tos arbitrales de ciertas organizaciones— el tribunal arbitral dispondrá sobre la materia de costos. En tal escenario el Tribunal se encuentra sujeto a los parámetros establecidos en el Título VII de la Ley en materia de naturaleza y entidad y distribución de costos. La participación discrecional —dentro de los límites mencionados— de los árbitros para determinar los costos del arbitraje y los criterios aplicables para cumplir dicha función, parecen entonces cumplir un rol supletorio, sea porque existe un vacío en el convenio arbitral permitido libremente por las partes o sea porque estas así lo dispusieron expresamente en el mismo convenio arbitral.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Al igual de lo que sucede en aquellos casos en los que no existe un monopolio regulado, la Ley reconoce la libertad de las partes de determinar los costos del arbitraje y las reglas para atribuirlos. En ese contexto, en manos de las partes se encuentra el impedir que aspectos vinculados con los costos del proceso frustren el desarrollo del proceso o cuestione la utilidad del mecanismo para resolver una controversia.

Art. 70º.—Costos.

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.

b. Los honorarios y gastos del secretario.

c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.

d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.

e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

COMENTARIO (1123)

SUMARIO: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *¿Pueden las partes pactar en contra?* ***3.*** *Oportunidad de fijación de los costos.* ***4.*** *Conceptos incluidos y la*

(1123) Por **CAROLINA DE TRAZEGNIES THORNE:** Asesora Legal de la Alta Dirección y Secretario del Consejo Directivo de OSINERGMIN.

*problemática de los gastos de defensa. **4.1.** ¿Dónde está la diferencia? **4.2.** ¿Qué es lo razonable? **4.3.** ¿Bajo los mismos criterios? **5.** El "cajón de sastre". **6.** Apreciaciones finales.*

1. Introducción

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.

Esto sorprende pues, desde una perspectiva económica, la cuestión puede ser muy relevante, equiparable incluso a la discusión sobre la cuantificación de la pretensión principal(1124). De hecho, se ha dado el caso de arbitrajes internacionales en los que los montos reclamados por concepto de costos, incluyendo tanto gastos del tribunal como gastos de defensa, han implicado varios millones de dólares(1125).

La regla general sobre distribución de costos del arbitraje está contenida en el artículo 73º de la Ley de Arbitraje (LA)(1126). El artículo 73º ofrece una guía clara de los criterios en base a los cuales debe efectuarse el traslado de costos del arbitraje entre las partes. De acuerdo con éste, la distribución de costos del arbitraje se hará según lo acordado entre las partes y, a falta de acuerdo, serán de cargo de la parte vencida. Sin perjuicio de ello, el tribunal arbitral está facultado a distribuir y prorratear estos costos entre las partes si estima que el prorrateo es razonable según las circunstancias del caso. Al establecer esta regla, la norma sigue la tendencia marcada por la práctica reciente en la experiencia arbitral internacional en la que puede advertirse una mayor

---

(1124) Al respecto, ver por ejemplo Gotanda, John Y., "Awarding Costs and Attorney's Fees in International Commercial Arbitrations". En: *Michigan Journal of International Law*, Nº 21, 1999-2000, p. 3.

(1125) A modo de ejemplo, en *PSEG Global Inc. v. la República de Turquía* (Caso CIADI ARB/02/5, Laudo de fecha 19 de enero de 2007), las partes en controversia reclamaron un total de US$ 21 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por estos conceptos.

(1126) *"**Artículo 73º.- Asunción o distribución de costos***

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

[…]".

disposición a aplicar la regla de "el perdedor paga" o de "los costos siguen al evento" (1127).

Complementando la regla contenida en el artículo 73º, el artículo 70º materia de estos comentarios regula la oportunidad de la fijación y distribución de los costos del arbitraje por parte del tribunal. Asimismo, define los conceptos que conforman los costos del arbitraje y que deberán ser considerados por el tribunal para efectos de su fijación y distribución.

El antecedente inmediato del artículo 70º es el artículo 52º de la Ley Nº 26572 que ya incluía una relación no limitativa de los diversos conceptos que podían verse comprendidos en la categoría general de gastos (ahora costos) del arbitraje, estableciendo que éstos podían ser objeto de condena o exoneración a las partes si es que en el convenio no se hubiese pactado nada al respecto (1128). En la Exposición de Motivos del proyecto de Ley del Decreto Legislativo Nº 1071 se señala que las modificaciones en este punto buscan identificar con precisión los conceptos que comprenden los costos del arbitraje, cubriendo así deficiencias y vacíos de la legislación anterior.

(1127) En efecto, en fallos arbitrales recientes puede observarse una tendencia de los tribunales a aplicar la regla general de "el perdedor paga" o "los costos siguen al evento", alejándose de la visión tradicional según la cual las partes debían asumir los costos del arbitraje en partes iguales y correspondía a cada una sus gastos de defensa. Al respecto, ver WEINIGER, Matthew y Niguel MACKAY, "Costs: Do Recent Trends Represent a Dramatic Shift in Tribunal Practice?". En: *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, 2007, Issue 6. En el mismo sentido: WEINIGER, Matthew y Matthew PAGE, "Adding up the costs". En: *Treaty Arbitration and Investment Disputes*, Noviembre 2006.

(1128) Ley Nº 26572.

"Artículo 52º.- Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los gastos incluyen, pero ni se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado, si éste no fuese árbitro; los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Adicionalmente, los árbitros deberán determinar el monto de la multa a que se refiere el último párrafo del Artículo 9º, cuando ello corresponda.

Si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo.

Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes las de los árbitros, la del secretario, si éste no fuera árbitro, y la de la institución arbitral.

En los casos de los Artículos 15º y 41º, los árbitros determinarán los gastos del arbitraje, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Los árbitros no podrán cobrar honorarios adicionales por la corrección, integración o aclaración del laudo que hubieran dictado".

2. ¿Pueden las partes pactar en contra?

El artículo 70º es claramente una regla dispositiva que se aplicará cuando no exista pacto contrario entre las partes. En efecto, las partes cuentan con la facultad de regular el procedimiento arbitral[1129]. Tal y como se reconoce en el artículo 73º, al dar prioridad al acuerdo de las partes sobre distribución de costos, la libertad de las partes de regular el procedimiento abarca el establecer las reglas bajo las cuales debe efectuarse la distribución o traslado de costos[1130].

Si bien el artículo 70º no lo dice expresamente, la facultad de las partes de regular la distribución de costos incluye no sólo definir la regla que regirá la distribución, sino también aspectos regulados por el artículo 70º, tales como la oportunidad de la liquidación de los costos y su fijación por parte del tribunal y los conceptos que deben ser incluidos o excluidos.

3. Oportunidad de fijación de los costos

De acuerdo con el texto expreso del artículo 70º, el tribunal arbitral fijará los costos y determinará quién debe asumirlos —en base, claro está, a la regla contenida en el artículo 73º— al momento de laudar.

Es claro que la fijación y distribución de costos del arbitraje debe realizarse a la finalización del proceso arbitral. Recién en ese momento quedará determinado el monto total de los costos.

No obstante, nada impide que el tribunal establezca en el laudo las reglas para distribución de los costos pero reserve la decisión sobre su cuantificación para una decisión posterior. Esta práctica arbitral es coherente con el sentido que la LA le da al término "laudo" —para incluir laudos parciales—[1131] y con la práctica arbitral contemporánea. La determinación de la regla de responsabilidad por parte del tribunal,

---

(1129) LA, "***Artículo 34º.- Libertad de regulación de actuaciones.***
Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones [...]".

(1130) En la misma línea, explica Cantuarias, comentando la Ley anterior, que existe libertad de las partes para regular estas materias con las únicas limitaciones de que el pacto no sea contrario al orden público, vaya en contra de una clara intención de las partes o sea injusto en un extremo para las partes. Cantuarias Salaverry, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Editorial Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, p. 335.

(1131) "***Artículo 6º.- Reglas de interpretación.***
Cuando una disposición de este Decreto Legislativo: [...] f. Se refiere a laudo, significa entre otros, tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia".

para luego cuantificar el monto específico en un laudo parcial posterior, es una práctica de uso frecuente. Además, dota de eficiencia al procedimiento, pues permite al tribunal solicitar y revisar únicamente el sustento que resulte pertinente para su decisión[1132].

4. CONCEPTOS INCLUIDOS Y LA PROBLEMÁTICA DE LOS COSTOS DE DEFENSA

En cuanto a los conceptos que serán incluidos dentro de los costos del arbitraje, el artículo 70º precisa que estos son: (a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral (b) Los honorarios y gastos del secretario (c) Los gastos administrativos de la institución arbitral (d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral (e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje (f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje "propiamente dichos". Estos incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la entidad nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el tribunal arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el tribunal arbitral[1133].

Mediante este listado, el artículo 70º ha incorporado como costos del arbitraje, sujetos a las reglas contenidas en el artículo 73º, a ambas categorías. Los conceptos contemplados en los incisos (a) (b) (c) y (d) constituyen costos del procedimiento arbitral o costos del arbitraje "propiamente dichos", mientras que el inciso (e) se refiere a los gastos de defensa incurridos por las partes. En este último punto, con buen acierto, la nueva norma ha adoptado una tendencia más abierta que deja campo para el traslado y recuperación de otros gastos en que po-

---

(1132) Sobre el particular, ver REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Constantine PARTASIDES y Nigel BLACKABY, T*eoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. 4ta. Edición, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 551: "[El tribunal arbitral] puede solicitar a las partes que le proporcionen un detalle de los gastos respectivos antes de dictar el laudo para determinarlos en él; o puede abordar el tema de los gastos en un laudo final por separado, que limitaría la decisión que pretendió ser un laudo final sobre el fondo de la controversia a la categoría de laudo parcial".

(1133) Para una definición de los costos del procedimiento arbitral y los gastos de defensa, ver GOTANDA, John Y., *Supplemental Damages in Private International Law*, Kluwer Law International, Londres, 1998, ps. 146/147.

dría haber incurrido la parte ganadora para la preparación y presentación de su caso ante el tribunal, distintos de los honorarios de sus abogados (contratación de peritos o expertos, por ejemplo). La norma anterior, contenida en la Ley Nº 26572 (1134), al referirse a las "retribuciones de los abogados de las partes", no dejaba en claro la posibilidad de trasladar —y por tanto de que la parte vencedora recuperase— cualquier otro gasto en el que pudiera haber incurrido para efectos de su defensa en el arbitraje distinto de éstos.

De todos los conceptos incluidos como costos del arbitraje en el artículo 70º, el traslado de los gastos de defensa a la parte contraria es el que presenta mayores dificultades y ha recibido tratamientos más disímiles en la experiencia comparada. Como señala Gotanda, "las partes suelen recibir sorpresas bruscas cuando se trata de reclamos con respecto a costos y honorarios de abogados. En algunos casos los tribunales arbitrales otorgan a la parte vencedora montos significativos mientras que en otros casos los tribunales otorgan poco o nada" (1135).

En la experiencia comparada, los tribunales arbitrales parecen más dispuestos a trasladar los costos del arbitraje asumidos por una parte a la parte contraria, en contraste con el traslado de los gastos de defensa (1136).

Así, por ejemplo, en un estudio de laudos dictados bajo las reglas CCI entre 1989 y 1991 se encontró que en el 81% de los casos materia de estudio se ordenaba a la parte vencida a asumir los costos del

---

(1134) "***Artículo 52º.- Costos del Arbitraje.***

[...] Los gastos incluyen, pero ni se limitan, a las *retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes;* las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado, si éste no fuese árbitro; los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral [...]".

(1135) Traducción libre del siguiente texto: "Parties in international commercial arbitrations sometimes receive rude surprises when it comes to claims for costs and attorney's fees. In some cases arbitral tribunals award the successful party a significant amount, while in other cases tribunals award little or nothing". Gotanda, John Y., "Awarding Costs and Attorney's Fees in International Commercial Arbitrations", *op. cit.*, p. 1.

(1136) Gotanda, John Y., "Assesing damages in international commercial arbitration: a comparison with investment treaty disputes". En: *Transnational Dispute Managemen*t, Vol. 4. Issue 6, 2007, ps. 12/14. En la misma línea, señalan Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides que "El Tribunal arbitral en un arbitraje comercial internacional rehusará, por lo general, a ordenar a la parte vencida que pague la totalidad de los gastos incurridos por la parte vencedora. Hay muchas razones para ello. En primer lugar, como ya hemos señalado, la costumbre de que la parte vencida debe pagar o contribuir al pago de los gastos de la otra no es universal, ni en el ámbito del arbitraje internacional ni, de hecho, en los sistemas jurídicos internos[...]". Redfern y otros, *op. cit.*, p. 550.

arbitraje. Sin embargo, sólo en el 50% de estos casos se ordenaba a la parte vencida el pago de una porción de los gastos de defensa del ganador(1137).

De manera similar, en un estudio sobre los casos CIADI litigados entre 1990 y 2006 se determinó que de 102 laudos, 54 de estos se pronunciaron sobre los gastos de defensa. Sin embargo, de estos 54, sólo 13 trasladaron estos costos a la parte contraria. En los demás casos cada parte asumió la carga de sus propios costos(1138).

Si bien en algunos casos los gastos de defensa han sido colocados por los tribunales dentro del mismo saco que los costos del procedimiento arbitral (es decir se ha otorgado a la parte vencedora tanto costos del procedimiento y gastos legales)(1139), en un gran número de

---

(1137) DERAINS, Yves y Eric SCHWARTZ. *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*. Citado por GOTANDA, "Assesing damages in international commercial arbitration: a comparison with investment treaty disputes", ps. 12/13. Cabe señalar que bajo las reglas de la CCI, los tribunales fijarán en el laudo los costos del arbitraje y decidirán en que proporción deben ser cubiertos por las partes. Ver GOTANDA, *Supplemental Damages in Private International Law*, p. 180.

(1138) FRANCK, Susan D., "Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration". En: www.ssrn.com (SSRN-id969257), ps. 68/69. Las reglas CIADI dan discrecionalidad al tribunal para distribuir los costos del arbitraje entre las partes. Sin embargo, no contienen un lineamiento claro para evaluar los gastos de defensa. Como resultado, el otorgamiento de dichos costos por parte de los tribunales ha sido bastante irregular. Algunos tribunales han otorgado a la parte ganadora costos incluyendo gastos del procedimiento arbitral pero no gastos de defensa. En otros casos se ha otorgado a la parte ganadora montos por ambos conceptos. GOTANDA, *Supplemental Damages in Private International Law,* p. 177.

(1139) Así por ejemplo, en *Methanex Corporation v. EE.UU*, el tribunal ordenó a la parte perdedora el pago de los gastos del arbitraje incluyendo los gastos razonables de defensa de la parte ganadora. De manera similar, en *International Thunderbird Gaming Corporation v. los Estados Unidos de México*, un arbitraje internacional llevado a cabo bajo las reglas de UNCITRAL, el tribunal decidió que Aun cuando las reglas arbitrales otorgaban discreción a los tribunales para adoptar una posición distinta del principio general según el cual "el perdedor paga", el marcador más objetivo para ambos tipos de costos (costos del procedimiento y costos de defensa) es el porcentaje de éxito de una parte. Dado que México no resultó vencedor en todos los aspectos del caso, se ordenó al inversionista a contribuir con el 75% de los costos del procedimiento arbitral y con el mismo *ratio* de los costos legales de México ascendentes a más de un millón de dólares. Más recientemente, en *ADC Affilliate Limited v. Hungría* (Caso CIADI ARB/03/16) el tribunal decidió que no existían motivos para apartarse de la regla de "el perdedor paga" que venía siendo aplicada por los tribunales CIADI y otorgó a los demandantes vencedores US$ 7.6 millones por costos del arbitraje, incluyendo costos de defensa. El tribunal consideró dichos montos razonables a la luz de su experiencia en arbitrajes de inversión y las circunstancias particulares del caso. En *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. la Republica de Turquía* (Caso CIADI ARB/02/5, Laudo de fecha 19 de enero de 2007), el tribunal ordenó al demandado a cubrir un

casos, los árbitros han considerado que el traslado de los gastos de defensa y los costos del procedimiento ameritan distintos razonamientos. Así, existe un grupo importante de casos en los que los tribunales arbitrales trasladan los costos del procedimiento arbitral pero no los gastos de defensa o que establecen que cada parte deben cubrir sus propios gastos de defensa con independencia del resultado del caso(1140).

De hecho, el principio según el cual "el perdedor paga" parece ser aplicado en mayor medida con respecto a los costos y gastos del tribunal pero no respecto a los gastos de defensa de las partes(1141). Incluso algunas reglas arbitrales, como es el caso de las reglas de UNCITRAL, hacen una clara distinción entre los criterios que deben aplicarse para trasladar los gastos de defensa y otros gastos del arbitraje(1142). Así, el primer párrafo del artículo 40º del Reglamento de UNCITRAL contie-

---

65% de los costos y gastos de defensa incurridos en el arbitraje, ascendentes a un total de US$ 13.6 millones.

(1140) Así por ejemplo, en *Siemens A.G. v. Argentina (*Caso CIADI ARB/02/08, fecha de laudo 6 de febrero de 2007), el tribunal distribuyó los costos del procedimiento entre las partes, en un *ratio* de 75-25%, pero ordenó a cada una cubrir sus costos de defensa. De manera similar, en *Azurix Corp. v. Argentina* (caso CIADI ARB 01/12, Laudo del 14 de julio de 2006), el tribunal ordenó al Estado demandado (el perdedor) asumir prácticamente todos los costos del procedimiento. Sin embargo, declaró que cada parte debía de ser responsable por sus costos de defensa. En una decisión aún más controversial, en *Encana Corporation v República del Ecuador*, un arbitraje llevado a cabo bajo las reglas UNCITRAL (Caso UN 3841 Laudo de fecha 3 de febrero de 2006), el tribunal ordenó a Ecuador —pese a resultar vencedor— el pago de los gastos del arbitraje. Sin perjuicio de ello, no aplicó una regla similar en cuanto a los gastos de defensa ordenando a cada parte a cubrir sus propios gastos.

(1141) Gotanda, John Y., "Assesing damages in international commercial arbitration: a comparison with investment treaty disputes", ps. 12/14. En la misma línea, señalan señalan Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides que "El Tribunal arbitral en un arbitraje comercial internacional rehusará, por lo general, a ordenar a la parte vencida que pague la totalidad de los gastos incurridos por la parte vencedora. Hay muchas razones para ello. En primer lugar, como ya hemos señalado, la costumbre de que la parte vencida debe pagar o contribuir al pago de los gastos de la otra no es universal, ni en el ámbito del arbitraje internacional ni, de hecho, en los sistemas jurídicos internos […]". Redfern, *et ali,* o*p. cit.*; p. 550.

(1142) Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL

"Artículo 40º.

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso e) del artículo 38º, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable".

ne una regla de redacción muy similar al artículo 73º de la LA, según la cual el tribunal tiene amplia discreción para decidir sobre la distribución de costos Aun cuando, en principio, los costos del arbitraje serán asumidos por la parte vencida. Sin perjuicio de ello, con respecto a los gastos de defensa legal, se establece en segundo párrafo que el tribunal arbitral, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, será libre de determinar que parte soportará los costos o distribuirá los costos si lo estima razonable. Nótese entonces que respecto de los gastos por defensa legal no se aplica inmediatamente la regla general de "el perdedor paga" como parece ser el caso bajo la ley peruana(1143).

4.1. ¿Dónde está la diferencia?

Hay una serie de razones que justifican un tratamiento diferenciado de los gastos de defensa. En primer lugar, a diferencia de los costos del procedimiento arbitral, que son decididos o cuando menos controlados por el tribunal arbitral, los gastos de defensa son incurridos a sola discreción de cada parte. Así, se conforman luego de una serie de decisiones unilaterales tomadas por éstas como parte de su estrategia de defensa.

De ello se deriva que los gastos de defensa son asimilables a cualquier otro reclamo por daños. Corresponde a quien los solicita la carga de probarlos a satisfacción del tribunal(1144). Ello a diferencia de los costos del procedimiento respecto de los cuales no suele existir —por encontrarse bajo la esfera de actuaciones del tribunal— controversia respecto de los montos de los mismos.

De otra parte, los gastos de defensa son difícilmente previsibles para la parte contraria, que no los conocerá hasta el final del proceso cuando se solicite a la o las partes que presenten el sustento correspondiente(1145).

(1143) En este mismo sentido, algunos tribunales arbitrales han interpretado que existe en dicha norma una "sutil diferencia entre los dos párrafos, el primero enfatizando en el *éxito* y el segundo en *las circunstancias del caso*". Ver por ejemplo *S.D. Myers v. Canada* (Laudo de fecha 30 de diciembre de 2002). En otros casos se ha interpretado que el segundo párrafo a diferencia del primero concede a los árbitros amplia discrecionalidad para distribuir costos (Ver *Thunderbird v. México*, cuya referencia ha sido incluida en la nota 16).

(1144) CRAIG, W. Laurence; PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3ª ed., París: ICC y Oceana Publications Inc., 2000, p. 394. En la misma línea, ver GOTANDA. *Awarding Costs and Attorney's Fees in International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 47.

(1145) Así, explican CRAIG, PARK y PAULSSON, que el solo hecho que los montos finales de gastos legales sólo pueden ser conocidos al final del proceso genera una serie de problemas prácticos. CRAIG, PARK y PAULSSON, *op. cit.*, p. 393.

En contraste, los costos del procedimiento arbitral serán conocidos antes del inicio del litigio. Este es el caso por ejemplo de los honorarios de los árbitros y de los centros arbitrales cuando son fijados en base a criterios pre-establecidos en reglamentos o guías de la institución. Cuando este no es el caso, son cuando menos conocidos y aceptados por las partes a lo largo del procedimiento. Si bien esta afirmación se relativiza ante un arbitraje *ad hoc* y aun cuando algunos gastos no son previsibles de la misma manera (gastos de asistencia técnica, viáticos, servicios, gastos de oficina, entre otros), incluso en estos casos el tribunal arbitral suele solicitar a las partes dentro del proceso que expresen sus puntos de vista y de ser posible su conformidad respecto de los honorarios y gastos, antes de incurrir en los mismos. Ello sobre todo cuando son significativos (1146).

Así, los gastos de defensa pueden ser, para la parte vencida, una "caja de Pandora" abierta al final del proceso que almacena costos no esperados ni esperables al momento de litigar.

Un problema adicional se presenta por la magnitud de los montos que suelen verse involucrados. Es sabido que los costos del procedimiento suelen ser bastante inferiores que los costos de defensa, que pueden alcanzar magnitudes impresionantes (1147). Finalmente, en tanto dependen de decisiones de la parte, pueden manejarse en rangos muy distintos incluso dentro de un mismo proceso, dependiendo en las decisiones que cada parte adopte. ¿Qué pasa cuando una de las partes considera necesario requerir la ayuda de un perito o estudio de abogados internacional en un arbitraje local, multiplicando exponencialmente los costos promedio para un arbitraje de dicha envergadura? ¿Es admisible trasladar dichos costos aún si se aleja de la práctica usual del mercado y no es previsible para la parte contraria? ¿Debe confiarse para estos efectos en el análisis costo-beneficio realizado por la propia parte al momento de incurrir en dicho costo?

Los gatos de defensa presentan entonces una serie de problemáticas que no se plantean en el caso de los costos del procedimiento arbitral o del arbitraje propiamente dichos. Estas mayores dificultades están relacionadas, en grandes rasgos, con temas de prueba de

(1146) Craig, Park y Paulsson, *op. cit.*, p. 392.

(1147) Algunos ejemplos resultan ilustrativos. El CIADI ha estimado que los costos de un arbitraje de inversión, excluyendo costos de defensa, es de alrededor US$ 220,000. UNCTAD ha estimado que los gastos de cada parte para el tribunal son de aproximadamente US$ 400,000. Sin embargo, los costos legales de defensa en un arbitraje internacional, incluyendo honorarios de abogados, están en el rango de 1 o 2 Millones de Dólares. UNCTAD, Disputes on the Rise, citado por Franck, *op. cit.*, p. 67.

los montos involucrados, con si estos gastos deben trasladarse en su integridad a la otra parte o solo parcialmente y, finalmente, bajo qué criterios debe seleccionarse qué proporción de estos será trasladada a la otra parte, de ser esta la decisión del tribunal.

4.2. ¿Qué es lo razonable?

Siguiendo una solución planteada por otras reglas arbitrales a nivel comparado, el artículo 70º parece responder a esta problemática al establecer un requisito adicional para la revisión de los gastos de defensa: que se trate de "gastos razonables".

La inclusión de dicho término sirve como una suerte de "tope" para permitir al tribunal trasladar únicamente una porción de los gastos de defensa, de considerar que los gastos reclamados y sustentados son excesivos, teniendo en cuenta las características de la controversia.

Sin duda, la inclusión de este término deja un campo de discrecionalidad a cada tribunal que deberá determinar qué es lo razonable[(1148)].

Nótese que el test de razonabilidad puede ser aplicado tanto respecto de las actividades cuyos costos se reclaman, como respecto de los montos reclamados por cada actividad[(1149)], es decir que puede ser aplicado para evaluar tanto una valuación adecuada de los servicios contratados como la pertinencia del recurso de defensa.

En la experiencia internacional comparada, se han ensayado distintas interpretaciones sobre la "razonabilidad" de los gastos de defensa, algunas de las cuales han sido mayoritariamente rechazadas.

Así se han rechazado tests de razonabilidad basados en lo invertido por la parte contraria.

A modo de ejemplo, en el caso CIADI *ADC Afíliate Limited y ADC & ADMC Management Limited v. la República de Hungría*, el tribunal declaró que lo que se requiere para trasladar gastos de defensa es que el tribunal esté satisfecho con el sustento declarado, a la luz de las circunstancias del caso. El tribunal reconoció que podían existir discrepancias válidas entre los costos de una y otra parte intrínsecas a la estrategia de defensa o decisiones comerciales y/o legales de cada parte, que determinara que la estructura de costos de cada una de éstas fuese

(1148) CRAIG, PARK y PAULSSON, así señalan que "Sin embargo, los árbitros son completamente libres de determinar a su propia discreción lo que consideran como razonable". CRAIG, PARK y PAULSSON, *op. cit.*, p. 395.

(1149) CANTUARIAS, *op. cit.*, p. 342.

sustancialmente diferente pese a estar representadas por abogados similares[1150].

La defensa de ambas partes en un caso no necesariamente será igual de compleja. Por el contrario, como regla general existirán dificultades de defensa inherentes a la postura que cada una de las partes ha adoptado, lo que determina de por sí una estructura de costos diferente.

De otra parte, no hay razón para presumir que la inversión realizada por la parte perdedora es "más razonable" que aquella utilizada por la otra parte. ¿Qué pasa si dicha parte tuvo una defensa floja o poco eficiente o si por su posición sobre los hechos la característica de su defensa era sustancialmente diferente?

Una de las opiniones más reconocidas en esta materia se encuentra en el voto singular emitido por el juez Holtzmann en un arbitraje seguido ante el Tribunal de Reclamaciones Irán - Estados Unidos.

En su decisión, Holtzmann interpretó que constituyen elementos objetivos para efectos del test de razonabilidad el tiempo destinado por los abogados y la complejidad del caso. El razonamiento se sustenta en que el rango de tarifas horarias de los abogados es generalmente conocido y predecible y en que el tiempo razonable de un abogado para cumplir una tarea puede ser medido en base a la complejidad de la materia, el número de puntos involucrados en un caso y el volumen de evidencia que necesita ser analizada y presentada[1151].

(1150) Caso ARB/03/16. Laudo de fecha 2 de octubre de 2006, *"In addition to the obvious good sense of the passage cited above there are a number of features in this case which justify the Tribunal in ordering the Respondent to reimburse the Claimants the full amount of their legal and other expenses of this arbitration. However, at the outset, the Tribunal should make clear that it is quite satisfied that the amount claimed for costs by the Claimants is reasonable in amount having regard to all the circumstances of this case. The Tribunal rejects the submission that the reasonableness of the quantum of the Claimants' claim for costs should be judged by the amount expended by the Respondent. It is not unusual for claimants to spend more on costs than respondents given, among other things, the burden of proof. Although at the outset both sides were represented by top class international law firms, the Respondent changed counsel before the hearing and took on an able and dynamic younger legal team. The Respondent also engaged Dr. Hunt at the very last minute in place of its former expert firm NERA Consulting. All these factors can explain the discrepancy between the two sides' costs and expenses."*

(1151) Voto singular del Juez Holtzmann en el caso Iran - EE.UU CTR 329. Citada en Iranian Assets Litigation Reporter 10860, "*A 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 complexity involved. Where the Tribunal is presented with*

Sin embargo, no debe entenderse que bajo el razonamiento del juez Holtzmann los tribunales arbitrales deben "validar" la eficiencia de las labores de los abogados y/o expertos involucrados en el caso o reemplazar las decisiones de los empresarios en su contratación. Holtzmann se cuidó de precisar que: "el Tribunal no debe negarse a considerar la realidad de que las facturas de abogados son usualmente presentadas primero a hombres de negocios. El hecho pragmático de que un hombre de negocios haya aceptado pagar una determinada factura, sin saber que el tribunal iba a reembolsar estos gastos, es un fuerte indicio de que el monto facturado fue considerado razonable por un hombre razonable gastando su propio dinero, o el dinero de la compañía para la cual trabaja. Este es un test clásico de razonabilidad" (1152).

El razonamiento de Holtzmann ha sido seguido directa o indirectamente por una serie de tribunales arbitrales que se han visto en la necesidad de pronunciarse sobre la razonabilidad de los gastos de defensa. "Se trata de un criterio que sirve como pauta de sentido común respecto del método que deberían adoptar los tribunales internacionales en ejercicio de su discreción a la hora de determinar los gastos correspondientes en el laudo" (1153).

Una crítica que puede hacerse a este razonamiento es que no existe necesariamente una relación directa entre el tiempo dedicado a un caso o una línea de argumentación y el valor de ese tiempo en cuanto a los resultados obtenidos en el caso (1154).

---

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 United States 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".

(1152) Voto singular del Juez Holtzmann en el caso Iran - EE.UU. CTR 329. Citada en Iranian Assets Litigation Reporter 10860 *"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 serves. That is a classic test of reasonableness."*

(1153) REDFERN y otros, *op. cit.*, p. 552.

(1154) REDFERN, y otros, *op. cit.*, p. 551.

De hecho, el tiempo invertido o el volumen de pruebas tiene poco que ver con el monto en juego en la controversia.

De otra parte, la confianza en la decisión racional de un "hombre de negocios" —central en la opinión de Holtzmann— es válida siempre y cuando existan los incentivos adecuados para que las partes internalicen los costos de sus decisiones al asumir el costo de litigar. Si llevamos el razonamiento de Holtzmann al extremo, podrían generarse incentivos perversos para sobre-invertir en la defensa de un caso ante la expectativa de que dichos costos serán reembolsados por la parte perdedora a sola confianza de lo decidido por el empresario. Es decir, a mayor predictibilidad sobre la devolución de dicha inversión existiría menor razonabilidad.

4.3. ¿Bajo los mismos criterios?

El test de razonabilidad es sin duda una gran puerta de discrecionalidad para determinar los gastos de defensa que serán fijados y trasladados por el tribunal. Sin perjuicio de ello, ¿puede un tribunal optar por no distribuir gastos probados y razonables de acuerdo con la regla contenida en el artículo 73º (de acuerdo con la cual el pago de los costos del arbitraje corresponde a la parte vencida)?

Como se ha desarrollado, aún en los casos en los que se ha establecido una revisión a los costos de defensa basada en un "test de razonabilidad", en la experiencia comparada existe una tendencia a aplicar criterios distintos para la distribución de estos costos y los costos del procedimiento arbitral.

Si bien el artículo 73º no deja en claro la posibilidad de aplicar una regla distinta para los gastos de defensa, dada la distinta naturaleza de ambos conceptos y la experiencia internacional comparada parecería razonable que así sea.

Los tribunales podrían, aún frente a gastos sustentados y razonables, hacer uso de la discrecionalidad que le otorga el artículo 73º para prorratear los costos de la manera que estime pertinente, en base a las circunstancias particulares del caso. Haciendo uso de esta discrecionalidad, podrían concluir que el prorrateo de los gastos de defensa se haga en distinta medida que el prorrateo de los demás costos del arbitraje, alejándose en cierta medida de la regla general de "el perdedor paga".

Dicho en otros términos, aun cuando el tribunal esté satisfecho con la evidencia de los gastos de defensa presentada y considere dichos gastos razonables, no está obligado a aplicar la regla de que "el que pierde paga".

5. EL "CAJÓN DE SASTRE"

Finalmente, cabe hacer una corta mención al inciso (f) que contiene una norma "cajón de sastre" que permite al tribunal incluir gastos por conceptos adicionales no enumerados en los demás incisos de la norma, siempre que se trate de gastos "originados en las actuaciones arbitrales".

La flexibilidad en la redacción de este artículo y el tratamiento conjunto de los gastos del arbitraje y los gastos de defensa como "costos del arbitraje" permite que se incluya cualquier otro costo relacionado con el arbitraje que pudiera haberse quedado fuera de los incisos anteriores. Nótese que en este caso se ha puesto también como requisito la "razonabilidad" de dichos gastos, de manera similar a lo que ocurre con los gastos de defensa.

6. APRECIACIONES FINALES

La solución de controversias no se trata únicamente de quién gana o quién pierde. Para las partes, el verdadero costo del litigio incluye la cuantificación de distintos factores, entre ellos, del costo de tomar acciones (demandar o defenderse, respectivamente). Así, para las partes involucradas, una parte importante del caso tiene que ver con la distribución de costos y gastos. Un actor racional incluirá estos costos y el riesgo de su no recuperación en su análisis costo-beneficio al optar por iniciar un proceso, cualquiera sea la naturaleza de la pretensión que se discuta (1155).

El hecho que el legislador se haya preocupado del tema de los costos del arbitraje es una señal importante hacia la predictibilidad del arbitraje en el Perú. Cuantificar y predecir los costos y beneficios de un arbitraje promueve la capacidad de los interesados de tomar decisiones informadas respecto de sus posibilidades y estrategias para resolver sus controversias. Con un panorama más completo de los costos del arbitraje y de cuándo y cómo los tribunales pueden estar inclinados a trasladar los costos del procedimiento o de defensa, las partes están en una mejor posición de tomar decisiones informadas sobre la resolución de sus conflictos (1156).

(1155) FRANCK, Susan D., *op. cit.*, p. 66: *"Dispute resolution risk is not simply a matter of winning, losing, and possible damages. The true cost of investment treaty conflict requires a quantification of other factors, such as the cost of obtaining a beneficial outcome. Rational actors should consider whether the cost of pursuing investor rights or defending government action is worth the benefit".*

(1156) FRANCK, Susan D., *op. cit.*, p. 70.

Cuando un tribunal analiza una pretensión por costos del arbitraje, generalmente, considerará tres puntos: (1) si tienen competencia o autoridad para otorgar costos del arbitraje (2) en base a qué regla deben distribuir dichos costos entre las partes y (3) cuál es el monto en cuestión (1157). La nueva norma contenida en la LA cuenta con el mérito de haber dado claras directrices para el análisis central que deberán efectuar los tribunales arbitrales. Queda claro que, salvo pacto en contrario, los tribunales contarán con competencia para otorgar costos del arbitraje. Queda clara también la regla en base a la cual deberá efectuarse su distribución, por lo demás se ha adoptado una postura moderna acorde con la experiencia internacional. Asimismo, en el artículo 70º bajo comentario, la norma contiene una definición de los costos del arbitraje bastante más completa que la norma anterior y que establece con certeza los conceptos que pueden incluirse en la fijación y distribución de costos.

Hasta cierto punto, la existencia de este régimen garantiza que existirá uniformidad en las decisiones de costos del arbitraje pues existen reglas claras para que las partes en similares condiciones sean tratadas de manera similar.

No obstante, existen una serie de aspectos que quedarán a discrecionalidad de los tribunales arbitrales y que quedan pendientes para definir cuál será la tendencia en el traslado de costos arbítrales en nuestro país. Está aún por verse cuál será la interpretación de estas nuevas reglas y cuál será el resultado de su aplicación. De manera significativa, queda aún por verse las reglas que se aplicarán para el traslado de gastos de defensa. Así por ejemplo, está por verse cómo se interpretará el requisito de "razonabilidad" que la norma establece. Asimismo, está por verse cómo se aplicará la discrecionalidad con la que cuenta el tribunal para prorratear los costos y si se interpretará que existe o no una obligación del tribunal arbitral de distribuir los gastos de defensa aplicando la misma regla que para los costos del procedimiento arbitral ("el perdedor paga", establecida por el artículo 73º).

Con estos aspectos pendientes, pese a los avances, está aún en manos de los tribunales que apliquen la norma el que ésta implique verdaderamente una mayor predictibilidad en el traslado de costos del arbitraje, que fomente la conciliación, se traduzca en un desincentivo para demandas maliciosas o ineficientes y, al mismo tiempo, dé legitimidad al proceso arbitral y actúe como un incentivo para la inversión de recursos razonables en los litigios arbitrales.

(1157) Gotanda, John Y., "Awarding Costs and Attorney's Fees in International Commercial Arbitrations", *op. cit.*, p. 3.