



**Young
Arbitration
Magazine**

AN ACADEMY MAGAZINE



TABLA DE CONTENIDOS

CONSEJO EDITORIAL

Dominick Delgado Carvajal

- Directora de Young Arbitration Magazine (YAM)
- Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Sophia Fiorella Villalta Chong

- Presidenta de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Ana Elena Quirós Vásquez

- Secretaria de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Bachiller en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Valeria Garro Ortega

- Asociada de Costa Rican Young Arbitrators
- Bachiller en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Gabriel Chaves Corrales

- Asociado de Costa Rican Young Arbitrators
- Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Ma. Alexandra Álvarez Arias

- Fiscal de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Valeria Alvarado Andrade

- Asociada de Costa Rican Young Arbitrators
- Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Presentación

Valeria Alvarado Andrade y Dominick Delgado Carvajal 1

¿Quién paga la cuenta?: acerca del reconocimiento de los gastos de financiación en el laudo arbitral

Bryan Cillóniz Atoche 4

Certeza razonable en el cálculo del lucro cesante y daño emergente

Alfonso Crespo Molina y Leidy Johana Garzón 22

¿Nacido antes de tiempo?: Validez de un convenio arbitral contenido en un borrador de contrato

Marco Andrei Torres Maldonado y Paulo César Castañeda Montalván 30

El Salvador ¿Sede arbitral?

José Benjamín Palomo Hernández 48

La defensa por estado de necesidad en futuros arbitrajes de inversión debido a la pandemia

Juan Pablo Gómez Moreno 67

Have things changed?: El principio de confidencialidad ante esta nueva era de virtualización del arbitraje

Natalí Juliana Pulido Del Pino y Joel Alberto Santillán Dulanto 88

Building a uniform standard of proof for the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods

Brandon Rojas Rodríguez y Jimena Zamora Mora 101

La petición de nulidad como único recurso contra el laudo arbitral: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Chile, del 14 de septiembre de 2020

Felipe Montero Rafols 112

El arbitraje de emergencia: una nueva categoría en el arbitraje doméstico e internacional

Tifaine Pons 123

¿Quién paga la cuenta?: Acerca del reconocimiento de los gastos de financiación en el laudo arbitral

Bryan Cillóniz Atoche¹

Resumen:

El presente artículo analiza la posibilidad de que los árbitros reconozcan los gastos de financiación externa, en los que haya incurrido una parte con la finalidad de promover un arbitraje, en la condena de costos del laudo arbitral. Luego de una revisión de la principal evidencia arbitral, se identificó que los árbitros no promueven esta práctica debido a la falta de regulación y de criterios uniformes. En virtud de ello, en el presente artículo proponemos una serie de directrices que buscan facilitar el trabajo de los árbitros al momento de emitir una decisión al respecto en el laudo arbitral.

Palabras clave:

Gastos de financiación; financiamiento por terceros; arbitraje; costos arbitrales; directrices.

Abstract:

This article analyses the possibility of arbitrators recognizing the external financing expenses that a party may have incurred in to promote an arbitration in the condemnation of costs of the arbitration award. Following a review of the main evidence found in arbitration proceedings, it was possible to identify that arbitrators do not promote this practice due to the lack of regulation and uniform criteria. In virtue of that, this paper will propose a series of guidelines to facilitate the work of the arbitrator when issuing a decision in that regard.

Keywords:

Financing costs; third party funding; arbitration; arbitration costs; guidelines.

¹ Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal, cuenta con experiencia en resolución de disputas de alta complejidad, negociación estratégica y arbitraje comercial nacional e internacional. Con estudios de especialización en arbitraje por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y la Universidad Esan. Es cofundador de Law and Arbitration Forum (LAF) y entrenador del equipo que representa a la Universidad Nacional Federico Villarreal en concursos internacionales de arbitraje y litigio comercial. Lugar de residencia: Lima, Perú.

I. INTRODUCCIÓN

Durante la pandemia generada por el COVID-19, usted, un empresario de la industria farmacéutica, ejecutó importantes contratos para el suministro de sus productos a distintas empresas; sin embargo, una de ellas incumplió injustificadamente con sus obligaciones contractuales, generando un duro golpe financiero en sus arcas.

A raíz de ello, decide demandar a la empresa vía arbitraje, habida cuenta que, en el mencionado contrato, se pactó una cláusula arbitral. Como consecuencia de la magnitud económica que representa la disputa y la materia, opta por el financiamiento alternativo de un Fondo de Inversión Especializado en Litigios Arbitrales (en adelante, Fondo de Inversión o FEIL); asimismo, tiene presente que, debido al impacto económico de la pandemia, su empresa necesita liquidez para llevar adelante sus negocios. Así las cosas, con dicho financiamiento alternativo, podría dar un uso más eficiente a sus recursos y emplear el dinero que destinaría a la controversia, en estabilizar sus finanzas.

Luego de casi medio mes de analizar la factibilidad de promover la referida demanda arbitral, el Fondo de Inversión acepta financiar el caso, para lo cual, conviene con usted que los gastos de financiación y la compensación del financista serán demandados como “gastos arbitrales”. Lo anterior, debido a que el Fondo asumirá la totalidad de los gastos asociados al caso (abogados, peritos, honorarios arbitrales, administrativos, etcétera). Caso contrario, dichos conceptos serán cobrados del monto reconocido en el laudo arbitral a expedirse. Por lo tanto, se lleva adelante la controversia.

Al finalizar el arbitraje, los árbitros resuelven que, debido a las circunstancias y pese a que el laudo le resultó favorable en cuanto a las pretensiones promovidas con su demanda, no corresponde que la parte vencida asuma los gastos de financiación, ni mucho menos los relativos a la compensación del financista.

En consecuencia, usted – de acuerdo con el contrato de financiación suscrito con el Fondo de Inversión – está en la obligación de recortar los montos reconocidos como prestaciones impagas y/o daños, para cumplir con el pago al Fondo; sacrificando, de esta manera, el dinero que la parte vencida deberá pagarle; por lo que, a fin de cuentas, no recibirá íntegramente el pago que le corresponde, pese a que promovió una demanda con méritos.

Quizá pueda pensarse que, en el ejemplo anteriormente descrito, el dinero que deja de cobrar el empresario es el “costo de oportunidad” de promover una demanda sin recursos propios y con la solidez financiera que puede brindar un Fondo de Inversión.

No obstante, no deja de ser verdad que la parte vencida estuvo en efectivo incumplimiento y que, debido a ello, se tuvo que acceder a un financiamiento externo. Esto quiere decir que, exonerarla

de la asunción de los gastos de financiación y de la compensación respectiva, implicaría de cierto modo premiar la conducta omisiva o de incumplimiento de la parte vencida.

Esta situación transmitiría un mensaje desalentador de parte del arbitraje debido a que, actualmente, muchos de sus usuarios prefieren trasladar la carga económica y legal de un conflicto a un financista especializado. En este sentido, “el financiamiento a través de terceros es el rasgo característico de la litigación moderna” (Mereminskaya, 2017, pág. 1).

Sin embargo, durante mucho tiempo, los practicantes del arbitraje y especialmente los árbitros, han visto con ojos de precaución los arbitrajes que son llevados a cabo con el soporte de un Fondo de Inversión; lo anterior, específicamente, al momento de decidir sobre los gastos vinculados al financiamiento otorgado.

De este modo, se ha entendido, como una especie de “regla general”, que el análisis del *recovery* de dichos gastos, debería ser conservador, tendiendo casi siempre a: (i) no reconocer dichos gastos de financiación como parte del laudo arbitral o (ii) reconocer un porcentaje minúsculo en el laudo. Un supuesto completamente aparte es la posibilidad de que el laudo arbitral pueda reconocer también el monto correspondiente a la compensación del financista. Dicho reconocimiento es casi imposible.

Los argumentos a favor de esta tendencia conservadora parten desde la simple concepción de la comprobada necesidad económica de una de las partes, que motiva su decisión de recurrir a un financiamiento alternativo, y culminan con un entendimiento incorrecto sobre el favorecimiento a la litigiosidad. Así, algunos lo han encasillado como una oportunidad “maquiavélica” para que las partes inicien demandas o reconvenciones sin mérito alguno, con el respaldo de un Fondo de Inversión.

Es por ello que, a través del presente artículo, sugerimos que: (i) es válido el reconocimiento de los gastos de financiación del Fondo de Inversión dentro del laudo arbitral a expedirse, al ser costos asociados a la defensa de la parte afectada, (ii) el no reconocimiento de la compensación del Fondo de Inversión que financia el arbitraje, colisiona con el principio de reparación integral que le asiste a las partes, por lo que su falta de pago terminaría por perjudicar económicamente a la parte financiada y, por último, (iii) sugerimos ciertas directrices que ayuden a uniformizar criterios para que, los árbitros puedan evaluar adecuadamente el reconocimiento de gastos de financiación y compensación del financista en el laudo arbitral.

II. FUNCIONAMIENTO DEL FINANCIAMIENTO DE LITIGIOS ARBITRALES

Previo al análisis de la problemática objeto del presente artículo, es necesario entender cuál es la dinámica detrás de los Fondos de Inversión Especializados en Litigios quienes, bajo un parámetro genérico o universal, no solo abarcan el financiamiento de controversias de tipo arbitral sino también las judiciales; no obstante, nos evocaremos a las del primer tipo.

Los FEIL son entidades que dirigen sus esfuerzos a invertir activos en litigios de gran magnitud, para lo cual, analizan determinada oportunidad de negocio -entendido como el caso que será financiado- como “bienes tangibles sujetos a valoración” (Fernández Masiá, 2016, pág. 205). De este modo, efectúa un estudio integral que le permitirá conocer las probabilidades de éxito de cierto caso puesto a su conocimiento. Así, dependerá de los resultados de este examen previo para que el FEIL traslade su propuesta de inversión al interesado, con cuya aprobación producirá la inyección de dinero que corresponda, que le permitirá al accionante (generalmente) llevar adelante su demanda.

Al respecto, el propio mercado de financiamiento de litigios arbitrales ha colocado un estándar elevado en cuanto a las controversias que optan por financiar, ya que “tan solo se aceptan los casos con probabilidades de éxito estimado sobre un 63% o 70%” (Alonso Cánovas, 2016, págs. 9-22). Por lo que, un FEIL suele aceptar una población de entre el 5% y el 10% de los casos que son puestos a su evaluación (International Chamber of Commerce, 2015, pág. 9), es decir una cifra bastante moderada.

Pese a ello, aún puede identificarse la posición de algunos practicantes quienes consideran que el financiamiento de terceros en el arbitraje alienta la promoción de “demandas potencialmente frívolas o infundadas” (Darwazeh & Leleu, 2016, pág. 155 y ss.); sin embargo, dicha situación - más hipotética que real- carece de sentido debido a que, desde una lógica financiera, un FEIL no destina recursos a una controversia que le reputaría pérdidas económicas².

Este razonamiento se mantiene inclusive ante un escenario en donde se advierta una aparente falta de solidez en los argumentos que sustenten la demanda y donde el FEIL decida, aun así, brindar sus recursos (Eberhardt & Olivet, 2012, págs. 56-63). Dicha visión del asunto omite que un financista analiza la viabilidad de su inversión bajo indicadores de rentabilidad, reunidos en la evaluación o análisis del caso que efectuará.

En consecuencia, no en todos los casos se presentan casos completamente sólidos ante un financista; razón por la cual, el equipo de abogados propondrá una estrategia bajo la cual podría lograrse el resultado de éxito esperado, debiendo el FEIL considerar dicha información como un indicador para modular adecuadamente la propuesta que brindará al solicitante.

La propuesta podrá presentar condiciones mucho más conservadoras a la usual, como una compensación mayor a la que generalmente solicita el mercado. Ello dependerá del análisis de riesgo legal y financiero que efectúe el FEIL, el cual no debería estar por encima de lo razonable³.

² En palabras de Christiane Deniger (vicepresidenta de Burford Capital): “Los financistas nos encontramos en el mundo de hacer dinero, por lo que invertimos en casos que son adecuados (...), traducción libre de: “Fundars are in the world of making money, so we tend to invest in cases that are good (...) [minuto 47:17 al minuto 47:23]. Extraído del V Open de Arbitraje organizado por la Asociación Europea de Arbitraje, mesa de debate: Arbitraje y financiación por terceros 360° (21 de mayo de 2019). Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?v=j_lxlyycEeM.”

³ Pensemos en la evaluación crediticia que efectúa la banca tradicional para conceder créditos de cualquier tipo, si el solicitante tiene un historial crediticio impecable – en condiciones normales – será un excelente indicador para ofrecerle un mayor monto de dinero y mejores condiciones financieras (como tasas de interés bajas o un crédito sin

Actualmente se cuenta con alrededor de cincuenta (50) firmas dedicadas especialmente a esta actividad, tales como Bentham IMF, Burford Capital Limited, Harbour Litigation Funding, Vannin Capital, Woodsford Litigation Funding, Calannius Capital, por nombrar algunos. A nivel regional, opera el TPFunder Lex Finance, que se define como primer y único fondo de inversión en arbitrajes enfocado en Latinoamérica e Iberoamérica (Mereminskaya, 2017, pág. 2).

El procedimiento para la inyección de recursos a cargo de un FEIL parte de la revisión exhaustiva de la controversia. Dicha revisión será determinante para otorgar los fondos, siendo que el análisis está compuesto básicamente de tres etapas:

(a) La evaluación del caso:

Esta etapa está referida a la recopilación de toda la información relevante, para cuyos efectos, el accionante y el financista suscriben un acuerdo de confidencialidad (en inglés: “*non disclosure agreement*”) para la protección de la documentación que será revelada entre ellos.

Una vez producida la recopilación de la información, el FEIL estará en óptimas condiciones para poder efectuar un *due diligence* (ó auditoría) sobre el material recibido. Lo anterior, con la intención de tener a su disposición las probabilidades de éxito del caso. Además, cabe precisar que, este es un proceso de investigación necesario antes de contraer o llevar a cabo cualquier tipo de compromiso o inversión financiera de importancia.

(b) La propuesta de inversión:

En el supuesto hipotético que la evaluación del caso haya dado resultados de aceptable probabilidad de éxito, el FEIL remite una propuesta de inversión al interesado. En términos generales esta incluye: la forma de financiamiento, los umbrales económicos (de corresponder), además de los términos y condiciones de la inversión que efectuaría.

Esta propuesta adopta la forma de una carta de intención (*letter of intent* o *term sheet*, por su nombre en inglés), que hace referencia a un tipo de documento preliminar que plasma “una invitación a negociar” con el solicitante, para cuyos efectos el interesado válidamente podría contraproponer alguna fórmula para dirigir la futura relación contractual.

Esta carta de intención no es equiparable a un contrato, ya que este último sólo será suscrito de prosperar la negociación con el interesado. Por lo tanto, dicha carta de intención es una mera formalización de la voluntad del FEIL de enrumbar la inversión en el caso propuesto. Justamente, debido a su propia naturaleza, puede ser complementada o hasta modificada.

garantías), el escenario es manifiestamente distinto si el solicitante no dispone de buen historial crediticio, esto significaría mayor riesgo de incumplimiento, por lo que el banco puede optar por ofrecer una suma inferior de dinero al que fue solicitado y condiciones más conservadoras (como una tasa de interés más elevada o garantías mucho más líquidas, como una hipoteca o una garantía mobiliaria) asimismo podría simplemente no conceder el crédito.

(c) La ejecución del plan de inversión:

Finalizada la etapa de negociación entre interesado y el FEIL, se suscribirá el contrato de inversión, en donde se formalizarán los acuerdos legales y financieros adoptados.

El mencionado contrato, no solo establece las condiciones del financiamiento (como, por ejemplo, montos de inversión o márgenes de ganancia), sino que delimita la conducta esperada por el FEIL y el financiado, así como el plan de acción a seguir durante el plazo esperado de la inversión.

Este tipo de contratos suelen ser bastante tradicionales, regulando estrictamente lo necesario para una ejecución contractual saludable. Así las cosas, sus cláusulas incluyen criterios como (i) el derecho del FEIL a un determinado múltiplo de retorno (usualmente tres veces) y (ii) en otros contratos, puede estipularse que el retorno esperado oscilará entre un 10% y 40%, o se pactan ambos, teniendo el financista derecho a elegir el que resulte mayor (CLYDE & CO., 2019, págs. 14-15).

En todos los supuestos, debe tenerse claro que “normalmente se establece un orden de prelación bajo el cual el fondo tendrá derecho al reembolso de lo invertido y el pago de su retribución antes de que la parte pueda beneficiarse de lo recuperado” (CLYDE & CO., 2019, pág. 18).

Asimismo, es importante mencionar que -usualmente- los FEIL no otorgan el dinero directamente al financiado, sino que el mismo es liberado de forma progresiva dependiendo de la etapa (*tranches*) en la que se encuentre el proceso de ejecución del contrato de inversión. Para estos efectos, el Fondo de Inversión constituye una Sociedad de Propósito Específico (“*Special Purpose Vehicle*”) a través de la cual se canalizan los desembolsos respectivos.

De esta forma, el FEIL puede (i) evitar comprometer mayor patrimonio que el proyectado en el *due diligence*, (ii) administrar correctamente los recursos asignados para la inversión en el caso específico y (iii) disminuir el error durante la ejecución del contrato de inversión.

III. EL FINANCIAMIENTO DE LITIGIOS ARBITRALES COMO ALTERNATIVA DE ACCESIBILIDAD

Un sector de la doctrina considera que acudir al financiamiento de terceros es justificado y oportuno únicamente cuando la parte que accede al mismo se encuentra en una situación económica crítica o de manifiesta falta de liquidez que le impide asumir los costos directos de un arbitraje. No obstante, lo anterior, consideramos que, si bien es cierto, este es el punto de partida y quizá una de las razones por las que el financiamiento de terceros vive un evidente apogeo, no es la única razón válida para que una parte acuda al financiamiento de un tercero.

En efecto, una parte puede no encontrarse en una situación financiera crítica que le impida asumir los costos iniciales del arbitraje y no por ello se le debe dar un tratamiento distinto. Dicha diferencia no cambia la situación jurídica frente a la controversia; esto es, que la parte financiada tenga bases para promover una demanda frente a un incumplimiento (Torres, pág. 3).

Por lo tanto, no hay razón para que en un supuesto si se reconozcan costos y, en el otro, los mismos sean rechazados; debido a que, al margen de la razón por la que una parte accede a un financiamiento alternativo, el árbitro debe evaluar la afectación producida y por lo tanto (i) los méritos del caso y (ii) el comportamiento procesal de las partes.

Véase, como ejemplo, el caso administrado por la Cámara de Comercio Internacional y que enfrentó a Essar Oilfield Services Limited vs. Norscot Rig Management Pvt. Limited, en torno a un contrato de gestión operativa valorizada en millones de dólares, llevado a cabo en el año 2016 y que fue conocido, inclusive, en grado de anulación por la Suprema Corte Inglesa (Essar Oilfields Services Ltd. v Norscot Management Pvt. Ltd., 2016).

Norscot requirió el financiamiento de un FEIL por el valor de £ 647.000 (Seiscientos Cuarenta y Siete Mil con 00/100 Libras Esterlinas) a cambio de su reembolso, más el 30% de lo que se logrará recuperar en el laudo arbitral. A raíz de ello, el árbitro único Sir Phillip Otton, revisó que Essar había tenido un desenvolvimiento comercial y procesal de mala fe, promoviendo sendos arbitrajes en contra de Norscot con la finalidad de perjudicarlo económicamente y debilitar su defensa legal.

En consecuencia, el árbitro único efectuó el reconocimiento -en costos- de los gastos asociados al financista, incluyendo su compensación económica; ello en la medida que también fue solicitado por Norscot en el arbitraje, sustentado su decisión en los méritos del caso y el comportamiento procesal de Essar.

Por lo que, consideramos necesario entender que, al margen del propósito por el que se accede al financiamiento, el Tribunal Arbitral debe apreciar el grado de perjuicio que se le originaría a la parte que recepción financiamiento. Ello en la medida que, sea cual sea el resultado, esta tendrá que asumir íntegramente los gastos que conciernen al financista (tanto los asociados a los costos arbitrales, como la compensación del mismo).

Otro escenario de ácida discusión, está relacionado con la posibilidad de que un árbitro pueda reconocer en la condena de costos los gastos del financista, en la medida que su competencia escapa a los intereses de un tercero, es decir, de un Fondo de Inversión.

Esta premisa no deja de ser cierta; sin embargo, omite que –conforme fuera explicado en líneas anteriores– el FEIL no se involucra en el desenvolvimiento directo del caso, eso incluye el suministro de recursos a la propia parte o en su defecto, los mismos son pagados por el FEIL, pero con facturas a nombre de la parte financiada (International Council for Commercial Arbitration & Queen Mary University of London , 2018, pág. 155).

Esto quiere decir que, el Fondo de Inversión no es quien se encarga de pagar directamente los gastos arbitrales, sino que, por el contrario, estos son asumidos por la propia parte al interior del arbitraje. En consecuencia, el árbitro no estaría reconociendo gasto alguno en favor de un tercero, sino a la parte accionante (Cámara de Comercio Internacional , 2019, pág. 18).

Por ende, no existe limitación alguna para que –haciendo un análisis “caso a caso”– los árbitros puedan efectuar el reconocimiento de gastos de financiación a la parte que lo requiera oportunamente en el arbitraje.

IV. ¿ES VÁLIDO EL RECONOCIMIENTO DE LOS GASTOS DE FINANCIACIÓN EN LA CONDENA DE COSTOS DEL LAUDO ARBITRAL?

Como punto de partida es necesario establecer los parámetros del concepto que sugerimos para “gastos de financiación”; siendo que este debe ser entendido desde una doble óptica:

Primero, como aquellos costos relativos a los honorarios arbitrales, honorarios administrativos (del centro arbitral), honorarios de los abogados, honorarios de los peritos u otros especialistas necesarios, gastos logísticos generales (de corresponder), principalmente.

Segundo, aquel valor del capital proveído por el financista, esto es la compensación (primas de éxito o estímulo), que no es otra cosa que el precio del costo de oportunidad por la disposición del dinero (Mankiw, 2012, pág. 6) y la asunción del riesgo por el FEIL en beneficio de la parte financiada.

Ambos conceptos son equiparados a “gastos de financiación” que la parte financiada debe asumir una vez que se emita el laudo arbitral que ponga fin a la controversia (o un laudo parcial que pueda decidir anticipadamente el mismo), conceptos que serán pagaderos en su integridad al FEIL que apalanque el caso (Cámara de Comercio Internacional , 2019, pág. 18).

Este detalle es importante, ya que el enfoque que proponemos en el presente artículo está orientado a mejorar la práctica arbitral que incluya el financiamiento por terceros y a efectuar un tratamiento adecuado para las partes.

Cabe precisar que, es la parte que recepciona financiamiento externo, quien se encuentra claramente expuesta a una variedad de escenarios negativos, en donde los árbitros rechacen su pretensión de reconocimiento de gastos de financiación, como condena de costos.

Sin embargo, proponemos que la parte interesada cumpla, como mínimo, con los siguientes requerimientos a efectos de que los árbitros dispongan de mayores elementos para un correcto *recovery* de los gastos de financiación como costos arbitrales: (i) haber planteado dicho supuesto

como pretensión en su demanda y (ii) que el caso promovido tenga bases suficientes para ser demandado en un arbitraje.

En ese sentido, como explicamos anteriormente, en el supuesto que se ampare la demanda o reconvencción financiada, la parte asume parcial o totalmente los gastos de financiación. Así, dicho pago que se efectuará al FEIL, será descontado obligatoriamente del monto total que se reconozca como daños en el laudo arbitral, rompiéndose con la reparación integral o plena (“*restitutio in integrum*”) a la que tiene derecho la parte y que estaría recibiendo con la indemnización por daños.

“El principio fundamental para el otorgamiento de daños y perjuicios es la reparación plena o *restitutio in integrum*. Esta regla tiene tanta aceptación a nivel internacional que se puede considerar como un principio general del derecho” (Chen, 2006, pág. 223). Por lo que, sería absolutamente inconsecuente que la parte afectada con el incumplimiento contractual de su contraparte, también se vea perjudicada al no ser reparada con los gastos de financiación a los que incurrió para efectuar una idónea defensa en el arbitraje.

Este razonamiento fue incluido por el árbitro único, Pierre Cavin, en el laudo arbitral que resolvió las controversias suscitadas entre *Sapphire International vs. National Iranian Oil Company*. En el mismo señaló que el propósito de “la indemnización es dejar a la parte a la cual se pagará, en la misma posición financiera que hubiera estado si el contrato hubiera sido ejecutado de la manera prevista por las partes al momento de celebrarse el contrato” (*Sapphire International v. National Iranian Oil Company*, 1963, págs. 185-186).

Esta premisa tiene una clara connotación lógica y comercial, en tanto ningún empresario se involucra en un negocio con la intención de no percibir ganancias. Consecuentemente, en el supuesto remoto de incumplimiento, mínimamente espera que le sea devuelto lo invertido, así como también aquellos recursos que ha tenido o tendrá que destinar para que los mismos le sean procurados.

En ese orden de ideas, el profesor Albert Van Den Berg (2000, págs. 11-432) refiere el caso arbitral *ad hoc* tramitado bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI) y que enfrentó a *Himpurna California Energy Ltd. vs. PT. (Persero) Perusahaan Llistruik Negara*, en donde se dispuso lo siguiente:

Las partes no entran a contratos que involucran riesgos para solamente recuperar sus costos. (...) Si la parte que viola el contrato solamente está obligado a reparar costos perdidos, la otra parte será transformada en un prestador de dinero. Con eso se inducirá a las partes a violar contratos y de causar daños a la otra.

Es necesario que los árbitros aseguren que la indemnización concedida con el laudo arbitral sea garantizada plenamente. Ello con el único propósito de que no sea más rentable incumplir un

contrato que honrarlo; la imposición de consecuencias sobre la parte incumplidora debe ser ejemplar.

Por ello, la condena de costos se convierte en la mejor medida para el recupero razonable de los gastos de financiación incurridos, sin afectar otros conceptos del laudo arbitral.

Sobre el particular, “el fundamento de la distribución de costos a una parte vencedora es que dicha parte no debe quedarse sin recursos al buscar la atribución o reivindicación de sus derechos legales” (Cámara de Comercio Internacional , 2019, pág. 18).

La mejor alternativa es que, los árbitros incluyan en sus análisis directrices adecuadas que le permitan encaminar correctamente su decisión y no desproteger a la parte vencedora. Procurando, de ese modo, una reparación integral que incluya una distribución de costos arbitrales razonable, debiendo ser el último recurso que la parte vencedora termine por asumir los gastos de financiación con recursos provenientes del propio laudo arbitral, asunción que, en una eventualidad, deberá ser razonable (Cámara de Comercio Internacional , 2019, pág. 18).

El meollo del asunto recae en los insumos de los que disponen los árbitros para hacer efectiva una recuperación razonable de los gastos de financiación, con el objeto de que una parte no sea favorecida indebidamente y la otra empobrecida injustificadamente. Dicho criterio fue resaltado en la decisión *Harold vs. Smith* del año 1860 (Harold v. Smith, 1860, pág. 385):

Los costos entre parte y parte están otorgados por la ley como una indemnización a la persona que tiene derecho a ellos; no se les impone como un castigo a la parte que los paga, ni se les da como una bonificación a la parte que los recibe.

La experiencia arbitral durante años, en relación a los costos arbitrales ha seguido, en la gran mayoría de casos, la regla “*costs follow the event*” (“los costos siguen al evento”), situación que implica una evaluación específica del caso puesto a conocimiento del árbitro (Bühler, 2004, pág. 250).

En consecuencia, es propicio identificar las principales contingencias u obstáculos que pueden presentarse para que un Tribunal Arbitral en materia de arbitraje comercial internacional, pueda efectuar una condena sobre costos arbitrales incluyendo los gastos de financiación respectivos.

Ante ello, adquieren mayor relevancia temas vinculados a la revelación de: (i) la existencia de un financista en el arbitraje y (ii) ciertos términos del contrato de financiación. Todo lo anterior revisado a la luz del impacto que genera en el reconocimiento de los gastos de financiación como costos arbitrales, con el ánimo de una construcción práctica y no teórica, de las directrices que orienten la decisión de los árbitros al respecto.

Así, en relación con la revelación de la existencia del financista, es claro que, la proactividad de su revelación no solo contribuye a la transparencia del arbitraje, sino que, preparara de forma idónea el escenario para un potencial *recovery* de los gastos de financiación.

Efectivamente, si la parte financiada es transparente e informa que un FEIL le suministra de fondos para poder llevar adelante el arbitraje, incide de forma positiva en la evaluación que efectuarán los árbitros (Club Español del Arbitraje, 2019, pág. 50), quienes podrán tener en consideración dicha conducta para el análisis de asignación de costos arbitrales.

Por otro lado, en relación con la revelación de ciertos términos del contrato de financiación (como la descripción de este) y su detalle económico, esta situación vuelve más problemática la discusión e inclina la balanza a la postura negativa, aquella que rechaza la revelación de dicha información en el arbitraje.

Esta postura se sustenta en un escenario en donde la revelación de los términos de dicho contrato sea usada como una justificación para una potencial solicitud de una caución de costos (“*security for costs*”) de la contraparte, con la finalidad de asegurar la cobertura de los costos arbitrales, en un supuesto que la demanda promovida por la parte financiada no sea amparada. Así, dicha revelación solo debería presentarse en situaciones excepcionales (Waincymer, 2012, pág. 642).

Dicha posición es parcialmente correcta debido a que, si analizamos el asunto bajo parámetros de transparencia, vinculándola únicamente al deber de revelación de los árbitros (ante un potencial vínculo con el financista) claramente bastaría con que se revele la identidad del tercero financiador para resolver cualquier duda justificada.

Asimismo, en el arbitraje comercial internacional es claro que los Fondos de Inversión no rechazan la posibilidad de suministrar de recursos a su cliente para que proceda al aseguramiento de una caución de costos en favor de la contraparte. Esta práctica es recogida, por citar un ejemplo, en el Código de Conducta de la Asociación de Fondos en Litigios (Association of Litigation Funders, 2018, pág. 4).

No obstante, estimamos que contrariamente a lo sugerido por cierta población doctrinaria, la revelación del contrato de financiamiento a los árbitros (incluyendo sus términos económicos) sería muy beneficioso para aquellos supuestos en los que la parte financiada busca el reconocimiento de los gastos de financiación a los que tuvo que incurrir para promover el arbitraje.

Esto significa que, si la parte financiada, previo acuerdo con su financista, solicita como pretensión de su demanda (o reconvención, según sea el caso) el *recovery* de los gastos de financiación, debería transparentar a los árbitros toda la información vinculada al contrato de financiamiento que tiene con el FEIL, para que, de esa manera los árbitros puedan evaluar adecuadamente las circunstancias del caso y decidir sobre la asunción de los costos arbitrales.

En ese orden de ideas, el Informe elaborado por la Cámara de Comercio Internacional (International Chamber of Commerce) titulado “*Decisiones sobre Costos en el Arbitraje Internacional*” (2019, pág. 15) establece lo siguiente:

76. El tribunal puede conceder los costos considerados razonables en que incurra, pague o abone la parte que los reclama. Por lo tanto, el tribunal debe asegurarse, a través de una verificación adecuada, de la realidad de esos costos.

77. Los tribunales pueden preferir evitar escritos largos y argumentos en los que las partes proporcionen un desglose detallado de los costos, pero, como mínimo buscarán pruebas suficientes de que realmente se haya incurrido en el monto de los costos reclamado.

Para el reconocimiento de los gastos de financiación en el laudo arbitral se deberá considerar lo dispuesto por las partes en el convenio arbitral, la legislación nacional aplicable⁴ y la reglamentación arbitral específica aplicable al caso (Bühler, 2018).

V. DIRECTRICES PARA EL RECONOCIMIENTO DE GASTOS DE FINANCIACIÓN EN EL LAUDO ARBITRAL

El presente artículo busca suplir una deficiencia notada por los practicantes y árbitros, al no existir regulación específica y criterios que uniformicen el sentido de las decisiones que pueden ser adoptadas por los tribunales arbitrales que atiendan arbitrajes en donde participan financistas (Gonzales Alcántara, Gonzales Sicilia, & García - Barragán Lopez, 2016, pág. 3).

Adicionalmente, “un tribunal solo necesita asegurarse de que se incurrió en un costo específico para proseguir con el arbitraje, se pagó o es pagadero y es razonable, es factible que en ciertas circunstancias el costo del capital (...) pueda ser recuperable” (Cámara de Comercio Internacional , 2019, pág. 19).

Por lo que, restaría que los árbitros puedan contar con ciertas directrices que guíen su labor decisoria, para lograr, bajo un análisis del caso a caso, el reconocimiento razonable de los gastos de financiación en los costos arbitrales, sin que se produzca un perjuicio en dicha parte, pero tampoco un castigo desproporcional en la parte vencida (Cámara de Comercio Internacional , 2019, pág. 19).

⁴ Algunas legislaciones de habla hispana toleran dentro de la concepción de costos arbitrales (o costas) a los gastos de financiación, entendidos como todos aquellos gastos incurridos para la defensa de la parte en el arbitraje. Países como México (artículo 1455 ° del Código de Comercio), Perú (artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071) o Uruguay (artículo 2° de la Ley N° 19636), son algunos de ellos.

A continuación, se propone una guía para estos fines que considera una pauta semáforo (por colores)⁵, a través del cual los árbitros podrán tener un verdadero criterio en su labor decisoria. Este se aplica en tres ejes para una correcta toma de decisión.

La opción verde incluye supuestos, no exhaustivos, que denotan un comportamiento procesal adecuado de la parte financiada y uno inadecuado de la parte contraria. Presupone una razonable colaboración con los árbitros al proporcionar información vinculada al financiamiento recibido, encontrando una legislación o reglamentación que permita la inclusión de los gastos de financiación como costos arbitrales, bajo el parámetro de gastos vinculados a la defensa del arbitraje. De esta manera el árbitro podrá evaluar objetivamente el reconocimiento de los gastos de financiación, para cuyos efectos, deberá precisar las proporciones reconocidas en la condena de costos del laudo arbitral.

La opción naranja incluye supuestos, no exhaustivos, en los que los árbitros apreciando ciertas conductas y situaciones, podrán reconocer gastos de financiación vinculados únicamente a los costos arbitrales (honorarios legales, honorarios de los árbitros, peritos, etc.) más no los relativos a la compensación del financista.

La opción roja incluye supuestos, no exhaustivos, donde los árbitros apreciando ciertas conductas y situaciones, deberían optar por denegar la pretensión(es) vinculada(s) al reconocimiento de gastos de financiación como costos arbitrales, por (i) llevarse a cabo el arbitraje en una jurisdicción cuya legislación no admite equiparar gastos de financiación a los costos arbitrales, (ii) haber promovido acciones sin base alguna y/o (iii) no haber transparentado información vinculada al financista, que contribuya a la función del árbitro.

1. Opción Verde:

El árbitro puede condenar a la parte vencida en el arbitraje a la asunción de los gastos de financiación (costos arbitrales + compensación del financista) incurridos por la parte financiada. La proporción de dicha asunción siempre seguirá un criterio de razonabilidad.

- Criterios no copulativos:

- a) El convenio arbitral, la legislación nacional aplicable y/o el reglamento arbitral aplicable, admite legalmente equiparar gastos de financiación como costos arbitrales.
- b) La parte financiada tuvo méritos suficientes para promover su demanda (o reconvencción, según sea el caso), esto significa que, a discreción del Tribunal Arbitral, la totalidad o la gran mayoría de las pretensiones formuladas deben haber sido declaradas fundadas y/o procedentes.
- c) La parte no financiada demuestra prácticas dilatorias o tácticas de guerrilla que colisionan con el arbitraje.

⁵ Guía inspirada en las Directrices de la International Bar Association (IBA) para Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional.

- d) La parte financiada prueba en el arbitraje que la contraparte actuó con mala fe en su relación contractual u obligacional.
- e) La parte financiada revela a los árbitros y a la contraparte que es financiada por un tercero financista, así como la identidad del mismo, ello hasta la presentación del memorial o escrito de demanda.
- f) La parte financiada revela a los árbitros el contrato de financiación y lo relativo a los términos económicos, pactados con el tercero financista, ello hasta la presentación del memorial o escrito de demanda.
- g) La parte financiada solicita como pretensión o pretensiones el reconocimiento de los gastos de financiación, en calidad de costos arbitrales.

2. **Opción Naranja:**

El árbitro puede condenar a la parte vencida en el arbitraje a la asunción de los gastos de financiación (únicamente costos arbitrales) incurridos por la parte financiada, la proporción de dicha asunción seguirá un criterio de razonabilidad.

- **Criterios no copulativos:**

- a) El convenio arbitral, la legislación nacional aplicable y/o el reglamento arbitral aplicable, admite legalmente equiparar gastos de financiación como costos arbitrales.
- b) La parte financiada tuvo méritos suficientes para promover su demanda (o reconvencción, según corresponda), esto significa que, a discreción del Tribunal Arbitral, la totalidad o la gran mayoría de pretensiones deben haber sido declaradas fundadas y/o procedentes.
- c) La parte no financiada demuestra prácticas dilatorias o tácticas de guerrilla que colisionan con el arbitraje.
- d) La parte financiada prueba que la contraparte actuó con mala fe en su relación contractual u obligacional.
- e) La parte financiada revela a los árbitros y a la contraparte que es financiada por un tercero financista, así como la identidad del mismo, ello hasta la presentación del memorial o escrito de demanda.
- f) La parte financiada no revela a los árbitros el contrato de financiación y lo relativo a los términos económicos, pactados con el tercero financista, en ninguna etapa del arbitraje.
- g) La parte financiada solicita como pretensión o pretensiones el reconocimiento de los gastos de financiación, en calidad de costos arbitrales.

3. **Opción Roja:**

El árbitro no debería condenar a la parte vencida a la asunción de costos de financiación del arbitraje.

- **Criterios no copulativos:**

- a) El convenio arbitral, la legislación nacional aplicable y/o el reglamento arbitral aplicable, no admite equiparar gastos de financiación como costos arbitrales.
- b) La parte financiada carecía de méritos suficientes para promover su demanda (o reconvencción, según corresponda); esto significa que, a discreción del Tribunal Arbitral, la totalidad y/o gran mayoría de pretensiones deben haber sido declaradas infundadas o improcedentes.
- c) La parte financiada demuestra prácticas dilatorias o tácticas de guerrilla que colisionan con el arbitraje.
- d) La parte financiada no prueba que la contraparte actuó con mala fe en su relación contractual u obligacional.
- e) La parte financiada no revela (o se niega a revelar) a los árbitros y a la contraparte que está recibiendo financiamiento de un tercero financista, así como también la identidad del mismo, hasta la presentación del memorial o escrito de demanda.
- f) La parte financiada no revela (o se niega a revelar) a los árbitros el contrato de financiación y lo relativo a los términos económicos, pactados por las partes, hasta la presentación del memorial o escrito de demanda.
- g) La parte financiada no solicita (o lo hace de forma imprecisa o sin claridad) como pretensión o pretensiones el reconocimiento de los gastos de financiación, en calidad de costos arbitrales.

VI. CONCLUSIONES

Como ha podido verse de la revisión del presente trabajo, la recuperación de los costos de financiación proveídos por un financista en el laudo arbitral, es absolutamente válido, pudiendo adoptar la forma de condena de costos arbitrales.

El no reconocimiento de los gastos de financiación en el laudo arbitral, generaría que la parte que buscó financiamiento externo para promover acciones legales contra su par incumplidor, tenga que asumir los costos arbitrales y la compensación del financista, debiendo de suplir dicho pago del monto que recibe del laudo arbitral, produciéndose un claro perjuicio en la parte financiada.

Por último, el principal problema para la puesta en práctica de esta alternativa era la falta de regulación y de uniformidad de criterios, lo que generaba confusión e incertidumbre en los árbitros y practicantes. A través de las directrices propuestas en la presente investigación es posible efectuar un análisis de razonabilidad adecuado que permita distribuir de forma idónea los costos arbitrales.

Bibliografía

Doctrina

Alonso Cánovas, C. (2016). Third Party Funding: La Financiación Institucional de Litigios y Arbitrajes. *Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje*, 9-22.

Association of Litigation Funders. (enero de 2018). *Association of Litigation Funders*. Obtenido de <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>

Bühler, M. (2004). Awarding Costs in International Commercial Arbitration: an Overview. *22 ASA Bulletin* (2/2004), 250.

Bühler, M. (27 de noviembre de 2018). Costs. Obtenido de <https://globalarbitrationreview.com/chapter/1177437/costs#footnote-083>

Cámara de Comercio Internacional . (2019). *Decisiones sobre Costos en el Arbitraje Internacional* . París: Cámara de Comercio Internacional.

Chen, B. (2006). *General Principles of Law as Applied by International Arbitral Tribunals* . Cambridge: Cambridge University Press .

CLYDE & CO. (2019). *El Financiamiento del Arbitraje Internacional: Una Guía Práctica*. Londres: CLYDE & CO.

Darwazeh, N., & Leleu, A. (2016). Disclosure and security of costs, or how to address imbalances created by third-party funding. *Journal of International Arbitration - Vol. 33 N° 2*, 125 y ss. .

Eberhardt, P., & Olivet, C. (2012). Injustice: How Law Firms, Arbitration and Financiers are fuelling an Investment Arbitration Boom. *Corporate Europe Observatory & Transnational Institute*, 56-63. Recuperado el 17 de abril de 2020, de <https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf>

Fernández Masiá, E. (2016). La financiación por terceros en el arbitraje internacional. *Cuadernos de Derecho Transnacional, Volumen 8, N° 2*, 205.

Gonzales Alcántara, R., Gonzales Sicilia, A. O., & García - Barragán Lopez, D. (2016). *Notas de la Sesión del Young Arbitrators Forum* . Paris: International Chamber of Commerce.

International Chamber of Commerce. (2015). *Guide pratique sur le financement des arbitrages par des tiers financeurs*. Paris.

International Council for Commercial Arbitration & Queen Mary University of London . (2018). *Report of the ICCA - Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration (ICCA Report No. 4)*. Londres: International Council for Commercial Arbitration & Queen Mary University of London .

Mankiw, N. G. (2012). *Principios de Economía*. Cengage Learning .

Mereminskaya, E. (2017). Financiamiento de Litigios a través de Terceros y su Aterrizaje en Chile. *Informativo On Line, Boletín N° (enero 2017)*, 1.

Torres, N. (s.f.). *Should arbitration financing costs be granted to a party in an arbitration*. Lima. Obtenido de <https://www.lex-finance.com/news/pdf/LEXLETTER-%20opinion%20CEO%20-%20ENG.pdf>

Van Den Berg, A. (2000). *Yearbook Commercial Arbitration 200 - Volumen XXV*. Kluwer Law International .

Vannin Capital. (s.f.). Recuperado el 17 de abril de 2020, de <https://www.vannin.com/downloads/international-arbitration-brochure.pdf>

Waincymer, J. (2012). *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International.

Normativa

Club Español del Arbitraje. (2019). Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje. *Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje*. España: Club Español del Arbitraje.

Jurisprudencia

Essar Oilfields Services Ltd. v Norscot Management Pvt. Ltd., EWHC2361 (High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, ICC Case N° 15790 15 de setiembre de 2016).

Harold v. Smith, 5H. y N. 281 (1860).

Sapphire International v. National Iranian Oil Company (Pierre Cavin 15 de marzo de 1963).