fairness of the arbitral proceedings*», a los que se añade la eficacia y la ejecutoriedad del laudo en el comentario a las Reglas 26-27: «*to preserve the integrity, effectiveness and fairness of the arbitration and the enforceability of the award*».

Lógicamente, las Reglas de la IBA así lo hacen porque al considerar los diferentes enfoques bajo los tres casos de arbitraje de inversión ya referenciados necesitaban respaldar y justificar las decisiones de política legislativa adoptadas en el texto, esto es, conferir de forma expresa el poder a los árbitros para sancionar a los abogados en casos de mala praxis, y ello con independencia de que formalmente se quiera mantener el respeto a las norma de deontología profesionales que no se ven desplazadas por el texto de la IBA como tampoco se pretende investir al tribunal con poderes que estén reservados a los colegios profesionales⁴⁶. Se consigue así fundamentar un resultado muy diferente al que derivan tanto del caso Fraport tal y, como hemos visto, como del caso Rompetrol, ya que en este último se cuestionó seriamente que, sobre la base del caso Hvratska, pudiera considerarse un principio o norma más general que permitiera excluir a un abogado del procedimiento⁴⁷.

⁴⁴ Ídem: «*there is no power to rule on an allegation of misconduct under any such professional rules as may apply*».

⁴⁵ Preámbulo de las Directrices de la IBA sobre representación de parte en el arbitraje internacional.

⁴⁶ Regla 3, y Preámbulo de las Directrices de la IBA sobre representación de parte en el arbitraje internacional.

⁴⁷ Caso Rompetrol, N.ºs 22 y 23.

Que los redactores parecen haber sido conscientes de esta fusión de los dos principios se revela cuando se examinan las Reglas 4-6 que se ocupan de los casos, objeto de este trabajo, y que solo se refieren de forma expresa a la integridad del procedimiento tanto en la Regla específicamente considera (Regla 5) como en el comentario a las mismas, en comparación con las Reglas 26 y 27 que consideran de forma unitaria los dos principios. De hecho, las Reglas de la IBA, aunque ciertamente regulan en un mismo instrumento ambas cuestiones, parecen considerarlas desde un ángulo diferente y en disposiciones separadas a las otras cuestiones que sí son entendidas como mala praxis y a las que aplican las sanciones especificadas en la Regla 27.

Es más, se observa también una perspectiva diferente de política legislativa en punto a los remedios posiblemente porque los redactores eran conscientes de las críticas que iba a suscitar el regular las cuestiones de mala praxis de los abogados. Mientras que para el incumplimiento de la Regla 5 se prevé expresamente la posible exclusión del representante de su participación, total o parcialmente, en el procedimiento, la Regla 26 sobre los remedios por conducta indebida omite mencionar la posible remoción del representante, si bien claro es que podrá entrar en la letra d, de la Regla 26 que, a modo de cajón de sastre, prevé que los árbitros puedan adoptar cualquier medida apropiada dirigida a mantener la justicia y la integridad del procedimiento.

Dicho esto, lo que parece evidenciarse del texto de la IBA es que el conflicto entre abogados y árbitros como el de la Regla 5 llegado el caso puede provocar la expulsión del abogado con independencia del motivo o causa que lo haya generado, esto es, con independencia de si el cambio se ha hecho de forma legítima o con otra intención: retrasar el procedimiento, boicotarlo, o cualquier otra conducta temeraria o de mala fe. Llegado el conflicto de interés entre el abogado y el árbitro si este es lo suficientemente serio o grave solo cabrá la remoción del abogado. Si el conflicto no es lo suficientemente grave como para justificar la remoción, y si, además, dicho cambio responde a motivos ilegítimos o espurios, podrá sancionarse al abogado de otras formas más leves como las señaladas en la Regla 26. Fuera de estos casos, parece que la mala praxis del abogado o representante no justificaría la sanción extrema de su expulsión.

Este enfoque lo continúa también el texto de la LCIA. El Reglamento acentúa todavía más el tratamiento de materias diferentes, aunque sin referirse a principio alguno directamente sino por referencia al principio del «*fair, efficient and expeditious means for the final resolution of the parties' dispute*», puesto que trata en un mismo artículo toda la variedad de fenómenos (artículos 18.3 y 4, por un lado, y 18.5, por otro), si bien en punto a los remedios se sigue el mismo enfoque que las Reglas de la IBA. El Reglamento de la LCIA regula los principios y normas de conducta en el artículo 18.5 y en el Anexo, así como las sanciones en el apartado 6 del artículo 18, evitando referirse a la posible expulsión del abogado. Incluso en el caso del Reglamento de la LCIA todavía se ve mayor prevención como indicaré posteriormente en el siguiente apartado.

Por su parte, el nuevo CCBPP/CEA (2019) solo se refiere al principio de la integridad del procedimiento y dando una definición al mismo en el que claramente se integran los dos tipos de materias o cuestiones (N.º 112): «Se entenderá que se menoscaba la integridad del procedimiento en las siguientes circunstancias:

- a. Si la parte que promueve el cambio actúa con ánimo dilatorio o en abuso de proceso; o,
- b. Si existe un conflicto de interés entre el nuevo abogado y cualquiera de los árbitros.

Sin duda, los textos comentados podrían haber mantenido separadas las dos cuestiones y los principios, ya que, como se ha indicado muy acertadamente, en relación con la cuestión que nos ocupa, no se trata de disciplinar al abogado⁴⁸ sino de determinar si se puede permitir a una parte que pueda poner en riesgo la integridad del procedimiento sobre la base de tener un derecho ilimitado a cambiar de abogado⁴⁹. O si se prefiere: «*It is that disqualification*

⁴⁸ Por ejemplo, parecen observar la cuestión como una sanción: CASTELLO: ob. cit., pp. 363 y 364, comentando el artículo 21 del Reglamento de Bahrein. Y *Guideline 1.2 SI Arb Guidelines on Party-Representative Ethics*, 26-04-18: «*A Party Representative shall not abuse the arbitral process or its procedures*», refiriéndose el comentario a situaciones donde «*deliberately timed last-minute amendments, or other applications to the Tribunal or the courts, intended solely to harass the opponent or cause unnecessary delay or disruption to the arbitral process*».

⁴⁹ WAINCYMER: ob. cit., p. 612.

of counsel must rest on the same basis that –had the argument been made– would justify the disqualification of a member of the tribunal. And this is as it should be, for in either case the gravamen of the complaint is to raise precisely the same doubts about the integrity of the decision making process»⁵⁰.

Enfatizado lo anterior desde una perspectiva purista en la interpretación jurídica, y si consideramos que estamos ante principios que se formulan de forma indeterminada, que no existen definiciones acuñadas universales⁵¹ y que en el fondo los antedichos principios pueden ser interpretados de forma amplia⁵², tampoco deberían existir grandes inconvenientes en fusionar bajo el principio de integridad del procedimiento arbitral las dos cuestiones como hace el CCBBPP/CEA. La unificación de ambas materias bajo el principio de la integridad del procedimiento presenta la indudable ventaja para los partidarios de su regulación que permite otorgar ese poder a los árbitros y las sanciones a imponer bajo la lupa del caso Hvratska, intentando alejarse todo lo posible de la injerencia con los principios y reglas de deontología profesional

⁵⁰ RAU: ob. cit., §25, muy crítico con el caso Rompetrol.

⁵¹ «*Legitimacy, in addition to transparency, often evokes notions of good governance and predictability*», BISHOP, Doak y STEVENS, Margrete: «*The Compelling Need for a Code of Ethics in International Arbitration: Transparency, Integrity and Legitimacy*», p. 15, https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/ethics/ethics_in_int_arb_-_icca_2010_-_bishop.pdf. Integridad del procedimiento entendida como afectación a los pilares del derecho a un proceso debido: MADALENA y RIVERA MONTAÑA: ob. cit., p. 92.

⁵² Por ejemplo, considerando situaciones que entrarían como «tácticas de guerrilla», el Tribunal Arbitral en el caso Libananco Holdings Co Limited vs. Republic of Turkey (ICSID caso, N.º ARB/06/8), *Decision on preliminary issues* (23-06-08), emitido un mes después que el caso Hvratska, consideró el principio de integridad y el de buena fe, N.º 78: «*it must be regarded as endowed with the inherent powers required to preserve the integrity of its own process –even if the remedies open to it are necessarily different from those that might be available to a domestic court of law in an ICSID Member State. The Tribunal would express the principle as being that parties have an obligation to arbitrate fairly and in good faith and that an arbitral tribunal has the inherent jurisdiction to ensure that this obligation is complied with; this principle applies in all arbitration, including investment arbitration, and to all parties, including States –even in the exercise of their sovereign powers–*».

que en su caso resultaren de aplicación. No extrañará, en consecuencia, que una de las defensas ante los críticos con las Directrices de la IBA incida en este punto:

*The IBA Party Representation Guidelines are strictly limited to matters pertaining to the conduct of the procedure. They do not include anything, for example, about attorney's fees or attorney-client relationship. Every single issue that is dealt with in the Guidelines pertains to the preservation of the integrity and fairness of the proceedings (...) The starting point is that arbitral tribunals have the power to deal with matters of counsel conduct, insofar as measures are necessary to ensure the integrity of the arbitral proceedings*⁵³.

Esos otros casos de necesaria protección de integridad del procedimiento arbitral pueden surgir con ocasión de toda una tipología variada de situaciones relacionadas, por ejemplo, con la conducta inapropiada de los abogados –agresiones verbales o físicas, o las conocidas como «tácticas de guerrilla», por ejemplo, que en el caso que nos ocupa podría ser la elección de un abogado que crea un conflicto con el tribunal para «torpedear» el procedimiento⁵⁴ que puede conducir a que el tribunal tenga que adoptar medidas

⁵³ Vid. MOURRE: ob. cit., p. 248.

⁵⁴ A ello se refieren DASSER: ob. cit., p. 41, comentando precisamente esta parte de las Reglas de la IBA; CUMMINS, Tom: «*The IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration – Levelling the Playing Field?*». En: *Arbitration International*. Vol. 30, N.º 3. Melbourne, 2014, pp. 439 y 448; y SUSSMAN, Edna y EBERE, Solomon: «*All's fair in love and war – or is it? Reflections on ethical standards for counsel in international arbitration*». En: *The American Review of International Arbitration*. Vol. 22, N.º 4. Nueva York, 2011, p. 612, quienes realizaron su estudio en relación con las llamadas «tácticas de guerrilla» y sin dar-existir una definición de lo que deba entenderse por tácticas de guerrilla, los encuestados tuvieron libertad para considerar ciertas conductas como tales, en particular la creación de conflictos, citando como ejemplo relevante los casos de cambio de abogado durante el proceso de arbitraje para crear un conflicto con un árbitro. Un ejemplo curioso y posiblemente casi imposible en la práctica sería el de un abogado del demandado que nombra una serie de árbitros con obvios conflictos de intereses con la esperanza de sabotear el procedimiento con los inevitables incidentes de recusación. PARK, William W.: «*A Fair Fight: Professional Guidelines in International Arbitration*».

dirigidas a dicha protección⁵⁵. En estas situaciones, solo si pudiera salvarse *ex ante* el conflicto, podrían luego tomarse medidas sancionadoras en la distribución de costas⁵⁶. De otro modo, el conflicto deberá resolverse *ex post*.

En consecuencia, y según las circunstancias, los árbitros pueden tratar cuestiones relativas a la exclusión del procedimiento de un abogado o de un perito⁵⁷.

En: *Boston University School of Law. Working Paper* N.º 14-53. Boston, 2014, p. 14, quien parece, sin embargo, olvidar que ello requiere también de la cooperación de los sucesivos árbitros.

⁵⁵ A favor respecto de considerar que los árbitros no solo tienen facultad, sino además el deber de sancionar conductas antiéticas o contrarias a la deontología del abogado sobre la base de la salvaguarda de la integridad del procedimiento arbitral: MADALENA y RIVERA MONTOYA: ob. cit., pp. 91-94; y MADALENA, Ignacio: «*Ethics in International Arbitration*». En: *International Arbitration Law Review*. Vol. 15, N.º 6. Londres, 2012, pp. 251-254, tanto de forma general como particular en el caso del conflicto de interés objeto de este trabajo, indicando además que los poderes de los árbitros no se extenderían a los abogados si se trata de cuestiones que no tienen un impacto directo en el procedimiento. Existen, sin embargo, jurisdicciones contrarias a que los árbitros puedan decidir acerca de la remoción de abogados en casos de conflicto de interés entre el abogado y la parte, como es el caso de EEUU, véase: FRANCO PUJOL, Óscar y MUÑOZ ROJO, Roberto: «La remoción del abogado en el arbitraje internacional. ¿Una alternativa viable?», <https://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2018/04/La-Remoción-del-Abogado-en-el-Arbitraje-Internacional-abril-2018.pdf>, 2018, pp. 16 y 17.

⁵⁶ A este tipo de conflictos y su reflejo en costas se refiere el «*ICC Commission Report, Decisions on costs in International Arbitration*». En: *ICC Dispute Resolution Bulletin*. N.º 2. 2015, p. 16, «iii. *Post-formation conflicts aimed at destabilizing the tribunal and the arbitration. These result, for example, from counsel appointments late in the proceedings that create a conflict of interest for an arbitrator. The arbitrator in question may be forced to resign, otherwise the enforceability of the award could be jeopardized. The tribunal may take into account any tactic deployed by a party to create such a conflict, and any costs arising out of such conduct*».

⁵⁷ Flughafen Zürich AG vs. Venezuela (ICSID caso N.º ARB/10/19), *Decision on Proposal for Disqualification of Expert Witness and Exclusion of Evidence*, 29-08-12. El Tribunal Arbitral, bajo la presidencia de Juan FERNÁNDEZ-ARMESTO, consideró un caso donde el experto había recibido información confidencial de la demandante para que pudiera presentar su oferta económica de servicios profesionales, siendo que finalmente fungió como experto de la demandada. El Tribunal consideró su competencia sobre la base de la regla 34.1 que faculta al Tribunal para decidir acerca de la admisibilidad de las pruebas, y estimó que no procedía excluir al perito pues

2.4. Las regulaciones a examen: diferencias

En cuanto a la diferente perspectiva adoptada por los textos enunciados, y sin dejar de reconocer que algún texto arbitral ha decidido no regular estas situaciones⁵⁸, con acierto se ha indicado: «*The LCIA “approval” and IBA “exclusión” would normally lead to the same result. However, the LCIA formulation may have the merit of connoting respect for the parties’ original position, and certainly sounds less aggressive than disqualification*»⁵⁹.

Se escapan, sin embargo, de ese enfoque, no siendo indiferente la orientación de las reglas anunciadas, las situaciones en las que se produce el cambio de despacho de abogados, que no están contempladas bajo las Reglas de la IBA o bajo otros textos que siguen su formulación como el artículo 21.1 *Rules of Arbitration of the Bahrain Chamber for Dispute Resolution* (01-10-17). En cambio, sí podrían entenderse comprendidas bajo el ámbito de la LCIA que se refiere a «*any intended change (...) by a party to its legal representatives*». O bajo el CCBBP/CEA, que se refiere en general a cualquier modificación en la representación legal.

Sin embargo, en este caso, ni la formulación de la LCIA⁶⁰ ni la del CCBBP/CEA sirven para resolver el conflicto de interés cuando se produce un cambio de despacho de abogados por una razón elemental: se ha seguido

la información no se dio con carácter confidencial, y el perito reconoció no haberla leído ni dispuesto de la misma (N.ºs 34-38).

⁵⁸ FRANCO PUJOL y MUÑOZ ROJO: ob. cit., nota 83, se refieren a las Reglas del 2013 del Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) que, si bien preveían expresamente la facultad del tribunal arbitral de excluir a un representante, finalmente no consta en el texto definitivo aprobado. No consta tampoco en el nuevo Reglamento del 01-11-18 que establece en sus artículos 13.6 y 13.7 la libre elección de los representantes si bien sujeta a los principios de una conducción justa y eficaz del procedimiento, así como la obligación de comunicar prontamente el cambio en la representación legal una vez que el tribunal arbitral ha sido constituido.

⁵⁹ PARK: ob. cit., p. 24; PARK, William W.: «*Equality of Arms in Arbitration: Costs and Benefits*». En: *Mélanges en l’honneur de Pierre Mayer*. LGDJ. V. HEUZÉ *et al.*, editores. París, 2015, p. 24. También: FRANCO PUJOL y MUÑOZ ROJO: ob. cit., p. 12.

⁶⁰ Ni tampoco la de otros Reglamentos como deriva del artículo 21.2 de las *Rules of Arbitration of the Bahrain Chamber for Dispute Resolution* (01-10-17).

un modelo preventivo basado en la autorización, y resulta más que evidente que el tribunal arbitral no tiene poder de autorizar o desautorizar el destino profesional del conjunto de abogados, sin que parezca que la formulación de la LCIA o del CCBBPP/CEA⁶¹ otorgue facultades al tribunal para decidir la expulsión del abogado.

En este sentido, nótese que el texto de la LCIA como también el del CCBBPP/CEA evitan referirse de forma expresa a la expulsión del abogado como una de las medidas que podría adoptar en el caso de incumplimiento de las reglas éticas. Incluso en el caso del CCBBPP/CEA podría haberse entendido de forma diferente si se hubiera finalmente adoptado este poder de los árbitros de forma expresa en el Modelo de Reglamento Arbitral del CEA de la misma fecha, puesto que, de acuerdo con el artículo 26.2.o. del Reglamento Arbitral Modelo, se establece que entre las facultades del árbitro está: «Adoptar medidas para preservar la integridad del procedimiento, incluyendo la amonestación por escrito o verbalmente de los abogados», habiendo sido eliminada la última frase del precepto que expresamente se refería al cambio de abogados: «u ordenar el cambio de abogados o peritos».

Siguiendo con las diferencias, los textos mencionados adoptan soluciones diferentes para resolver el problema que basculan entre medidas preventivas –*ex ante* o modelo de autorización– dirigidas a pedir la autorización al tribunal arbitral para que autorice-rechace la modificación del equipo legal (ejemplo, LCIA y CCBBPP/CEA), y medidas resolutivas –o modelo sancionador– que, aun señalando el deber de no crear relaciones inapropiadas, resuelve el conflicto –*ex post*– impidiendo la participación del representante

⁶¹ Más adelante, el Código se refiere a las sanciones posibles sin mencionar específicamente la posible remoción del abogado: «132. Si un abogado incumple alguno de los deberes tipificados en esta Sección, los árbitros, tras oír a ambas partes y al abogado, podrán adoptar alguna de las siguientes medidas: a. Amonestar al abogado por escrito o verbalmente; b. Hacer inferencias negativas al valorar la prueba; c. Tener en cuenta su conducta al imponer las costas; d. Comunicar los hechos a los Colegios Profesionales en los que el abogado esté inscrito, a fin de depurar responsabilidades deontológicas; e. Adoptar cualquier otra medida para preservar la integridad del procedimiento».

(ejemplo, IBA), sin perjuicio de que algún texto en cierto modo parece seguir un criterio mixto⁶².

Conclusiones

El análisis efectuado en este trabajo nos lleva a las siguientes conclusiones:

i. Se ha consolidado una tendencia en el arbitraje internacional por la que bajo los principios de protección de la integridad o inmutabilidad del tribunal arbitral que ha sido válidamente constituido y el de la conducción justa del procedimiento, los árbitros tienen el poder de resolver el conflicto de intereses que surge entre el derecho a un árbitro independiente y el derecho a elegir un abogado cuando se pretende cambiar o alterar las situaciones que concurren en la representación de una parte. Este derecho de las partes queda supeditado al deber de no crear relaciones inadecuadas con los miembros del tribunal.

ii. Los árbitros, al decidir acerca del conflicto indicado, tienen el poder de decidir la remoción del abogado.

iii. Las diferencias entre las distintas normas del *Soft Law* arbitral, tal y como se han analizado, no tienen el suficiente peso o entidad para desvirtuar las conclusiones alcanzadas.

iv. Una futura regulación de esta cuestión, ya sea al hilo de los propios reglamentos arbitrales, o en un Código ético de conducta, debería responder de una forma amplia al problema que nos ocupa mediante una redacción que comprenda tanto las situaciones de incorporación de un nuevo abogado como el cambio del despacho de abogados, al tiempo que acoja un enfoque preventivo *–ex ante–* y resolutivo del conflicto *–ex post–*.

⁶² En cierto modo, dicho enfoque lo encontramos recogido en las *Arbitration Rules* del Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand (2017), Regla 14 sobre *Party representation*.

* * *

Resumen: La autora examina las reglas sobre representación de parte en el arbitraje internacional. Con tal propósito se plantea la posibilidad de un consenso en la comunidad internacional sobre el tratamiento de este asunto y, en concreto, de los instrumentos *Soft Law*. Destacando la tendencia, fundada en determinados principios, de que los árbitros resuelvan el conflicto de intereses que surge entre el derecho a un árbitro independiente y el derecho a elegir un abogado cuando se pretende cambiar o alterar la representación de una parte, pudiendo decidir la remoción del abogado en ciertos supuestos. **Palabras clave:** representación, parte, arbitraje internacional. Recibido: 05-09-19. Aprobado: 22-11-19.