

Quando los costos, cuentan

Ana María Arrarte*

Daichi Yano**

Resumen. - Este trabajo busca abordar un tema relevante pero muy poco tratado en materia arbitral: los costos. La percepción común es que los Tribunales Arbitrales no dedican una parte importante de su análisis a la distribución y recuperabilidad de los costos arbitrales, pese a que esta decisión es una parte fundamental del Laudo y una herramienta esencial para emitir una decisión justa.

Abstract. - This paper seeks to address a relevant but little discussed topic in arbitration: costs. The common perception is that Arbitral Tribunals do not devote an important part of their analysis to the distribution and recoverability of arbitration costs, despite the fact that this decision is a fundamental part of the Award and an essential tool for rendering a fair decision.

Palabras clave. - Arbitraje - Costos - Laudo arbitral - Reglas del arbitraje

Keywords. - Arbitration - Costs - Arbitration award - Arbitration rules

* Socia Principal del Estudio Echecopar asociado a Baker Mckenzie Internacional. Líder del Área de Solución de Controversias del Estudio Echecopar. Abogada por la Universidad de Lima. Árbitro en diversas instituciones arbitrales.

** Asistente legal del Estudio Echecopar asociado a Baker Mckenzie Internacional. Miembro del Área de Solución de Disputas del Estudio Echecopar. Bachiller en Derecho por la Universidad del Pacífico. Ex Presidente del Consejo Directivo de Forseti–Revista de Derecho.

I. Introducción

Terminadas todas las actuaciones y estando cerca de laudarse, toca lo feo. Sacar las cuentas, distribuir lo debido y pagar los costos derivados del arbitraje. El arbitraje es un mecanismo de resolución de disputas que ofrece una solución de alta calidad para los litigios complejos y de alto valor. Es innegable señalar que el arbitraje no es barato -de hecho- en la encuesta sobre arbitraje internacional del 2018 de la Queen Mary University se señaló que la peor característica del arbitraje son los costos¹ y es que, en el arbitraje, a diferencia de los procesos judiciales, las partes internalizan todos los costos. Se pagan los honorarios de los árbitros, los costos administrativos del centro de arbitraje, los gastos en los que tengan que incurrir los árbitros, además de los costos de representación de las partes y los honorarios de los expertos.

Los costos en el arbitraje son un tema sumamente relevante pues en muchos de los casos -por no decir la mayoría- la suma discutida en los costos resulta significativa, considerando los montos en disputa. A pesar de su importante impacto en la práctica, no es un tema que se suele abordar con mucho detenimiento o sobre el cual exista abundante literatura². Coincidimos con DE TRAZEGNIES cuando señala que "Los aspectos relacionados con los costos del arbitraje y su distribución suelen ser de los más olvidados por los tribunales arbitrales. Típicamente, los tribunales arbitrales no dedican una parte importante de su análisis a la responsabilidad de las partes respecto del pago de los costos o gastos del arbitraje. La trascendencia de estos aspectos es frecuentemente subestimada."³ La decisión sobre los costos no es un asunto que se pueda tomar a la ligera, en estricto, podemos afirmar que ni siquiera puede sostenerse que es un tema "accesorio", una simple consecuencia de lo resuelto respecto de la controversia. Una condena de pago de costos o el rechazo al pago de ciertos conceptos lleva implícita una decisión que trasciende a los conceptos: "el que pierde paga" o "cada parte asume sus costos", como vamos a intentar demostrar en este artículo.⁴

Por ello, los árbitros -en el marco del pacto de las partes y las reglas aplicables al arbitraje- deben evaluar la complejidad del caso, el resultado de la disputa, los

¹ Queen Mary University. 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration. P. 2. Disponible en web: [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)

² De hecho, BORN señala que "Most awards of costs in international arbitration either rely exclusively on grants of discretion (or other standards) pursuant to applicable institutional rules, or simply award a "reasonable" or "appropriate" amount. Given this general lack of analysis, some commentators have concluded that "[t]he awarding of arbitration costs and attorney's fees in international arbitrations is often arbitrary and unpredictable." BORN, Gary. *International Commercial Arbitration* (Third Edition). Kluwer Law International, 2021, pp. 3350.

³ DE TRAZEGNIES, Carolina. Art. 70.- Costos. En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (Tomo I)*. IPA, 2011. Pp . 785.

⁴ "Given the potential magnitude of costs in international arbitration, the standards for making awards of costs of legal representation and related expenses are of considerable practical importance." BORN, Gary. *International Commercial Arbitration (Third Edition)*. Kluwer Law International, 2021, p. 3340.

recursos que requirieron las partes y su comportamiento durante el arbitraje para poder tomar una decisión adecuada y justa. En ese sentido, es propósito de este artículo aclarar -desde un punto de vista práctico- en qué consisten los costos en un arbitraje, quiénes los deben asumir, qué normas se deben observar al momento de emitir una decisión sobre los costos, cuál es el procedimiento para decidir este asunto y cuáles son los costos sobre los que recae la decisión. Asimismo, consideramos pertinente reflexionar sobre la utilidad de la decisión sobre los costos como herramienta "de sanción" con la que cuentan los árbitros para no dejar impunes ciertas conductas de las partes que resulten contrarias a la buena fe.

II. Los costos en un arbitraje

En el transcurso de un arbitraje, todos los involucrados en el proceso (Tribunal Arbitral, Centro de Arbitraje y Partes) incurrir en una serie de desembolsos que -razonablemente- están relacionados a la disputa. Como bien señalan REDFERN & HUNTER: "A claim in respect of the costs incurred by a party in connection with an international arbitration is, in principle, no different from any other claim, except that it usually cannot be quantified until the end of the arbitral proceedings."⁵. Estos costos y gastos son uno de los temas más importantes que recoge el Laudo Final, pero ¿en qué consisten estos costos?

De acuerdo a las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, "CCI"):

Los costos del arbitraje incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y los gastos administrativos de la CCI fijados por la Corte, de acuerdo con el tarifario vigente al momento del inicio del arbitraje, así como los honorarios y gastos de los peritos nombrados por el tribunal arbitral y los gastos legales y de otro tipo razonables incurridos por las partes para el arbitraje. (El énfasis es nuestro).

Por otro lado, las reglas de arbitraje de la London Court of International Arbitration (en adelante, "LCIA") definen a los costos como:

Los costos del arbitraje distintos de los gastos legales o de otro tipo en que incurran las partes (los "Costos del Arbitraje") serán determinados por la Corte de la LCIA de acuerdo con el arancel de costos. Las partes serán solidariamente responsables ante la LCIA y el Tribunal Arbitral de dichos Costos del Arbitraje." (El énfasis es nuestro).

Conforme a las reglas de arbitraje del Hong Kong International Arbitration Centre (en adelante, HKIAC):

⁵ BLACKABY, Nigel, *et. al. Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)*. Oxford University Press, 2015, p. 532.

Cuando los costos, cuentan

- 34.1 El tribunal arbitral determinará los costos del arbitraje en una o varias órdenes o laudos. El término "costos del arbitraje" incluye únicamente:
- (a) los honorarios del tribunal arbitral, determinados de conformidad con el artículo 10;
 - (b) los gastos razonables de viaje y otros gastos incurridos por el tribunal arbitral;
 - (c) los costos razonables del asesoramiento de expertos y de otra asistencia requerida por el tribunal arbitral, incluyendo los honorarios y gastos de cualquier secretario del tribunal;
 - (d) los gastos razonables de representación legal y de otra asistencia, incluidos los honorarios y gastos de cualquier testigo y perito, si dichos gastos se reclaman durante el arbitraje; y
 - (e) la Tasa de Registro y las Tasas Administrativas a pagar a HKIAC de acuerdo con el Anexo 1, y cualquier gasto a pagar a HKIAC." (El énfasis es nuestro).

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, "CCL"), prevé de manera similar que:

Los costos del arbitraje incluyen los siguientes conceptos:

- a) los honorarios y los gastos de los árbitros;
- b) los gastos administrativos determinados por el Centro de conformidad con la Tabla de Aranceles vigente en la fecha de inicio del arbitraje;
- c) los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el Tribunal Arbitral, si los hubiere; y
- d) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje." (El énfasis es nuestro).

De lo desarrollado en las reglas de estos centros de arbitraje se desprende que los costos en un arbitraje consisten normalmente en: (i) Los gastos administrativos del arbitraje (P.e. costos del centro); (ii) Los Honorarios del Tribunal Arbitral; (iii) Los gastos incurridos por el Tribunal Arbitral (P.e. viáticos si las audiencias se llevan a cabo presencialmente en un foro distinto al de los árbitros); (iv) los costos de asesoramiento y asistencia requerida por el Tribunal Arbitral; (v) los gastos de

Cuando los costos, cuentan

representación legal; y (vi) otras asistencias requeridas por cada parte (P.e. Peritos y Testigos). Estos gastos pueden ser agrupados de la siguiente forma⁶:

"Costos procedimentales" o "Costos del Arbitraje"	Los gastos administrativos del arbitraje
	Los Honorarios del Tribunal Arbitral
	Los gastos incurridos por el Tribunal Arbitral
	Los costos de asesoramiento y asistencia requerida por el Tribunal Arbitral
"Costos de las partes" o "Costos Legales"	Los gastos de representación legal
	Otras asistencias requeridas por cada parte

Los costos procedimentales son aquellos costos administrativos que sirven para que el arbitraje se lleve a cabo. Estos son aquellos en los que las partes tendrán que incurrir necesariamente al acudir al arbitraje, no hay mayor controversia al respecto y usualmente son determinados por el centro de arbitraje (en caso estemos ante un arbitraje institucional) o el propio Tribunal Arbitral (en caso estemos ante un arbitraje ad hoc).

Los costos de las partes, por otro lado, son aquellos en los que incurre cada una para preparar y presentar su posición. Estos son costos no comunes entre las partes puesto a que cada parte incurre en los costos que considera necesarios para llevar a cabo la defensa de sus intereses. Ello dependerá de su posición, la complejidad de su caso, lo que tengan que probar y, ciertamente, de su capacidad económica para afrontarlos, entre otras cosas. Estos costos son comunicados al Tribunal Arbitral hacia el final del arbitraje junto con los alegatos finales o en la oportunidad que el Tribunal Arbitral lo indique. Por ello y porque usualmente los costos de las partes son los montos más elevados, en comparación con los costos procedimentales, estos costos suelen ser controvertidos en la medida en que se puede cuestionar su razonabilidad y -en esa línea- su recuperabilidad.

Una vez que concluya el espacio correspondiente al sustento y absolución de los costos presentados por las partes, el Tribunal Arbitral podrá emitir su decisión sobre los costos arbitrales, que constará en la forma de un laudo (parcial o final), en la cual resolverá: (i) quién asume los costos del arbitraje de acuerdo con el pacto de las partes, las normas aplicables y los principios aplicables a la distribución de costos (Sección III); y (ii) cuáles son los costos razonables incurridos por las partes

⁶ "Costs related to arbitration can be divided into two main groups: arbitration costs and legal costs." LEW, Julian, *et. al. Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. p. 653.

que pueden ser recuperados (Sección IV). Nos dedicaremos a estos puntos en las siguientes secciones.

III. ¿Quién paga los costos? ¿Qué debemos observar?

Para decidir sobre el tema de quién debe asumir los costos del arbitraje es necesario saber cuáles son las reglas aplicables a esta materia. Al respecto, debemos señalar que la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, la "Ley Modelo") no reguló en su propuesta disposiciones relacionadas a los costos derivados del arbitraje y su distribución⁷. En ese sentido, independientemente de que la mayoría de las legislaciones arbitrales modernas tienen base en la Ley Modelo, cada jurisdicción ha tenido que abordar el asunto de los costos de forma particular (en los casos en los que se haya decidido regular).

La mayoría de las legislaciones arbitrales han decidido dar libertad a las partes para que puedan regularlo en su convenio arbitral en virtud del principio de autonomía privada, siendo una excepción Inglaterra donde las partes están prohibidas de pactar previamente al arbitraje que será solo una de ellas la que pagará todos los costos independientemente del resultado⁸. En ese sentido, resulta importante revisar primero la regulación que las partes hayan pactado al respecto contenida en su convenio arbitral.

Coincidimos con FALLA cuando señala que las partes pueden atender directamente la regulación de estos costos, estableciendo parámetros en el convenio arbitral (P.e. estableciendo topes) o indirectamente remitiendo su determinación a los propios árbitros o a la regulación contenida en los reglamentos arbitrales (P.e. reglas sobre lo costos contenidas en los reglamentos de los centros de arbitraje)⁹.

⁷ **"The UNCITRAL Model Law does not expressly address the question of the costs of the arbitration or of legal representation in the arbitration.** There were proposals during the drafting of the Model Law for a provision that would have authorized the arbitrators to request a deposit from the parties for the tribunal's fees and expenses, and to fix the amount of such fees and expenses. **Even these relatively limited proposals were not pursued, and the Model Law's final text, and its 2006 Revisions, are silent on the entire subject of the allocation of the costs of the arbitration.**

Nonetheless, there is no question but that, absent contrary agreement, the Model Law does not preclude arbitrators from making awards of the costs of the arbitration and legal costs. (...)" (Énfasis agregado) BORN, Gary. *International Commercial Arbitration (Third Edition)*. Kluwer Law International, 2021, p. 3341.

⁸ **"virtually all developed legal regimes give effect to the parties' agreement with regard to awards of legal costs in international arbitration.** That is true where the parties agree that the arbitrators shall have the power to make such awards, as well as where they agree to exclude the possibility of such awards. This is simply an **application of the broader principle of party autonomy in the context of international arbitration and should raise no questions of enforceability.** (One limited exception is England, where parties are precluded from agreeing, prior to the dispute arising, that one party pay "the whole or part of the costs of the arbitration in any event," regardless of the outcome.)" BORN, Gary. *International Commercial Arbitration (Third Edition)*. Kluwer Law International, 2021, p. 3341.

⁹ FALLA, Alejandro. Art. 69.- "Libertad para determinar costos". En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (Tomo I)*. IPA, 2011. p. 777.

Por ello, consideramos que al momento de emitir una decisión sobre los costos se debe revisar (a) el pacto de las partes (por si las partes pactaron una regulación particular al respecto); (b) el reglamento arbitral (por si las partes regularon indirectamente el asunto mediante referencia a un conjunto de reglas); (c) los principios generales que rigen la distribución de costos en el arbitraje (usualmente recogidos dentro de los criterios establecidos por los reglamentos arbitrales); y (d) la Ley de Arbitraje de la Sede y la Ley de Arbitraje del lugar de ejecución (para verificar la existencia de limitaciones al pacto o a la decisión sobre los costos del arbitraje).

i. Pacto sobre costos en el convenio arbitral

Como hemos señalado, la mayoría de legislaciones arbitrales permite a las partes regular los temas relativos a los costos arbitrales en el convenio arbitral. No obstante, dicha libertad, los árbitros también están en aptitud de evaluar un comportamiento abusivo en su regulación que, de alguna manera, limite el derecho a recurrir al arbitraje¹⁰. Por ejemplo, un pacto que señale que el demandante siempre asumirá los costos; ello, considerando los altos costos de un arbitraje, podría desincentivar a las partes económicas más débiles de activar este mecanismo de solución de controversias. De este modo se estaría estableciendo desincentivos económicos a iniciar un arbitraje lo cual, en la práctica, limitaría el derecho de acceso al mecanismo jurisdiccional pactado. En estos supuestos, el Tribunal Arbitral podría desestimar la sección del pacto que limita el ejercicio del derecho de acción de dicha parte, por cuanto se trataría de un pacto nulo.¹¹

Si bien hemos desarrollado brevemente la libertad que tienen la partes para regular los asuntos sobre los costos del arbitraje en el convenio arbitral, ello no es algo común en la práctica. Los convenios arbitrales son "pactos de medianoche"¹², las partes no dedican mayores esfuerzos ni recursos a su redacción pues suelen ser -aun cuando no debería- cláusulas que se firman luego de haber terminado una negociación, convirtiéndose en el "cierre formal", de lo que en ese momento y bajo el ánimo de voluntad común de llevar adelante un negocio, ambas partes consideran "que no va a ocurrir", pues el escenario litigioso no está sobre la mesa, de allí que se les suele denominar "*champagne clauses*". Las partes terminan recurriendo al uso de cláusulas modelo que, como podremos ver a continuación, no tienen un desarrollo pormenorizado relativo a los costos del arbitraje:

¹⁰ "(...) pactar los costos del arbitraje con anterioridad puede favorecer al parte con una mayor capacidad económica (deep pockets) debido a que pueden intimidar y eventualmente desincentivar a las partes económicamente más débiles de iniciar un proceso arbitral (si se pactan costos elevados) (...)" FALLA, Alejandro. Art. 69.- "Libertad para determinar costos". En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (Tomo I)*. IPA, 2011. p. 777.

¹¹ Si bien esto podría depender en cada jurisdicción de acuerdo a la naturaleza jurídica del arbitraje adoptada en cada una, debido a la extensión del presente artículo, este asunto será desarrollado en otro trabajo.

¹² KREINDLER, Richard. "Practical Issues in Drafting International Arbitration Clauses". En *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*. Kluwer Law International, 1997. p. 47.

- **Cláusula modelo de la CCI:**

Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.

- **Cláusula modelo de la Cámara de Comercio Americana del Perú (en adelante, "Amcham Perú"):**

Las controversias que se deriven de este acto jurídico o que tengan relación con él, incluidas las relativas a su existencia, validez, eficacia, ejecución o terminación, así como las vinculadas al presente convenio arbitral, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, bajo la organización y administración del Centro de Arbitraje de AmCham Perú, conforme a su Estatuto y Reglamento, a los cuales las partes se someten incondicionalmente. El laudo será definitivo e inapelable.

- **Cláusula modelo para arbitrajes internacionales de la American Arbitration Association (en adelante, la "AAA"):**

Any controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach thereof, shall be determined by arbitration administered by the International Centre for Dispute Resolution in accordance with its International Arbitration Rules.

Es por ello que, en la práctica, las partes y los árbitros terminan teniendo que recurrir a las reglas arbitrales como un segundo nivel de análisis para determinar las reglas relativas a los costos arbitrales.

ii. Regulación sobre los costos en las reglas

Como bien señala BORN:

The overriding object of most institutional rules is to grant the arbitral tribunal broad powers to award legal costs, according to standards established principally by the arbitrators; the exercise of these powers is left largely to the arbitrators, with only limited and general references to the degree of a party's success on its claims and the reasonableness of a party's legal expenses. All leading institutional rules also expressly confirm the arbitrators' authority to "apportion" legal costs, allowing awards of less than 100% of a party's reasonable costs.¹³

La mayoría de reglamentos arbitrales regula de forma bastante general los siguientes asuntos sobre los costos: (i) la competencia de los árbitros para fijar los costos y decidir sobre su distribución; (ii) los conceptos que componen los costos

¹³ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration (Third Edition)*. Kluwer Law International, 2021, p. 3347.

a fijar por el Tribunal Arbitral; y (iii) los factores que se deberán tomar en cuenta para emitir la decisión sobre la distribución de los costos.

Centros de Arbitraje como la CCI, la CCL y Amcham Perú, establecen en sus Reglamentos que los costos procedimentales del arbitraje (Gastos Administrativos del Centro y Honorarios del Tribunal Arbitral) serán fijados por el mismo Centro¹⁴, mientras que los árbitros se encargan de la decisión sobre los costos de las partes y la distribución de costos.

Asimismo, los reglamentos arbitrales regulan de manera bastante general que los conceptos que componen los costos de las partes serán aquellos que sean (i) vinculados al arbitraje y (ii) razonables de acuerdo a las circunstancias de cada caso (como indicamos en la Sección II).

Por otro lado, para la distribución de costos, los reglamentos arbitrales recogen criterios existentes como "el perdedor paga" y "cada parte asume sus costos" dando un margen al Tribunal Arbitral para que pueda ajustar sus decisiones sobre la base de las circunstancias del caso y el comportamiento de las partes¹⁵. Desarrollaremos más sobre estos principios en la siguiente sección III.c.

Ahora, los reglamentos arbitrales no son las únicas reglas que se deben tomar en consideración, también es importante tener en cuenta las reglas del arbitraje que

¹⁴ Artículo 38 del Reglamento de la CCI

"1. Los costos del arbitraje incluirán los honorarios y los gastos de los árbitros, así como los gastos administrativos de la CCI determinados por la Corte de conformidad con los aranceles vigentes en la fecha de inicio del arbitraje, los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el tribunal arbitral y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje. (...)

3. En cualquier momento del procedimiento arbitral, el tribunal arbitral podrá tomar decisiones sobre costos, distintos de aquéllos fijados por la Corte, y ordenar su pago."

Artículo 41.1 del Reglamento de la CCL

"1. La Secretaría General fija la provisión para gastos del arbitraje. Esta provisión cubre los honorarios y los gastos de los árbitros cuando corresponda, así como los gastos administrativos del Centro correspondientes a la Solicitud de arbitraje y a la Respuesta con reclamaciones presentadas por las partes. Para tal efecto, aplica la Tabla de Aranceles del Centro sobre la base del contenido económico de la controversia, o los decide a su discreción, si el monto en controversia fuere indeterminado."

Artículo 46 del Reglamento de Amcham Perú

"1 Los gastos arbitrales comprenden los honorarios del tribunal arbitral y los gastos administrativos del Centro y se determinan aplicando la Tabla de Aranceles vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje.

2 Corresponderá exclusivamente al Centro determinar la provisión de gastos arbitrales teniendo en consideración la estimación económica de la controversia, su complejidad o cualquier otra circunstancia que considere relevante."

¹⁵ "The ICC Rules not only refer to 'the reasonable legal and other costs incurred by the parties', but also indicate that the tribunal may consider such circumstances as it considers relevant (including the extent to which each party has conducted the arbitration in an expeditious and cost-effective manner) before making a decision on the amount of costs to be awarded. A similar provision has been introduced in the 2014 version of the LCIA Rules. The UNCITRAL Rules adopt a more conservative approach: while recognising that the arbitral tribunal may take into account the circumstances of the case when allocating costs between the parties, they do not explicitly mention cooperative or disruptive behaviour of the parties as a factor." BLACKABY, Nigel, *et. al. Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)*. Oxford University Press, 2015, pp. 532.

se pactan comúnmente, una vez constituido el Tribunal Arbitral. En estas reglas, existe un margen para que las partes acuerden con los árbitros qué reglas aplicarán para la distribución de los costos y, en caso no se acuerde que cada uno asuma sus costos, qué conceptos se consideraran recuperables. De hecho, para que exista predictibilidad sobre lo que se decidirá en la asunción de costos arbitrales, consideramos una buena práctica que se acuerden en las reglas del arbitraje si es que no se hubiese pactado ya en el convenio arbitral. Ello le daría predictibilidad a las partes y al Tribunal sobre los conceptos que se deben distribuir en la decisión y, por ende, sobre los que tienen que presentar comprobantes. Coincidimos con LEW, MISTELIS Y KRÖLL cuando señalan que un Tribunal Arbitral podría abordar este tema en una audiencia preliminar:

An arbitration tribunal may wish to deal with the scope of costs at a preliminary hearing. This would avoid any dispute over the extent of the jurisdiction of the tribunal to award costs at the end of the proceedings. Inevitably, the authority of the tribunal to award costs is always subject to the agreement of the parties at any time¹⁶.

iii. Reglas existentes sobre el pago de los costos del arbitraje

Como bien señalamos anteriormente, los reglamentos arbitrales de los centros de arbitraje recogen ciertas reglas para la distribución de costos. Estas disposiciones, a las cuales nos hemos referido en la sección anterior, recogen principios desarrollados en el arbitraje internacional. Ahora, si bien las reglas establecen ciertos parámetros para la decisión sobre la distribución de los costos, la mayoría de reglamentos arbitrales dan discrecionalidad a los árbitros para aplicar los criterios que consideren para la distribución de los costos¹⁷. En ese sentido, corresponde que expliquemos los principios aplicables a la distribución de costos que son recogidos por los reglamentos arbitrales y que incluso aplicarían si el reglamento no regulase dichos aspectos. Estos son las reglas de: "el perdedor paga" y "cada parte asume sus costos". Adicionalmente, consideramos pertinente abordar en esta sección el asunto sobre la distribución de los costos en virtud de la conducta de las partes.

A. "Cada parte paga sus costos"¹⁸

El principio de que "cada parte paga sus costos" consiste precisamente en lo que indica su nombre, los costos del procedimiento se distribuyen equitativamente entre las partes y cada una asume los costos que asumió para su defensa. La finalidad de esta regla es salvaguardar el derecho de las

¹⁶ LEW, Julian, *et. al. Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. pp. 653.

¹⁷ "Unless the parties have made some other agreement, arbitration rules typically give the power to tribunals to determine in their discretion the proportions of fees and costs of the arbitration that should be paid and by which party." HYDER, Arif, *et. al. "Chapter 8: Costs and Fees"*. En *The International Arbitration Rulebook: A Guide to Arbitral Regimes*. Kluwer Law International, 2019. pp. 459.

¹⁸ Por su predominante uso en Estados Unidos, esta regla también es conocida como la "regla americana".

partes a acceder a la justicia y evitar que se vean disuadidas de plantear reclamaciones o defensas por el riesgo de tener que soportar los costos de la parte contraria, en caso el laudo le sea adverso. Se ha argumentado que la aplicación de esta regla reduciría los costos y el tiempo empleado en los procedimientos arbitrales, ya que las partes estarían exentas de fundamentar las reclamaciones relacionadas con los costos y los árbitros no tendrían que identificar a la parte vencedora ni determinar los costos recuperables en contenido y cuantía¹⁹.

A pesar de ello, en el arbitraje comercial internacional, los Tribunales Arbitrales no suelen adoptar este principio. Esto se debe al hecho de que un número importante de reglamentos de arbitraje -como hemos indicado en las secciones anteriores- permiten expresamente la asignación de los costos sobre la base del principio de "el perdedor paga". Como señala ABDEL, "This practice emphasizes the fact that "this approach [the American rule] is probably considered as contrary to the preference of parties in most contemporary international commercial arbitrations"".

Independientemente de lo señalado, consideramos que, a pesar de la tendencia actual de los reglamentos arbitrales de recoger en sus disposiciones la regla de "el perdedor paga", sujeta a consideraciones del Tribunal, ordenar que cada parte asuma sus costos es algo que el Tribunal Arbitral puede hacer dentro de las facultades derivadas del convenio arbitral y la mayoría de reglamentos de los centros arbitrales.²⁰

B. "El perdedor paga"

El principio "el perdedor paga", como indica su nombre, establece que la parte perdedora soportará, además de sus propios costos, los costos que haya incurrido la parte vencedora del arbitraje. Esta regla -en principio- disuadiría a las partes de plantear demandas frívolas, ya que la parte que obtuvo una decisión adversa soportaría los costos derivados del arbitraje. Como señalamos en la sección anterior, esta es la regla general de mayor aplicación en el arbitraje comercial internacional.

Algunos Tribunales han considerado que bajo este principio también se encuentra la regla "el ganador se lo lleva todo". Así, la parte perdedora sería condenada a soportar todos los gastos incurridos en el procedimiento arbitral. Sin embargo, en la mayoría de los casos, los Tribunales Arbitrales

¹⁹ ABDEL, Mohamed. "Costs in International Arbitration: Navigating Through the Devil's Sea". En *ICCA Congress Series No. 20 (Sydney 2018): Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*. Kluwer Law International, 2019. pp. 492.

²⁰ "Nuestra posición, sin embargo, es que no obstante que la regla general contenida en el artículo 73º de la LA sea que "A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida", el Tribunal mantiene la potestad de decidir que cada parte asuma sus propios costos del proceso." EZCURRA, Huáscar. Art. 73.- Asunción o distribución de costos. En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (Tomo I)*. IPA, 2011. pp. 811-812.

adoptan un enfoque menos estricto, en el que la asignación de los costos se basa en los éxitos y fracasos relativos de las pretensiones demandadas y defensas planteadas por cada parte, así como en la conducta de las partes durante el procedimiento arbitral. De este modo, los Tribunales Arbitrales adoptan como punto de partida el principio de que "el perdedor paga" y luego ajustan el principio teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso particular.²¹

En ese sentido, el Tribunal podría tomar en consideración la proporción del monto demandado que se ha otorgado al demandante en el Laudo para plantear un prorrateo de los costos que le serán reembolsados. Por ejemplo, un caso en el que el monto demandado sea de US\$ 10'000,000.00 y se declara fundada parcialmente la pretensión de la demanda concediendo únicamente US\$ 8'000,000.00, el Tribunal podría considerar -de acuerdo a las circunstancias del caso- que al ganador le corresponde que el 80% de sus costos le sean reembolsados por la contraparte en tanto es respecto de esa proporción que es la parte "vencedora". También podría tomar en consideración las pretensiones planteadas por las partes y el éxito de las mismas en el Laudo. Por ejemplo, en un arbitraje en el que se discutan únicamente pretensiones declarativas, el Tribunal podría considerar el número de pretensiones y la complejidad de cada una para ordenar el pago de los costos derivados de la discusión de cada pretensión al "ganador" de cada una de ellas.

C. Condena de costos como mecanismo de sanción

Como bien desarrollamos en los puntos precedentes, el Tribunal Arbitral podrá evaluar las características de cada caso para determinar cómo va a distribuir los costos arbitrales. Claro, ello en un supuesto en el que las partes se hubieran comportado con la corrección y buena fe que se espera.

Los reglamentos recogidos en el presente trabajo no desarrollan expresamente la posibilidad de sancionar a las partes por su conducta y sus alcances. La facultad de los árbitros de sancionar es un tema muy controvertido, sin embargo, consideramos que la evaluación de la conducta, en sí misma, como uno de los criterios que serán utilizados para la determinación de costos, es una herramienta imprescindible para desincentivar comportamientos desleales que hacen ineficiente el arbitraje²². En efecto, si bien puede ser un tema no pacífico que los árbitros puedan

²¹ ABDEL, Mohamed. "Costs in International Arbitration: Navigating Through the Devil's Sea". En *ICCA Congress Series No. 20 (Sydney 2018): Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*. Kluwer Law International, 2019. pp. 488.

²² "The allocation of costs can be a useful tool to encourage efficient behaviour and discourage unreasonable behaviour." En *ICC Commission Report Controlling Time and Costs in Arbitration*, 2018. pp. 4.

imponer sanciones²³, sí está fuera de toda discusión que los árbitros pueden evaluar la conducta de las partes, y que -además- deben asignar los costos que deberán ser asumidos por cada una de ellas, por lo que, nada obsta que éste sea uno de los criterios que sirva para la determinación de quién y en qué proporción se deberán asumir los costos.

En el caso en que un Tribunal Arbitral quisiera tener la posibilidad de optar por este mecanismo -que indirectamente se podría considerar una "sanción"- consideramos que se debe informar a las partes de esta posibilidad de manera oportuna. Ello se podría hacer en la audiencia preliminar en la que se discuten las reglas, en la primera orden procesal o en la primera oportunidad en la que resulte pertinente advertir a las partes de las consecuencias de un mal comportamiento. Asimismo, es importante informar a las partes que no solo se tomará en consideración el resultado del arbitraje para la decisión de la distribución de los costos sino también su comportamiento a lo largo de este.

Consideramos que ésta es una forma de distribución de los costos del arbitraje que surge independientemente de las reglas generales de "el perdedor paga" y "cada parte paga sus costos". Una parte bien podría tener la razón en el arbitraje, pero ha actuado de mala fe, ha dilatado las actuaciones y -en general- ha vuelto ineficiente el arbitraje; un Tribunal razonablemente podría considerar que dicha conducta de mala fe amerita una sanción por la que asumiría todos los costos del arbitraje independientemente del resultado.²⁴

¿Podría un Tribunal Arbitral "sancionar" a una de las partes por un comportamiento desleal cuando existe un pacto sobre cómo se debe realizar la distribución de los costos? Este es un tema controvertido pues consideramos si bien en el arbitraje el rol de la voluntad de las partes es medular, también es un "valor entendido" que las partes deben actuar con probidad y lealtad procesal. Así, existen decisiones como en el caso *ReliaStar Life Insurance Co v. EMC National Life Co* en el que en el año 2009 el Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos decidió que al momento de celebrar el acuerdo, las partes se encuentran en un contexto de buena fe; en ese sentido, no sería efectivo limitar la autoridad inherente que tienen los árbitros para sancionar un actuar de mala fe en el arbitraje.²⁵

D. Ley de arbitraje y ley del lugar de la ejecución

Un elemento que consideramos importante tener en consideración, sobre todo para la parte demandante y la que plantea una reconvencción, es la ley

²³ KREINDLER, Richard, *et. al.* "Conduct and Costs: How Should the Tribunal Sanction the Parties in Costs?". En *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*. Sweet & Maxwell, 2014. pp. 389-390.

²⁴ *Ibid.*, pp. 390.

²⁵ *Ibid.*, pp. 391.

de la sede del arbitraje y la ley del lugar de ejecución. Como hemos señalado puede ocurrir que existan disposiciones legales respecto de ciertos pactos para la distribución de costos, y de cómo éstos podrían ser recuperados en la decisión que emita el Tribunal al respecto. Ello podría representar una contingencia importante para la ejecución del laudo o su reconocimiento en una jurisdicción que tenga alguna restricción expresamente establecida.

IV. ¿Qué costos se pueden recuperar? ¿Cuáles son estos?

Como se puede advertir de las secciones anteriores, la regla de que "el perdedor paga", no suele ser un criterio absoluto en la distribución de los costos. Tampoco lo es respecto de los conceptos que entran a esta distribución. Como se desprende de la lectura de extractos de los reglamentos arbitrales previamente recogidos, los costos que se distribuirían por decisión del Tribunal son aquellos que se consideren razonables y que hayan sido incurridos por las partes para su defensa; solo estos costos serán recuperables. Pero, ¿cómo se determina cuáles costos son razonables?

El criterio de razonabilidad dependerá de las características de cada caso, en razón del monto en controversia, la complejidad, el número de partes, entre otras cosas. Por ello, estimamos de utilidad dar una mejor idea de los criterios a tomar en consideración, por lo que pasaremos a desarrollar brevemente los conceptos que comúnmente asumen las partes para su defensa y su recuperabilidad sobre la base de consideraciones nacidas en la práctica.

i. Costos comúnmente incurridos en el Arbitraje Internacional

A. Honorarios de abogados

Los costos en los que se incurre por la defensa legal, en particular el pago a los abogados que representan a las partes en el arbitraje, es una suma sustancial. Lo usual en el arbitraje es que este tipo de costos sea recuperable, claro, en la medida en que sea razonable. Pero, para estos conceptos ¿Qué sería lo razonable?

En un arbitraje seguido ante el Tribunal de Reclamaciones Irán - Estados Unidos, el juez Holtzmann desarrolló un test de razonabilidad en el cual interpretó que constituyen elementos objetivos el tiempo destinado por los abogados y la complejidad del caso.

The classic test of reasonableness is not, however, an invitation to mere subjectivity. Objective tests of reasonableness of lawyers' fees are well known. Such tests typically assign weight primarily to the time spent and complexity of the case. In modern practice, the amount of time required to be spent is often a gauge of the extent of the complexities involved. Where the Tribunal is presented with copies of bills for services, or other appropriate evidence, indicating the time spent, the hourly billing rate, and a general description of the professional services rendered, its task need be neither onerous nor

mysterious. The range of typical hourly billing rates is generally known and, as evidence before the Tribunal in various cases including this one indicates, it does not greatly differ between the US and countries of Western Europe, where both claimants and respondents before the Tribunal typically hire their outside counsel. Just how much time any lawyer reasonably needs to accomplish a task can be measured by the number of issues involved in a case and the amount of evidence requiring analysis and presentation. While legal fees are not to be calculated on the basis of the pounds of paper involved, the Tribunal by the end of a case is able to have a fair idea, on the basis of the submissions made by both sides, of the approximate extent of the effort that was reasonably required. Nor should the Tribunal neglect to consider the reality that legal bills are usually first submitted to businessmen. The pragmatic fact that a businessman has agreed to pay a bill, not knowing whether or not the Tribunal would reimburse the expenses, is a strong indication that the amount billed was considered reasonable by a reasonable man spending his own money, or the money of the corporation he serves²⁶. (El énfasis es nuestro).

Así, sobre la base de los comprobantes que se presenten (horas cargadas a cada asunto) y los entregables elaborados por los abogados (escritos), a la luz de la complejidad del caso y el criterio del Tribunal para determinar cuánto razonablemente se debió dedicar a esta controversia o al entregable en cuestión, se podrá determinar la razonabilidad del monto planteado. Independientemente de ello, debemos tener en consideración el hecho de que los costos de representación, en principio, fueron estimados razonables por el cliente que los pagó y que hizo este análisis en función a su caso concreto al contratar a su defensa legal.

B. Honorarios de éxito

Un pacto usual dentro de los honorarios de la defensa legal son los honorarios de éxito. Este concepto está dentro de los honorarios de los abogados y está sujeto al cumplimiento de una condición que es -usualmente- que se obtenga una decisión favorable. A diferencia de los honorarios descritos en el punto anterior (también llamados honorarios fijos), respecto de este concepto (honorarios de éxito) no es pacífica su aceptación como algo recuperable.

Sobre este punto ABDEL señala que este tipo de pactos no son uniformemente aceptados. Así, estos estarían prohibidos en ciertas jurisdicciones por considerarlos contrarios al orden público, por lo que si éstas son sede del arbitraje, los Tribunales Arbitrales no los considerarán en

²⁶ BLACKABY, Nigel, *et. al. Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)*. Oxford University Press, 2015, pp. 535-536.

los costos a reconocer, en tanto existe un riesgo creíble de que el laudo pueda ser anulado o denegada su ejecución.²⁷²⁸

Independientemente de las jurisdicciones donde exista una prohibición expresa, consideramos que, en términos generales, no habría justificación para rechazar la recuperación de cualquier honorario de éxito, pues implicaría privar a una parte de su derecho a recuperar los honorarios pagados a sus abogados, basándose en el hecho de que dichos honorarios dependían del resultado del caso.

Creemos que, finalmente, este asunto también dependerá del momento en el que se presenten los pedidos y discusiones sobre los costos. Así, si se plantean antes de la emisión del Laudo, razonablemente, ninguna de las partes debería haber incurrido en dicho costo pues está sujeto al éxito del caso²⁹³⁰, sería distinto si se discuten los costos luego del laudo³¹. Sin embargo, si las partes presentan sus pactos de honorarios además de los comprobantes de los honorarios pagados a fin de acreditar sus costos y se advierte que ambas partes pactaron un honorario de éxito con sus abogados, consideramos que ello generaría un consenso entre las partes de que este concepto es recuperable.

C. Costos de la propia parte

Los costos de la propia parte son aquellos en los que éstas incurren a propósito del arbitraje. Estos pueden comprender los costos del tiempo que

²⁷ "Arbitral tribunals may refuse to award such fees if there is a credible risk that the award may be annulled or refused to be enforced, especially if the *lex loci arbitri* or *lex loci executionis* prohibits such fees on account of champerty." ABDEL, Mohamed. "Costs in International Arbitration: Navigating Through the Devil's Sea". En *ICCA Congress Series No. 20 (Sydney 2018): Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*. Kluwer Law International, 2019. pp. 474.

²⁸ "Contingency fees are specifically prohibited and considered null and void in Austria, Bahrain, Iraq, Ireland, Morocco, Oman and Qatar. In French domestic proceedings contingency fees are prohibited where they are based solely on the outcome of the case; they are not prohibited in international arbitration. In Mexico they are prohibited in one code of ethics but regarded as admissible by another, provided the lawyer does not draw greater benefit than the client. In Guatemala, although not prohibited, such arrangements are contrary to ethical rules applicable to lawyers." International Chamber of Commerce. ICC COMMISSION REPORT DECISIONS ON COSTS IN INTERNATIONAL ARBITRATION. ICC Dispute Resolution Bulletin 2015, Issue 2. pp. 44.

²⁹ Ello podría depender del tipo de honorario de éxito que se haya acordado porque si se pactó un honorario de éxito sobre un laudo parcial que ya se emitió y ya fue devengado o el éxito sobre el otorgamiento de una medida cautelar, ello podría entrar a los honorarios que una de las partes puede pretender reconocer.

³⁰ International Chamber of Commerce. ICC COMMISSION REPORT DECISIONS ON COSTS IN INTERNATIONAL ARBITRATION. ICC Dispute Resolution Bulletin 2015, Issue 2. pp. 13-14.

³⁰ Ello podría depender del tipo de honorario de éxito que se haya acordado porque si se pactó un honorario de éxito sobre un laudo parcial que ya se emitió y ya fue devengado o el éxito sobre el otorgamiento de una medida cautelar, ello podría entrar a los honorarios que una de las partes puede pretender reconocer.

³¹ Normalmente el Tribunal Arbitral pierde su competencia luego de emitido el laudo final. Sin embargo, bajo algunas reglas arbitrales y leyes arbitrales es posible que se emita una decisión sobre los costos mediante un laudo adicional.

le ha tenido que dedicar cierto personal a asistir a los abogados externos contratados para la defensa legal, reuniones con abogados y el tiempo de los propios abogados *in house* que podrían llevar todo o parte del caso.³²

Al respecto, sobre los dos primeros ejemplos, consideramos que son gastos que son parte de los costos normales de la empresa y que sería irrazonable considerarlos como costos recuperables del arbitraje. Ahora, existen casos en los que los propios abogados *in house* adoptan un rol protagónico en la disputa por no decir los casos en los que ellos mismos llevan el arbitraje sin la necesidad de contratar una asesoría legal externa. Consideramos que en este tipo de casos no habría razón por la cual tratar distinto este tipo de costos de aquellos en los que se incurrirían por pagar los honorarios de una defensa legal externa. Sin embargo, para ello, dichas horas dedicadas al arbitraje deberán ser debidamente registradas en un asunto específico para el arbitraje. Ello pues no se puede esperar -tampoco- que una parte recupere los sueldos de los abogados *in house* responsables del arbitraje por los meses que duró el arbitraje. En estos supuestos recomendamos un correcto registro de las horas dedicadas pues lo recuperable serían únicamente esas horas y ante la posibilidad de desagregarlas un Tribunal Arbitral podría simplemente desestimar la recuperación de este concepto.

Finalmente, e independientemente de lo señalado, somos de la opinión de que, si ambas partes están buscando recuperar costos de reunión y horas dedicadas a asistir a la defensa legal externa, consideramos que existe predictibilidad sobre el tema de que, en el caso uno pierda el arbitraje, se le podría solicitar el pago de estos costos en tanto habría asumido que su contraparte los pagaría de ser contrario el fallo.

D. Costos de testigos, peritos y otros asesores

No es inusual que dentro de un arbitraje las partes contraten a peritos y expertos a fin de sustentar su posición. Tampoco es inusual que las partes paguen por los gastos de los testigos que presentan. Estos costos son usualmente recuperables, pero -al igual que los conceptos anteriores- lo serán en la medida en que sean razonables. Consideramos que al igual que respecto de los honorarios de los abogados, la razonabilidad de estos costos también debe ser evaluada a la luz de la complejidad del caso. Podría ocurrir que -por ejemplo- se contrate a un perito cuya participación fuera intrascendente para la decisión del Laudo, en ese supuesto sería cuestionable la recuperabilidad de dicho desembolso³³.

³² Abdel, Mohamed. "Costs in International Arbitration: Navigating Through the Devil's Sea". En *ICCA Congress Series No. 20 (Sydney 2018): Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*. Kluwer Law International, 2019. pp. 475-476.

³³ International Chamber of Commerce. ICC COMMISSION REPORT DECISIONS ON COSTS IN INTERNATIONAL ARBITRATION. ICC Dispute Resolution Bulletin 2015, Issue 2. pp. 13.

Ahora, consideramos importante advertir en esta sección que existen ocasiones que una parte contrata a un experto legal que podría terminar haciendo las veces de la defensa legal cuando ya existe un grupo de abogados contratados para ello. En este tipo de casos es importante que el Tribunal evalúe el rol que está desempeñando y si nos encontramos ante un mayor gasto por la defensa legal que podría ser considerado irrazonable.

E. Costos de actos previos al arbitraje

Antes de iniciar un arbitraje, las partes incurren en una serie de costos para estar habilitados de plantear su posición, elaborar su defensa y presentar su demanda ante un Tribunal Arbitral. Estos incluyen opiniones legales sobre la posibilidad de iniciar un arbitraje sobre el asunto en cuestión, negociaciones, *dispute boards*, mediaciones, etc.

Uno podría considerar que estos costos no podrían ser recuperables dentro del arbitraje pues se incurren antes de este y la competencia de los árbitros para laudar sobre estos conceptos podría ser cuestionada. No obstante, consideramos que estos conceptos merecen un análisis caso por caso.

ABDEL propone un análisis que consiste en evaluar 3 dimensiones: (i) el consentimiento y predictibilidad; (ii) la proximidad al procedimiento arbitral; y (iii) la razonabilidad.³⁴

Así, si las partes hubiesen acordado que se pueden recuperar estos conceptos en la decisión sobre los costos, no habría problema sobre el consentimiento y predictibilidad. Lo mismo consideramos que pasaría si ambas partes reclaman esos costos.

Ahora, no es ajeno a la realidad que las partes pacten cláusulas escalonadas a fin de intentar solucionar su controversia mediante negociaciones o mediación antes de recurrir al arbitraje como una última instancia. Los costos de llevar a cabo estos mecanismos muchas veces son indispensables para que se pueda dar el arbitraje, de lo contrario una demanda podría no ser admitida, por lo que las partes saben que van a tener que incurrir en ellos desde antes del inicio de un arbitraje.

Teniendo en cuenta los dos primeros puntos, un Tribunal podría decidir sobre la posibilidad de que estos costos sean recuperables o no, pero adicionalmente debe analizar la razonabilidad de estos pues no todos los conceptos son recuperables en su totalidad. Así, será imprescindible que se

³³ Ello podría depender del tipo de honorario de éxito que se haya acordado porque si se pactó un honorario de éxito sobre un laudo parcial que ya se emitió y ya fue devengado o el éxito sobre el otorgamiento de una medida cautelar, ello podría entrar a los honorarios que una de las partes puede pretender reconocer.

³⁴ ABDEL, Mohamed. "Costs in International Arbitration: Navigating Through the Devil's Sea". En *ICCA Congress Series No. 20 (Sydney 2018): Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration*. Kluwer Law International, 2019. pp. 471.

analice su pertinencia en consideración a la complejidad del asunto y las acciones que se deben llevar a cabo para cumplir con estos asuntos previos al arbitraje.

F. Costos de preparación

Cuando nos referimos a los costos de preparación, nos referimos a la práctica cada vez más frecuentemente adoptada hoy en día sobre la preparación para las audiencias, interrogatorios y otras actuaciones dentro del arbitraje. Hoy esto puede consistir en *mock arbitrations*, preparación de peritos y testigos, entre otras cosas. Consideramos que las técnicas de preparación son un tema que podría abordarse ampliamente en un trabajo independiente y por la extensión abordaremos brevemente la preparación de peritos y testigos y los *mock arbitrations* que consideramos los conceptos más comunes dentro de los existentes hoy en día³⁵.

Ahora bien, en la práctica cada vez más sofisticada del arbitraje es frecuente la preparación de los abogados, peritos y testigos para afrontar una audiencia y los interrogatorios que se podrían llevar a cabo. En ese sentido, los implicados en estas actuaciones suelen dedicarle tiempo y recursos a ensayos y reuniones. Consideramos que los costos de este tipo de preparaciones son frecuente, razonable y, bajo el estándar de la práctica arbitral contemporánea, necesario, a fin de plantear una buena defensa de la posición, por lo que no cuestionamos su recuperabilidad en la medida en que los costos incurridos para ello no escapen del criterio de razonabilidad desarrollado a lo largo del presente artículo. Asimismo, consideramos difícil en la práctica separar estos conceptos porque usualmente están incluidos en los honorarios de los abogados y los peritos.

Por otro lado, están los *mock arbitrations*. Este tipo de preparación es menos frecuente que la desarrollada en el párrafo precedente, pero es cada vez más utilizado hoy en día. Los *mock arbitrations* permiten tener una experiencia más cercana a lo que sería una audiencia o un interrogatorio en un arbitraje y es útil para recabar puntos débiles de la posición, preguntas complicadas y la impresión que la posición podría generar en el Tribunal Arbitral. A pesar de la utilidad de esta práctica, no consideramos razonable su traslado a la contraparte, en tanto es parte de una preparación que bien podría ser considerada como no indispensable para la defensa legal.

Independientemente de ello, consideramos que, si ambas partes solicitan el reembolso de estos costos al momento de la decisión sobre los costos arbitrales, el Tribunal Arbitral podría considerar que no existe controversia sobre su reconocimiento como costos recuperables.

³⁵ *Ibid.*, pp. 477-478.

G. Costos de ejecución y anulación de Laudos y costos de procedimientos paralelos o relacionados al arbitraje

Los costos de la anulación y ejecución de laudos arbitrales usualmente no son considerados como costos del arbitraje pues usualmente ocurren luego de que el Tribunal Arbitral ya no tiene competencia. En ese sentido, no cabe que el Tribunal se pronuncie sobre ellos en la medida en que ni siquiera serían costos que se habrían asumido en ese momento. Sin embargo, para el caso de los laudos parciales, la anulación de estos podría generar un proceso de anulación paralelo y relacionado al arbitraje en cuestión, por lo que sí sería importante evaluar la recuperabilidad de los costos en este tipo de supuestos.³⁶

Los procedimientos paralelos o relacionados al arbitraje no son algo inusual en la práctica. Se suelen iniciar cuando se requiere el otorgamiento de una medida cautelar ante las cortes nacionales, cuando se lleva la anulación de un laudo parcial o cuando se busca una medida antiproceso³⁷. Se podría decir que en la medida en que son costos derivados de otros procesos, no son costos arbitrales propiamente dichos; sin embargo, hay quienes plantean que son costos derivados del hecho que los llevó a arbitraje y en todo caso serían daños derivados de este.

Consideramos que el reclamo de los costos de cada proceso se debería hacer dentro de los mismos y no en el arbitraje, pero si ambas partes someten la recuperación de dichos conceptos al Tribunal Arbitral, consideramos que es posible que este los incluya en la decisión sobre la distribución de los costos cuidando siempre que no haya una doble recuperación (en el proceso y en el arbitraje).

H. Costos de financiamiento por terceros (*Third Party Funding*)

Finalmente, una práctica que en la actualidad es cada vez más común es el financiamiento por parte de un tercero. Esto consiste en que un tercero que no es parte de la relación contractual que da lugar al arbitraje ni del arbitraje financia los costos de una de las partes. De esto debemos desarrollar dos conceptos: (i) los costos que asume el financiador y (ii) el retorno del financiador. El primer concepto se refiere al monto que el financiador desembolsa para cubrir los costos de la parte que buscó financiamiento mientras que el segundo es la contraprestación por el préstamo.

Ahora, respecto a la recuperabilidad de este tipo de costos, como bien señala VON GOELER la redacción de las disposiciones aplicables en materia de costos muchas veces exige que los mismos hayan sido "incurridos" o

³⁶ *Ibid.*, pp. 481-482.

³⁷ Ver. REGGIARDO, Mario y CUBA, Álvaro. Las medidas antiproceso en el arbitraje peruano. *Themis* No. 77, 2020. pp. 233-252.

"directamente incurridos" por la parte que los reclama, esto podría afectar a la disposición de un árbitro a conceder costos que hayan sido pagadas por un tercero. Sin embargo, los términos de los reglamentos arbitrales son lo suficientemente amplios como para abarcar los costos financiados.³⁸

En el laudo arbitral que se emitió en el caso *CCI Supplier v. First distributor, Second distributor* se consideró que eran recuperables los costos asumidos por un financiador en la medida en que hubiesen sido materia de un pronunciamiento arbitral determinando su pago a favor de la parte financiada.³⁹

Así, en la medida en que la recuperabilidad de estos costos se puede amparar bajo el texto de los reglamentos arbitrales antes desarrollados, consideramos que es viable la recuperación de uno de los conceptos: los costos que asume el financiador; y ello en la medida en que hayan sido asumidos por la parte financiada y exista una obligación de reembolso al financiador. Respecto del otro, no consideramos razonable que sea recuperable el retorno del financiador pues este se refleja en un porcentaje del monto del laudo o una tarifa premium que se pagaría con lo laudado. Permitir su recuperación sería un exceso frente a la parte vencida y, en nuestra opinión, iría más allá de lo que es competencia de los Tribunales Arbitrales, en función a la controversia que dio lugar al convenio arbitral.

V. Conclusiones y recomendaciones

Los costos del arbitraje son un asunto sumamente importante en el arbitraje que, a pesar de ello, suele ser de los más olvidados y poco desarrollados en el Laudo por lo que este tipo de decisiones termina siendo arbitraria e impredecible. La discrecionalidad que tienen los árbitros para otorgarlos debe ser ejercida con responsabilidad y no luego de un somero y breve análisis del resultado del arbitraje.

Los árbitros al momento de decidir sobre los costos arbitrales, deben revisar (i) el pacto de las partes, (ii) las reglas del arbitraje, (iii) los principios generales que rigen la distribución de los costos en el arbitraje y (iv) la ley de la sede y la ley del lugar de ejecución del laudo. Asimismo, es importante que los árbitros evalúen la complejidad del caso, el resultado de la disputa, los recursos que requirieron las partes y su comportamiento durante el arbitraje para poder tomar una decisión adecuada y justa.

Consideramos una buena práctica que se acuerden en las reglas del arbitraje: (i) qué reglas aplicarán para la distribución de los costos y, en caso no se acuerde, que

³⁸ VON GOELER, Jonas. "Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure". En *International Arbitration Law Library*, volumen 35. Kluwer Law International, 2016. pp. 380.

³⁹ *Ibid.*, pp. 381-384.

Cuando los costos, cuentan

cada uno asuma sus costos, (ii) qué conceptos se considerarán recuperables. Ello les daría predictibilidad a las partes y al Tribunal Arbitral sobre los conceptos que se deben distribuir en la decisión y -por ende- sobre los que deben presentar la documentación que sustente sus gastos.

Si bien las partes pueden prever y prevenir los problemas que se podrían generar al momento de decidir sobre la distribución de los costos pactando reglas claras para la distribución en el convenio o en las reglas, los árbitros también deben estar en aptitud de emitir una decisión razonada y razonable sobre los costos arbitrales.

La decisión sobre los costos responderá a un análisis caso por caso y dependerá de los conceptos que se reclamen y el comportamiento de las partes. Aunque muchos reglamentos no desarrollan expresamente la posibilidad de "sancionar" a una de las partes con los costos del arbitraje, esta es una consecuencia directa y natural de la valoración de la conducta procesal, por lo que consideramos que es una herramienta útil para evitar conductas reprochables en la práctica arbitral en la medida en que los árbitros tienen cierta discrecionalidad para decidir sobre los costos.

Así, en el supuesto en que los árbitros decidan optar por la posibilidad de condenar a una de las partes con el pago de costos deberán (i) informar a las partes de esta posibilidad de manera oportuna, (ii) informar a las partes que se tomará en consideración su comportamiento en el arbitraje, así como el resultado para la decisión sobre los costos.

Por último, la regla consistente en que "el perdedor paga", no es un criterio absoluto en la distribución de costos y tampoco lo es respecto de los conceptos que entran a esta distribución. Los costos se distribuirán y recuperarán en la medida en que sean razonables y hayan sido incurridos por las partes para su defensa.