

Cómo contratar a un abogado postulante en el siglo XXI en asuntos de litigio comercial

El 23 de marzo de este año, participé en el Comité de Solución de Controversias de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados (Anade). Frente a las implicaciones del *coronavirus disease* (Covid-19) y sin perder un instante, la Anade gestionó lo necesario para que sus comisiones de trabajo siguieran laborando vía remota con el tema: "Relación entre abogados internos y externos: Reexaminando las mejores prácticas de control, seguimiento y conclusión de asuntos de litigio comercial", acompañado por el licenciado Norberto Aranzábal Rivera, prosecretario del Consejo de Administración de Liverpool. Pero, como es natural en este tipo de eventos, el tiempo de la sesión resultó muy limitado. La finalidad de esta colaboración es profundizar en las cinco interrogantes que fueron seleccionadas para abordar el tema en cuestión

Siendo Orestes acusado del asesinato del amante de su madre, los atenienses pidieron a la diosa Atenea que lo juzgara. La diosa, cansada de decidir sobre la culpabilidad de los hombres, en lugar del veredicto, les dio una herramienta muy valiosa: El proceso.



Autor: Enrique A. Hernández Villegas, Fundador de Solución de Conflictos Legales

REEXAMINANDO LAS MEJORES PRÁCTICAS EN LA SELECCIÓN Y CONTRATACIÓN DE UN ABOGADO POSTULANTE

Como es sabido, el conocimiento jurídico del abogado en su área de especialización es indispensable. Sin embargo, el abogado¹ postulante,² aquel que defiende, litiga, procura, aconseja y representa al cliente como actor o demandado, requiere adicionalmente de una especialización peculiar para poder actuar ante los tribunales.

Sin embargo, debido a que la forma de juzgamiento en México cambió radicalmente con la puesta en marcha de los juicios orales en materia mercantil,³ también lo hicieron las técnicas de litigación. Ahora, los procesos son completamente diferentes, con una nueva estructura, reglas y nuevos operadores del sistema,⁴ entre ellos los abogados postulantes.

El cambio más radical en el nuevo sistema de oralidad es que, afortunadamente, el objetivo ya no es buscar la mal llamada "verdad histórica" de los hechos controvertidos, sino que las partes contendientes convengan al juez de su teoría del caso.

Por tanto, el abogado postulante del siglo XXI requiere de habilidades y competencias específicas, completamente distintas a la *praxis* a la cual estábamos acostumbrados.

Ahora, lo relevante es convencer al juez con habilidades jurídicas e hístrionicas del abogado, destrezas y cualidades que, antes de la entrada en vigor de los juicios orales, no eran necesarias ni conocidas.

Una de estas habilidades es, por ejemplo, tener capacidad de respuesta o de reacción inmediata durante las audiencias; saber estructurar el debate erístico;⁵ ser lo suficientemente creativo como para poder formular nuevas preguntas con base en las respuestas obtenidas; ser bueno escuchando; saber utilizar convenientemente el material de apoyo; conocer la mecánica de la negociación o la me-

diación para la solución alterna de cualquier litigio sin llevarlo hasta sus últimas instancias y consecuencias y, por supuesto, ser un argumentador muy hábil, esto es, tener contexto lingüístico, debido a que las audiencias son orales, con la presencia del juez.

Ya lo decía Arthur Schopenhauer: *En la dialéctica hay que saber cómo defender las afirmaciones propias y como invadir las del otro.*

Además, este sistema impone al abogado postulante saber Derecho Constitucional; Derechos Humanos; conocer los tratados internacionales en los que México sea parte aplicables al caso en debate; estar al día en lo que se refiere a la jurisprudencia doméstica⁶ y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); control de convencionalidad; control difuso, pues ahora un juez podría dejar de aplicar una norma si estima que la misma es inconvencional. En el viejo sistema esto era impensable, porque el juez tenía que aplicar la ley, estando o no de acuerdo con su contenido.

Este tema de la especialización y habilidades particulares del abogado postulante se entiende muy bien en otras latitudes. En el Reino Unido, para argumentar en los tribunales no basta con ser abogado –el *abogado* allá es el *solicitor*–, un licenciado en Derecho que hace contratos, prepara asambleas, emite opiniones legales, un jurista en toda la extensión de la palabra, quien suele trabajar independientemente o asociado en un despacho de abogados (*law firm*), pero que está impedido para litigar ante los tribunales, pues para eso existe el *barrister*.

Un *barrister* es un *solicitor*, pero con especialidad para poder litigar ante todos los tribunales de su majestad, pues ellos sí conocen el lenguaje, la narrativa y el sistema que se necesita para estar en un juicio representando a sus clientes; ejercen como independientes y se organizan en despachos denominados *chambers*.

¹ Etimología. La palabra "abogado" proviene de la voz latina *advocatus*, que a su vez está formada por la partícula *ad*, a o par, y por el participio *vocatus*, llamado. Es decir, "llamado a" o "para", porque, en efecto, estos profesionales son requeridos por los litigantes para que les asesoren o actúen por ellos en las contiendas judiciales. Vid. *Enciclopedia Jurídica OMEBA* (Ed. Bibliográfica Argentina. Argentina. 1964)

² *La avenida del abogado postulante es una dentro de las muchas que puede llegar a ejercer el licenciado en Derecho, cuya función del litigante o abogado postulante se entabla frente a los tribunales en representación de su cliente, con un matiz distinto que pone a prueba no sólo las habilidades de expresión verbal oral y escrita, y las competencias disciplinarias de la profesión, sino sus valores reflejados en su conducción ética que es evidente y validada por el juicio del juzgador en este caso.* Vid. Saldaña, J., Coordinador. (2015). *Ética jurídica* (Segundas Jornadas). Recuperado el 30 de marzo de 2020. Véase en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3970/24.pdf>

³ Reforma al Código de Comercio (Ccom) del 25 enero 2017

Artículo 1390 Bis. *Todas las contiendas mercantiles se tramitarán sin limitación de cuantía.*

A partir del 16 de enero de 2020, todos los juicios mercantiles, sin excepción de cuantía alguna ahora son juicios de oralidad mercantil, y en los juicios ejecutivos mercantiles hasta \$4'000,000 puede conocer el juez de oralidad mercantil. La reforma al Ccom, publicada en el DOF del 25 de enero de 2017, es de gran trascendencia para el sistema oral mercantil, debido a que el incremento en la cuantía de los asuntos que serán competencia de los jueces orales mercantiles repercute en las actividades de los juzgadores de todo el país

⁴ Todos los jueces del proceso oral mercantil ya han sido debidamente capacitados con la finalidad de desarrollar las competencias necesarias para desempeñar ese cargo en la materia mercantil. No así todos los abogados postulantes están capacitados en el nuevo sistema de oralidad mercantil

⁵ Es una discusión formal y organizada con la que se pretende persuadir al auditorio acerca de la veracidad o falsedad de una propuesta

⁶ Es una fuente del Derecho consistente en la interpretación válida y obligatoria de las normas jurídicas que hacen los órganos jurisdiccionales expresamente facultados para ello, al conocer de los asuntos de su competencia, con la finalidad de fijar el sentido y alcance que debe darse a aquellas o, incluso, de complementarlas. Existen tres vías sobre cómo se integra la jurisprudencia en México: (i) por reiteración de criterios; (ii) por contradicción de tesis, y (iii) por sustitución

Entonces, una buena práctica para contratar a un abogado postulante en el siglo XXI en México comienza con la selección para determinar si el abogado está o no preparado para la nueva forma de litigar los asuntos en México.

No será deseable ni suficiente que el postulante manifieste verbalmente que sí está preparado, sino que tendrá que justificarlo de manera fehaciente con la acreditación de los cursos correspondientes (*cursos en línea* no cuentan, por supuesto).

Existe multitud de abogados postulantes que aún no están capacitados para atender este nuevo sistema de juzgamiento en México, por lo que su curva de aprendizaje la construirán con sus primeros asuntos, lo que de suyo es un potencial riesgo.

“...una buena práctica para contratar a un abogado postulante en el siglo XXI en México comienza con la selección para determinar si el abogado está o no preparado para la nueva forma de litigar los asuntos en México.”

EVALUACIÓN DE LOS RANKINGS DE ABOGADOS Y DESPACHOS DE ABOGADOS PARA LA SELECCIÓN DE UN ABOGADO POSTULANTE

Considero que los *rankings* no son realmente útiles. Más bien, vienen a contribuir a subir el ego y la soberbia de los abogados.

En marzo de este año coincidí en una sesión de trabajo en la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, con Juan Francisco Torres Landa, socio del despacho Hogan Lovells. Él contaba que uno de cada 100 de sus clientes utiliza los *rankings* antes de contactarlo, y afirma que la recomendación de “boca en boca” sigue siendo la que determina la contratación de un abogado o despacho de abogados.

Los *rankings* son de gran ayuda cuando se está buscando a un abogado con determinada especialidad en el extranjero. Estos son una magnífica guía. Hay listas de *rankings* de muchísimo prestigio y reconocimiento a nivel internacional como *Chambers*, *The Legal 500* y *Who's Who Legal*, por citar unos ejemplos.

Hace pocos años, en México una empresa decidió crear una supuesta lista de *rankings* que –en mi opinión– dista mucho de lo que son los *rankings* serios a nivel internacional. Esa lista no es otra cosa que un servicio de publicidad pagado que nada tiene que ver con estos.

Un *ranking* de servicios profesionales, o de cualquier otra área, conlleva una investigación seria, diligente y profesional; una metodología para conocer la especialidad de ciertos asuntos que maneja un abogado o despacho de abogados en un país o región.

También, es necesaria la indagación sobre la satisfacción de los clientes con el servicio; sobre la complejidad de los asuntos; el número de asuntos ganados si hablamos de juicios; entre muchas otras cuestiones que son las que realmente determinan cuál despacho está mejor posicionado en un determinado sector, por eso se denominan *rankings*.

Lo que me gustaría destacar para quienes no son abogados es que algunos abogados o despachos de abogados

pagan por las publicaciones, sobre todo, las que son de carácter estelar.

Es ahí donde surge un negocio muy apetitoso, a costa de decir cualquier cosa, pues bien dice la regla “el que paga, manda”. ¿A quién no le gustaría aparecer clasificado con todo y foto como un *abogado top*?

Si lo que pretendemos es que México tenga una abogacía seria, calificada y respetada, propongo que el Consejo General de la Abogacía Mexicana se asome a revisar este tipo de publicaciones y dé su opinión al respecto.

Sin embargo, hay algo mucho mejor, más valioso y efectivo que los abogados de empresa deberían de tener en mente al momento de contratar los servicios de abogados externos, no sólo a abogados postulantes,⁷ y me refiero a la certificación de la Anade.

Esta certificación se otorga anualmente a quienes cumplen con los siguientes requisitos: **(i)** ser miembros de la Anade; **(ii)** cumplir con los puntos de educación jurídica continua establecidos por esa asociación; **(iii)** cumplir con al menos una sesión que sea de contenido ético, y **(iv)** realizar las horas de trabajo Pro Bono en beneficio de la sociedad.⁸

Sin lugar a duda, no hay mejor credencial profesional que la certificación de la Anade, puesto que la misma presupone un abogado que voluntariamente asume y cumple con un código de ética para el ejercicio de su profesión; que está actualizado en sus conocimientos jurídicos, y que, además, realiza trabajo pro bono en favor de la sociedad.

⁷ Máxime que el tema de la colegialización obligatoria sigue siendo un rubro pendiente en México

⁸ Requisitos de la certificación. Véase en: <https://anade.org.mx/certificacion/>

MANEJO DE EXPECTATIVAS DE LAS EMPRESAS DURANTE LOS LITIGIOS. ¿QUÉ HACER CUANDO UN ABOGADO TE DICE: “¡NO SE PREOCUPE, ESTE CASO ESTÁ GANADO!”?

¡Cuidado! Ciertamente hay que tener mucho cuidado con lo que los abogados postulantes pronostiquemos. Si un abogado dice que un caso “está ganado”, hay que desconfiar y quitarle el asunto inmediatamente, pues ningún abogado postulante serio puede hacer semejante aseveración, la cual además resulta contraria a la ética, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 28 del Código de Ética de la Anade.⁹

“Ganado”, como diría el célebre Doctor Jesús Zamora Pierce, *sólo en el campo*, porque nuestra actividad es de medios, no de resultados, y en un juicio hay una multitud de variables que el abogado no puede controlar.

Los postulantes sabemos que para ganar un juicio no basta con tener la razón; hay que saber alegarla y demostrarla y, lo más importante, que el juez te la quiera otorgar. Las pruebas no hablan, sino que el postulante “las hace hablar”.

El litigio está hecho de verdades contingentes y no absolutas. Efectivamente, siguiendo a Eduardo J. Couture: *Los hechos más claros se deforman si no se logra producir una prueba plenamente eficaz; el derecho más incontrovertible se tambalea en el curso del litigio, si un inesperado e imprevisible cambio de jurisprudencia altera la solución.*¹⁰

Los abogados postulantes únicamente podemos hablar de probabilidades de éxito en el asunto encomendado conforme a nuestra experiencia profesional. Además, un juicio es como una “montaña rusa”, pero a oscuras.

Y es que nunca sabes si viene un giro muy duro o una caída prolongada para agarrarte más fuerte, porque los litigios son como las guerras (batallas legales) en donde habrá golpes bajos y sucios; caídas inesperadas de uno y otro lado, y en una de esas, hasta un inesperado *knock out* que le ponga fin a la disputa antes de lo previsto.

CONSIDERACIÓN DE LAS MEJORES PRÁCTICAS DE CONTROL, SEGUIMIENTO Y CONCLUSIÓN DE UN JUICIO, UNA VEZ CONTRATADO UN POSTULANTE

Cuando el cliente te llama para preguntar por su asunto, “algo anda mal”.

En nuestro despacho hemos implementado un *software* especializado en la automatización y mejora de la gestión judicial de despachos de abogados, que nos ha resultado de gran ayuda para tener informados a nuestros clientes

desde el primer día que comienza el juicio, y hasta su conclusión definitiva.

El cliente tiene acceso al sistema mediante una clave para que pueda ver directamente el progreso de su asunto. Inclusive, puede ver nuestros escritos y los de la contraparte sin tener que preguntar nada; y, si finalmente tiene alguna duda en particular, evidentemente se pondrá en contacto.

Entonces, una de las mejores prácticas es que el cliente esté informado permanentemente del avance de su asunto, momento a momento y no cada 30 días como lo hacen comúnmente algunos abogados o despachos de abogados; hay otros que ni siquiera tienen la costumbre de informar a sus clientes.

En mi opinión, considero que un reporte procesal cada 30 días puede ser demasiado tarde, debido a que en ese lapso pueden suceder cosas desfavorables que el cliente tiene que saber inmediatamente, como por ejemplo que el juez no admita las pruebas ofrecidas; que deseche un recurso de apelación; que dicte una medida de apremio agresiva; entre otras cuestiones.

Si el juicio se encuentra en una etapa crítica, es mejor que el cliente lo vaya sabiendo con antelación antes de que “le dé un patatús” cuando el abogado le informe que se perdió un recurso que era clave para el resultado del juicio.

Es importante recordar que en México los juicios son en realidad **dos juicios**: el primero es para ganar el caso (esta es la parte sencilla), y el segundo, para ejecutar la sentencia. De hecho, la ejecución suele ser mucho más complicada que el propio juicio, por lo que el cliente debe estar bien informado durante esta segunda etapa.

Algo que recomiendo ampliamente a los clientes es solicitar copias certificadas de cualquier actuación procesal en el juicio que consideren relevante, sin perjuicio de que, al final del juicio, deban conservar una copia certificada de todo el expediente completo de sus asuntos, pues las copias simples (fotostáticas) no tienen ningún valor probatorio.

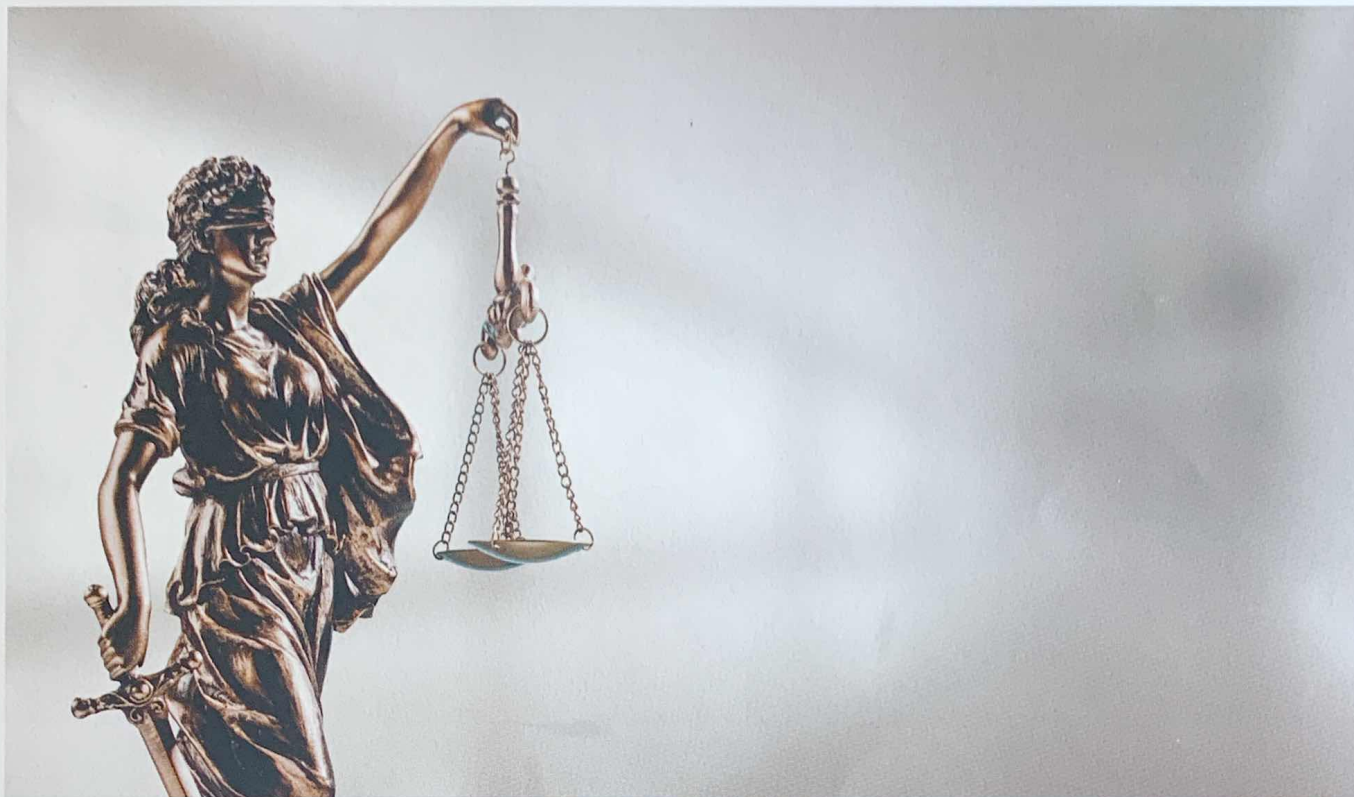
Finalmente, cuando se contratan los servicios de un abogado postulante, también sugiero que los abogados de empresa autoricen a abogados o personas designadas por el cliente, pues así el cliente puede dar seguimiento en el tribunal; presentarse en el juzgado, y revisar el expediente con o sin la intervención de su abogado.

SUGERIR A LOS ABOGADOS DE EMPRESA DE LA ANADE ALGUNAS CLÁUSULAS CUANDO VAYAN A CONTRATAR A UN ABOGADO POSTULANTE

De inicio, es indispensable la suscripción del contrato de prestación de servicios profesionales por escrito entre abogado-cliente, en el cual, entre las obligaciones más impor-

⁹ **Artículo 28.** Aseveraciones sobre el buen éxito del negocio. Nunca debe el abogado asegurar a su cliente que su asunto tendrá buen éxito, ya que influyen en la decisión de un caso numerosas circunstancias imprevisibles, sino sólo opinar, según su criterio, sobre el derecho que lo asiste. Debe siempre favorecer una justa transacción.

¹⁰ Fernández, Óscar. “No se preocupe, jeste caso está ganado!” - blog del mismo. Recuperado el 17 de febrero de 2020. Véase en: <https://oscarleon.es/>



tantes está la del pago de los honorarios al abogado postulante. Dicho acuerdo debe ser lo suficientemente claro para que luego no exista duda o confusión sobre el monto de honorarios convenido.

En ese sentido, los honorarios pueden ser por: **(i)** cuota *litis*; **(ii)** tarifa horaria; **(iii)** etapas procesales, o bien, **(iv)** una combinación de todo lo anterior. Es muy importante que se establezca si los honorarios profesionales se van a cubrir con independencia del resultado del juicio. Algo que también se debe establecer es si los gastos del juicio son a cargo del cliente, en su caso.

Algunas cláusulas sugeridas:

1. Anticorrupción (prohibición de dar sobornos o pagos por facilitación del caso ante los tribunales).
2. No conflicto de intereses para el abogado postulante, antes y durante todo el tiempo que dure el juicio (evitar a toda costa las llamadas *Chinese wall* que suelen utilizar algunos despachos grandes para darle la vuelta al conflicto de intereses que claramente tienen).
3. Establecer la posibilidad, en su caso, de contratar terceros que coadyuven con el abogado postulante.
4. Confidencialidad.
5. Protección de datos personales.
6. Reporte procesal de seguimiento del asunto, el cual puede ser semanal, quincenal o mensual.
7. Establecer una cláusula escalonada para el caso de conflictos entre abogado-cliente. Particularmente, por lo que se refiere al pago de honorarios que resulta ser una

disputa bastante común en este tipo de prestación de servicios profesionales, pues no hay nada más triste y desagradable que un abogado postulante termine demandando a su excliente.

Para esto último, sugiero pactar que en caso de discrepancia entre abogado-cliente se comience con una negociación entre ellos directamente para que de buena fe intenten llegar a un acuerdo que les resulte mutuamente satisfactorio, pensando en su bienestar.

De no ser posible ese acuerdo, entonces que se acceda a ir a una mediación en la cual un tercero profesional (mediador) les ayude a conseguir el acuerdo que necesitan para poner fin a la disputa, y solo para el caso de que no se consiga llegar a un acuerdo en la negociación y mediación, al final, podrán pactar acudir a un procedimiento adversarial, ya sea mediante un arbitraje comercial (preferible), o bien, ante los tribunales del Estado. Por eso es una cláusula escalonada, porque son actos sucesivos, que no selectivos.

Algunas cláusulas parecen obvias, y son tan obvias que se omiten, de ahí mi recomendación para que nunca falten.

COMENTARIO FINAL

Espero que con lo aquí analizado pueda contribuir para que los abogados de empresa se enfoquen en contratar verdaderos *barristers*, pues solo así se evitarán muchos dolores de cabeza y, mejor aún, impedirán perder los juicios importantes de las empresas que representan.