



Universidad Nacional  
**Federico Villarreal**

VICERRECTORADO DE  
INVESTIGACIÓN

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

**IMPLICANCIAS DEL FINANCIAMIENTO DE TERCEROS EN EL  
ARBITRAJE**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

**AUTOR**

Cillóniz Atoche, Bryan Harold

**ASESORA**

Dra. Velasco Valderas, Patricia Jannett

**JURADO**

Mg. Rosas Diaz, Ibett Yuliana

Dra. Gonzales Loli, Martha Rocío

Abog. Leandro Martin, Mauro

**LIMA - PERÚ**

**2020**

A mamá, papá, Nicolás, Kenneth y Nena, por el amor incondicional, por confiar en mí y compartir con entusiasmo cada paso en el camino.

A la memoria de Elena, Luis Beltrán, Vilma y Juan Manuel.

A Law and Arbitration Forum (LAF) por materializar un sueño con tanta pasión y aprendizaje.

*"Que el más sagrado de los tribunales sea aquel que las partes mismas hayan creado y elegido de común consentimiento" (...)*

Platón. "De Legibus". Libros VI y XII.

## ÍNDICE

RESUMEN .....	6
ABSTRACT .....	7
I. INTRODUCCIÓN .....	8
1.1. Descripción y Formulación del Problema .....	13
1.1.1. Descripción del problema .....	13
1.1.2. Formulación del Problema .....	14
1.1.2.1. Problema general .....	14
1.1.2.2. Problemas específicos .....	15
1.2. Antecedentes .....	15
1.3. Objetivos .....	17
- Objetivo general .....	17
- Objetivos Específicos .....	17
1.4. Justificación .....	17
1.5. Hipótesis .....	18
1.5.1. Hipótesis general .....	18
1.5.2. Hipótesis específica .....	18
II. MARCO TEÓRICO .....	20
2.1. BASES TEÓRICAS SOBRE EL TEMA DE INVESTIGACIÓN .....	20
2.1.1. FUNCIONAMIENTO DEL ARBITRAJE: ASPECTOS GENERALES Y SU REGULACIÓN EN PERÚ .....	20
2.1.1.1. El Arbitraje y su discusión en Perú .....	20
2.1.1.1.1. Teoría Contractualista .....	28
2.1.1.1.2. Teoría Jurisdiccionalista .....	31
2.1.1.1.3. Teoría Mixta o Ecléctica .....	35
2.1.1.1.4. Teoría Autónoma .....	36
2.1.1.2. Principales elementos del arbitraje .....	36
2.1.1.2.1. El Convenio Arbitral .....	37
2.1.1.2.2. Las Partes .....	56
2.1.1.2.3. Tercero versus parte no signataria .....	58
2.1.1.2.4. Los Árbitros .....	62
2.1.1.3. Principios rectores del arbitraje .....	67
2.1.1.3.1. El principio de Kompetenz – Kompetenz .....	67
2.1.1.3.2. El principio de Favorecimiento del Arbitraje (pro arbitri) .....	69
2.1.1.3.3. El principio de Separabilidad del Convenio Arbitral .....	71
2.1.1.3.4. El principio de Buena Fe .....	72
2.1.1.3.5. El principio de inevitabilidad del arbitraje .....	73
2.1.2. EL ARBITRAJE COMO INSTRUMENTO DE INVERSIÓN .....	74
2.1.2.1. Los Fondos de Inversión en Litigios y su funcionamiento .....	74
2.1.2.2. Derecho litigioso versus controversia económicamente relevante .....	84
2.1.2.3. Cesión de derechos litigiosos .....	88
2.1.2.4. Compra de Laudos Arbitrales .....	92
2.1.2.5. Financiamiento a través de Deuda .....	94
2.1.2.6. Financiamiento de la controversia .....	95
2.1.3. EL FONDO DEL PROBLEMA: ENTENDIENDO AL FINANCIAMIENTO POR TERCEROS (THIRD PARTY FUNDING) Y SUS PRINCIPALES IMPLICANCIAS EN EL ARBITRAJE .....	98
2.1.3.1. Orígenes del financiamiento por terceros .....	98
2.1.3.2. Acerca del favorecimiento a la litigiosidad o el acceso a la justicia .....	101
2.1.2.3. El tratamiento de la confidencialidad en el financiamiento por terceros ..	107

2.1.2.4.	El deber de revelación de la existencia del financista .....	117
2.1.2.5.	El deber de revelación del acuerdo o contrato de inversión.....	124
2.1.2.6.	Sobre el Security for Costs.....	128
2.1.2.7.	Reconocimiento de los gastos del financista en el Laudo Arbitral .....	132
2.1.2.8.	La extensión del convenio arbitral al financista.....	136
2.1.2.9.	Conflictos de interés en el financiamiento de arbitrajes por terceros .....	139
III.	MÉTODO .....	142
3.1.	Tipo de Investigación .....	142
3.2.	Ámbito Temporal y Espacial.....	142
3.3.	Variables.....	142
3.3.1.	Variable Independiente .....	142
3.3.2.	Variabes Dependientes.....	142
3.4.	Población y Muestra.....	143
3.4.1.	Población.....	143
3.4.2.	Muestra.....	143
3.5.	Instrumentos .....	143
3.6.	Procedimientos .....	143
3.7.	Análisis de Datos.....	144
IV.	RESULTADOS .....	145
4.1.	Revelación de la existencia de financiamiento por terceros .....	145
4.2.	Revelación de la identidad del financista que provee de recursos al financiado.....	145
4.3.	Revelación de los términos económicos del contrato de financiación.....	145
4.4.	Sobre la participación del financista en calidad de parte en el arbitraje .....	146
4.5.	Sobre el reconocimiento de los gastos del financista en el laudo arbitral.....	146
V.	DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	147
5.1.	La transparencia del financiamiento por terceros en el arbitraje .....	147
5.2.	La no extensión del convenio arbitral al financista.....	148
5.3.	Reconocimiento de gastos del financista como costos arbitrales.....	149
5.4.	Conflictos de interés en arbitrajes financiados por un tercero .....	150
VI.	CONCLUSIONES.....	151
VII.	RECOMENDACIONES.....	154
VIII.	REFERENCIAS .....	156

## RESUMEN

La presente tesis busca estudiar los principales alcances del financiamiento por terceros en el arbitraje (específicamente, el arbitraje comercial) como alternativa para llevar adelante un caso, ello en orden de analizar las principales contingencias para los intervinientes de la operación de financiamiento (financista y parte financiada) y los actores propios del arbitraje financiado (abogados patrocinantes, árbitros, etc).

En consecuencia, la presente investigación estima que incidir en un mercado donde existe un sector de empresarios dispuestos a invertir sobre las posibilidades de éxito de cierta causa litigiosa en el sector corporativo, podría generar problemas que pudiesen tener algún grado de importancia en el curso del arbitraje *per se*, situación que conllevaría al análisis de (i) determinada problemática, (ii) la revisión de la práctica internacional al respecto y (iii) la propuesta de ciertos alcances vinculados a sentar un buen panorama de anticipo de dichas consecuencias.

Palabras claves. - arbitraje – financiamiento – confidencialidad – árbitros – contrato de financiación – laudo arbitral.

## ABSTRACT

The present thesis seeks to study the main scopes of third-party funding in arbitration (specifically, commercial arbitration) as an alternative to carry out an arbitration case, in the order to analyze the main contingencies for the participants of the financing operation (funder and funded party) and the main funded arbitration actors. (Lawyers, arbitrators, etc.)

As a consequence, the current investigation, it considers that influencing a market where there are a sector conformed by businessmen willing to invest in the possibilities of success of a certain litigious matter regard corporate sector, could generate problem with some significant level of importance in arbitration, that situation would generate a review of (i) such problematic matters, (ii) a review of international practice and (iii) a proposal of certain scopes regarding to establishing an optical scene to anticipate such consequences.

Key words. - Arbitration – financing – confidentiality – arbitrators – financing contract – arbitration award.

## I. INTRODUCCIÓN

*“Price is what you pay; value is what you get” (Precio es lo que pagas; valor es lo que obtienes)* es con esta conocida frase que Warren Buffet, el gurú de las inversiones, resume la verdadera forma de pensar de un empresario que está dispuesto a pagar muchísimo dinero por alguna compañía, luego de haber realizado una adecuada valorización que le permita maximizar su beneficio y multiplicar su inversión inicial.

Dentro del mundo de las finanzas (y más particularmente de las inversiones) podemos encontrar varios instrumentos de inversión, cada uno con distintos índices de comportamiento, así como diversos puntos de análisis; sin embargo, el ingrediente con mayor relevancia para un inversionista es la volatilidad del negocio con el que pretende viabilizar su inversión, de ello dependerán los márgenes de ganancia a percibir y el tiempo para verlo reflejado, principalmente.

Es entonces que, partiendo de dicha premisa, los inversionistas en un recorrido casi interminable han buscado nichos de negocio en donde depositar su dinero, motivados bajo una sola consigna: “a mayor riesgo, mayor ganancia”; es en esta búsqueda que un financiero se encontró con un abogado litigante y juntos crearon los fondos de inversión en asuntos litigiosos.

Es por ello que los inversionistas encontraron en los litigios y más específicamente en los litigios arbitrales, un lugar en donde podrían obtener cuantiosas ganancias previo análisis de las probabilidades de éxito en el caso a invertir.

El sistema funcionaría de una forma bastante sencilla, de un lado vemos a una empresa que requiere financiamiento para poder demandar a otra compañía (o Estado en materia de

inversión) y del otro lado vemos a un fondo de inversión o inversionistas independientes dispuestos a invertir su dinero en dicho caso, para lo cual, efectuarán previamente un análisis costo - beneficio sobre la materia en controversia, si luego de este análisis se obtiene una métrica positiva en cuanto al éxito de la controversia, el inversionista podrá invertir el dinero que haga falta para conseguir dicho resultado positivo en favor de su cliente.

En definitiva, como cualquier inversión, esta lleva por finalidad la maximización de la ganancia, por lo que el inversionista – dependiendo del contrato de inversión que mantenga con el financiado – podrá percibir una ganancia líquida del laudo arbitral que emita el Tribunal Arbitral o el Árbitro Único.

No obstante, la inyección de dinero que efectúa el inversionista se ve necesariamente ligada a la contratación previa de un increíble número de profesionales, tales como abogados, economistas, contadores, financieros y demás especialistas que mediante un análisis pormenorizado podrán reducir al mínimo el nivel de riesgo de la inversión, esto es la obtención certera de suficientes datos que le permitan anticipar el resultado del arbitraje a iniciarse, así como la rentabilidad económica de la inversión; el objetivo es considerar la gran mayoría de escenarios posibles en los que podría terminar el arbitraje, con lo que la decisión de inversión estará supeditada al informe que emitan los especialistas antes mencionados.

En la práctica el principal objetivo (target) de los fondos de inversión son los arbitrajes comerciales internacionales y los arbitrajes de inversión debido a las astronómicas cifras de dinero en disputa por las partes.

Sin embargo, como podremos ver más adelante, será justo este nuevo fenómeno el que traiga consigo una serie de problemas legales en su implementación, los mismos que harían peligrar la percepción de la ganancia final.

Situaciones como la relación que mantienen los titulares del fondo de inversión con el árbitro o árbitros que deciden el sino de la controversia; quizá saber que previo al inicio del arbitraje los inversionistas han tenido acceso a información privilegiada perteneciente a la parte que no auspician y que debido a la naturaleza del negocio está protegida por confidencialidad.

Por otro lado, veremos qué efecto genera o debería generar el vínculo del fondo de inversión con el resultado de la controversia y hasta qué punto ello provoca un elevado interés en que el cliente financiado gane el caso.

Además de evaluar con pinzas, que la notoria predisposición del tercero financista en percibir el beneficio económico esperado con la controversia sea razón suficiente para hacerlo partícipe del arbitraje en curso, por lo que de ser así debería de definirse hasta qué punto podría vincularse con el conflicto y definir las cargas que esto pueda traer consigo.

Otro tema peculiar es delimitar cual debería ser el verdadero rol del abogado patrocinante cuando es el propio inversionista quien paga sus honorarios profesionales o quien desde un inicio lo contrató para la elaboración del estudio de factibilidad que llevó al fondo de inversión tomar la decisión de llevar el caso adelante y por lo tanto efectuar la inversión.

Bajo que óptica deberíamos interpretar que el abogado patrocinante deba de informar tanto al inversionista como a la parte en conflicto acerca del estado del litigio, siendo que a fin de cuentas quien asume los costos arbitrales es el inversionista y no la parte en conflicto.

Que debería esperarse de uno o más árbitros quienes de cierta manera tienen algún vínculo personal o económico con los inversionistas y que dada la naturaleza confidencial de un contrato de inversión de este tipo, dicha situación no debería ser motivo de declaración por parte del árbitro designado al no estar obligado a revelar información que no lo vincula a las partes, encontrándose con un choque de intereses, por un lado su manifiesto deber de revelación versus el deber de confidencialidad con respecto al contrato de inversión suscrito.

Es así, que la presente tesis aborda inicialmente la pauta metodológica seguida para efectos de la investigación, tales como la descripción y formulación del problema, antecedentes, la delimitación de objetivos a investigar y la justificación.

De otro lado, también se aborda el Marco Teórico de la presente tesis, pudiéndose ubicar en los puntos 2.1.1, 2.1.2 y 2.1.3.

El punto 2.1.1. busca otorgar ciertas pinceladas con respecto a las generalidades del tema de fondo, es decir del arbitraje como institución, analizando sus componentes, las teorías que buscan explicar su naturaleza jurídica, los principios que rigen la actividad arbitral y los agentes intervinientes en el arbitraje.

El punto 2.1.2. aborda el análisis del arbitraje como un instrumento de inversión, analizándose la figura del derecho litigioso, así como la controversia económicamente relevante

y su relevancia como herramienta para viabilizar una inversión, se revisará la relevancia de los fondos de inversión, así como las maneras de financiamiento de los mismos con respecto a las partes que buscan obtener financiamiento para sus litigios.

El punto 2.1.3. desarrolla el tema principal de la presente tesis, esto es el fenómeno del financiamiento de terceros en el arbitraje y las principales contingencias de cara a la implementación del propio proceso arbitral; temas como la confidencialidad en este tipo de operaciones, el alcance del deber de revelación de cara a su ejecución, la revelación de los términos del contrato de financiamiento suscrito entre el financista y la parte financiada o la revelación de la mera existencia del financista, el reconocimiento de los gastos del financista en el laudo arbitral a expedirse.

Por último, se desarrollan las conclusiones de la investigación efectuada, las mismas que van encaminadas a promover en la práctica arbitral que siempre se prefiera la revelación de toda circunstancia que pueda afectar al arbitraje, que se dé a conocer sin problema alguno la identidad del financista, que con el ánimo de plantear el recupero de las ganancias esperadas con la inversión del financista se libere la información contenida en el acuerdo de financiación y que no es posible atraer al financista al arbitraje principal que financia.

## **1.1. Descripción y Formulación del Problema**

### **1.1.1. Descripción del problema**

Para un inversionista, la maximización del beneficio es un valor intrínseco a la naturaleza de su giro de negocio, es por ello que la diversificación se convierte en la forma más eficiente monetizar, esto significa que inclusive los litigios corporativos son una clara oportunidad para que estos inversionistas rentabilicen sus ganancias con una dosis – a momentos – mucho más controlada de riesgo o volatilidad.

No obstante, convertir este escenario legal en el nuevo mercado de capitales de los inversionistas trae riesgos intrínsecos que no necesariamente se vinculan al sector de las finanzas, esto impacta directamente en la práctica regular de los litigantes quienes son los verdaderos llamados a rediseñar las reglas de juego de la mano de un arduo análisis costo – beneficio.

Es por ello que, nuestra intención con el presente trabajo es abordar las principales contingencias legales en el desarrollo de la financiación por terceros en el arbitraje, puntualmente desarrollaremos la siguiente temática de análisis: (i) la relación del inversionista y los árbitros, (ii) la incidencia de la confidencialidad en el financiamiento de terceros, (iii) el retorno de la inversión a través de la condena de costos y costas en el Laudo Arbitral, (iv) la posibilidad de extender el convenio arbitral al financista y (v) la incidencia del deber de revelación en casos donde se emplea financiamiento de terceros en el arbitraje.

Como podrá verse, estas situaciones problemáticas desprenden varios efectos que a su vez generan notables contingencias al interior del arbitraje, la financiación externa y su incidencia a cada uno de los elementos del arbitraje.

Uno de esos elementos es el deber de revelación que obliga a los árbitros a mantener elevados estándares de imparcialidad e independencia quedando obligados a revelar toda

aquella circunstancia que pueda generar duda o cuestionamientos en el desarrollo de sus funciones arbitrales; esta revelación puede alcanzar a las partes, los abogados o cualquier agente vinculado al arbitraje.

Veremos como el inversionista que financia un arbitraje determinado puede ser considerado como un elemento de revelación a cargo de los árbitros, viendo hasta qué punto este inversionista deberá mantenerse al margen del proceso arbitral o por el contrario cual sería el mejor momento para que revele su identidad, así como la incidencia que pudiese generar dentro del curso del arbitraje.

Problemática más profunda – y presentada en la práctica internacional – como la relevancia de la revelación de los términos del acuerdo de financiación a los árbitros, teniendo en cuenta que dicho acuerdo dispone, por regla general, de una cláusula de confidencialidad; debiéndose elegir su prevalencia o (para determinados casos) su levantamiento, en orden de una solicitud de costos y costas que reconozca los gastos incurridos en el financiamiento del arbitraje.

Finalmente, si bien estos tópicos resultan interesantes y abren el debate a los practicantes del sector, es imprescindible aterrizar dichos fenómenos a través de puntos específicos en donde podamos concluir que es lo más beneficioso para el arbitraje en su conjunto y no para agentes específicos o aislados.

## **1.1.2. Formulación del Problema**

### **1.1.2.1. Problema general:**

- (i) ¿Cuáles son las principales implicancias del financiamiento de terceros en el arbitraje?

### **1.1.2.2. Problemas específicos:**

- (i) ¿Debe un árbitro revelar su relación con el fondo de inversión que financia el arbitraje que el mismo resolverá?
- (ii) ¿Debe la parte financiada revelar que recibe financiamiento de determinado inversionista para efectos de llevar adelante el arbitraje?
- (iii) ¿Debe la parte financiada revelar los términos del acuerdo de financiamiento en el núcleo del arbitraje en curso?
- (iv) ¿Cuál es el alcance de la confidencialidad en el financiamiento por terceros en el arbitraje?
- (v) ¿Deben los árbitros ordenar el pago de costas y costos en favor del financiador y/o incluirlo en el laudo arbitral a dictarse?

## **1.2. Antecedentes**

Se procedió a una revisión del bagaje documentario, así como de las tesis desarrolladas y debidamente sustentadas en el Universidad Nacional Federico Villarreal y en otras universidades de la región, no se ha ubicado algún trabajo de investigación a manera de antecedente en el que se trate con profundidad la problemática que origina el financiamiento por terceros en el arbitraje y sus potenciales implicancias en su aplicación en el territorio peruano.

El origen del financiamiento de litigios por terceros, es una problemática que no encuentra sus antecedentes en territorio peruano, sin embargo, la doctrina ubica un aproximamiento de este mecanismo de financiación en Australia, justo a finales del siglo XX.

Este vestigio se vinculaba al hecho que determinadas empresas comenzaron a brindar este servicio, mediante el cual se financiaba (brindar recursos económicos) litigios judiciales a la

parte que consideraba tenía un derecho considerablemente reclamable (que justifique la inyección de dinero) pero que no disponía de los recursos para llevar adelante un litigio judicial, la práctica misma hizo integrar a los productos de financiamiento de arbitrajes comerciales (Lysaught & Hazelgrove, 2012).

Adicionalmente, es posible considerar aquellas formas tradicionales para obtener un financiamiento o liquidez que permita afrontar el gasto de un juicio, estos son: el préstamo directo de parientes o amigos, así como los pactos de *cuota litis* o los relacionados al honorario del abogado que afrontarían el caso a contra de un resultado, obteniendo una parte de lo que se llegue a recuperar con la sentencia.

En esa misma línea, se encuentran las formas de endeudamiento clásicas que dispone el mercado, como el crédito bancario o de entidades del sector financiero o alternativas de riesgo, traducidas a pólizas de seguir en donde el interesado cede parte o todo el riesgo del caso a la empresa aseguradora (Fernández Masiá, 2016).

Hace algún tiempo, los fondos de inversión en asuntos litigiosos han segmentado su giro de negocio exclusivamente a los litigios de índole arbitral, ya que es en este tipo de disputas en donde su inversión puede percibir realmente una garantía considerable, con determinada certeza o seguridad jurídica (sin doble instancia, a diferencia del Poder Judicial) y sin tantos tiempos muertos, como ocurre en casos ventilados ante la justicia ordinaria.

En ese sentido, a nivel nacional el tema no ha sido desarrollado con algún nivel de profundidad y tampoco sus principales contingencias, razón por la cual estimamos conveniente abordar los principales efectos de esta problemática, a través de la presente investigación.

### **1.3.Objetivos**

- **Objetivo general:**

- (i.) Establecer y delimitar los alcances legales del financiamiento de terceros en el arbitraje, sugiriendo alternativas para mejorar la práctica al respecto.

- **Objetivos Específicos:**

- (i.) Analizar el impacto de la participación del financista en el seno del arbitraje.
- (ii.) Demostrar que la revelación del financista en el arbitraje es beneficiosa para el curso del caso.
- (iii.) Delimitar cual es el alcance del deber de revelación de los árbitros ante el financiamiento por terceros.
- (iv.) Determinar si es posible que el árbitro ordene en el laudo arbitral la condena de costas y costos en favor del financista.

### **1.4. Justificación**

La presente investigación se justifica en la necesidad de precisar cuál es el impacto de las principales contingencias de la aplicación del financiamiento de terceros en el arbitraje, avizorando su potencial llegada a la práctica arbitral, para ello se procurará un repaso de como se ha comportado la práctica internacional al respecto.

Es más común que, las personas jurídicas (y en algunos casos las naturales relacionadas al comercio) prefieran mecanismos alternativos de financiación para asumir una controversia arbitral que significará un duro golpe a su situación financiera, esto se ve reforzado con el hecho de la presencia de los primeros casos a nivel internacional, dejando notar problemática (abordada en el presente trabajo) de difícil solución para los árbitros.

Con la presente investigación se pretende otorgar algunas herramientas para que los abogados practicantes en el rubro arbitral sepan cómo afrontar situaciones controvertidas de la mano de conocimientos ya aplicados en otras jurisdicciones logrando que por medio de su revisión se pueda seleccionar la visión más adecuada de resolver estas situaciones controvertidas.

## **1.5. Hipótesis**

### **1.5.1. Hipótesis general**

- (i.) Las implicancias del financiamiento por terceros en el arbitraje deben otorgar determinados lineamientos que logren uniformizar la práctica en arbitrajes financiados por un financista especializado.

### **1.5.2. Hipótesis específica**

- (i.) El árbitro o los árbitros intervinientes en el arbitraje en curso, deben de preferir siempre la revelación de cualquier circunstancia que pudiera generar alguna suspicacia razonable en la parte que no lo designó.
- (ii.) Debe incluirse en el *iter arbitral* un espacio en el cual las partes tengan la posibilidad de informar al árbitro o árbitros si están siendo financiados por algún tercero.
- (iii.) La parte que es financiada por un tercero debe de informar dicha situación al árbitro o árbitros en beneficio del propio arbitraje.
- (iv.) Si la parte que es financiada por un tercero pretende recobrar el gasto que ha efectuado contratando a un tercero financiador, debe de informar los términos del contrato de financiamiento en el arbitraje para que el mismo sea meritado oportunamente por el árbitro o los árbitros.

(v.) La confidencialidad no es absoluta, siendo que, si la misma colisiona directamente con la continuidad del arbitraje, debe de preferirse siempre al segundo. Esta situación es aplicable tanto para las partes, los árbitros y los abogados patrocinantes.

## **II. MARCO TEÓRICO**

### **2.1. BASES TEÓRICAS SOBRE EL TEMA DE INVESTIGACIÓN**

#### **2.1.1 FUNCIONAMIENTO DEL ARBITRAJE: ASPECTOS GENERALES Y SU REGULACIÓN EN PERÚ**

##### **2.1.1.1. El Arbitraje y su discusión en Perú**

El ser humano es por su propia naturaleza conflictivo, desde luego el conflicto es un fenómeno natural en toda sociedad, es decir, se trata de un hecho social consustancial a la vida en sociedad. Asimismo, las disputas son una constante histórica, puesto que han comparecido en todas las épocas y sociedades a lo largo de los tiempos (Silva García, 2008).

Por lo que, el conflicto está comprometido en los diferentes ámbitos del desarrollo humano, ello incluye a las relaciones comerciales y es que el ser humano como participante activo de las transacciones comerciales de bienes y servicios, encuentra que dichas relaciones son en potencia imperfectas y sujetas al escrutinio, situación que necesariamente genera fricciones entre sus principales agentes, convirtiéndose en el caldo de cultivo perfecto para el surgimiento del conflicto.

Ante este escenario y frente a la imposibilidad de los comerciantes de hacerse cargo de sus propios conflictos de forma directa, surge la necesidad de recurrir a un tercero que no solo tenga la buena intención de resolver el conflicto suscitado, sino que por el contrario forme parte de su mismo círculo mercantil, que conozca cómo funciona los productos o servicios en discusión y que tenga una comprobada experiencia en el sector materia de controversia.

Este tercero con manejo de la materia discutida y con amplia aceptación en el gremio de comerciantes se encargaba de la administración privada de la controversia, marcando una pauta inicial a efectos de dotar de fuerza su decisión final, es decir instruía a las partes en controversia sobre las reglas que guiarán el procedimiento de solución de disputas comerciales.

No obstante, ello, para brindar legitimidad a este tercero las partes involucradas en la controversia estaban de acuerdo en recurrir a esta forma de solución de disputas con la finalidad de dar por zanjada toda problemática con su par, ya que, al margen de su situación litigiosa, probablemente ambos tengan que vincularse comercialmente en el corto plazo, por lo que no se podían permitir una disputa eterna que obstaculice sus respectivos negocios.

Como puede verse, este indicio primario de solución de disputas comerciales no llevó consigo la participación del Estado como principal proveedor de un soporte estructural y de poder para administrar los conflictos comerciales, siendo por el contrario los propios agentes participantes del mercado (comerciantes) los que, dotados de su propia práctica y producto de la convivencia diaria en sus giros de negocio, estructuraron la forma especial y más eficiente de resolver sus desavenencias.

Este era el primer vestigio de lo que actualmente conocemos como arbitraje y es que muy por el contrario a lo que consideran abogados y los principales practicantes actuales, el arbitraje no nació como una institución jurídica, sino que inicialmente se desempeñó como una institución pragmática, propia de los comercios.

Entonces, es producto de esta evolución del conflicto que se empieza a renunciar al derecho de decidir disputas a mano armada y se las somete, para su fallo, a terceros elegidos entre las personas más importantes de la comunidad. Ofendido y ofensor recurren ante el individuo designado de común acuerdo para que se regule la composición de la controversia; o en otros casos, ese tercero ofrece a los litigantes su mediación y los exhorta a someterse al arreglo pacífico. Este tercero componedor, aunque sea el propio rey o jefe de grupo, no tiene ninguna jurisdicción obligatoria, solo interviene en los asuntos a los que las partes se someten voluntariamente y no puede imponer coercitivamente sus decisiones, cuya única fuerza radica en el compromiso contraído por los contendores de acatarlos (Monroy Cabra, 1998).

Como mencionáramos, primigeniamente los comerciantes iban a las Cámaras o a los gremios a pedir que les resolvieran un conflicto; y, quien resolvía era otro comerciante (no un abogado), analizando los hechos antes que las leyes, y lo hacía en base a prácticas comerciales y en base a principios que rigen el comercio. Esto dio origen a una rama conocida por todos como el derecho mercantil (*lex mercatoria*), que no fue creado por abogados, sino básicamente por los árbitros comerciales que no eran abogados (Bullard Gonzalez, 2008).

La decisión que emitía este comerciante que fungía de árbitro entre las partes, no era respaldada por el Estado (tal y como la conocemos actualmente, ni tampoco en sus vestigios) sino que era aceptado por las partes que habían convenido someterse inicialmente a este procedimiento, no obstante si la parte perdedora prefería el camino del incumplimiento, los miembros del gremio le infringían la sanción, la misma que era el ostracismo, esto quiere decir que si alguien no cumplía con la decisión adoptada por el árbitro era expulsado del gremio comercial al que pertenecía y nadie comercializaba con él. Simplemente quedaba fuera del círculo en el que se hacían negocios y nadie comerciaba con él (Bullard Gonzalez, 2008).

Esta disposición no regulada pero sí consensuada al interior del gremio de comerciantes resultaba más eficiente que la violencia física, representaba un golpe al prestigio y a la fiabilidad de la parte incumplidora frente a un desarrollo de buenos negocios entre los partícipes del gremio, en consecuencia, las partes no tenían mayor remedio que acatar y ejecutar la decisión emitida por el árbitro.

Por lo tanto, es claro que la institución del arbitraje surge como consecuencia de la necesidad de solucionar conflictos que se suscitaban entre particulares en épocas en las que aún no hacía su aparición el proceso judicial oficial. El arbitraje en estas circunstancias, se resumía como la situación en la que los particulares en conflicto solo estaban de acuerdo en elegir a un

tercero imparcial investido de autoridad, con la finalidad de que solucione la controversia, por lo que la decisión de este tercero debía ser obedecida por los litigantes (Castillo Freyre, 2007).

Como puede verse, el elemento esencial que rige al arbitraje es la voluntad de las partes, ya que sin esta no sería posible viabilizar soluciones tangibles y eficientes a las controversias puestas a su conocimiento.

Posteriormente, con el surgimiento formal de la justicia ordinaria (entendida como aquella que es administrada por un juez que reposa su investidura en el *ius imperium* del Estado y de sus instituciones) se le atribuyó mayores prerrogativas a los jueces para la administración de todo tipo de controversias surgidas en un entorno de sociedad, incluyendo las disputas de tipo comercial y mercantil.

Por lo tanto, se produjo una migración de la administración privada de justicia a la administración pública de las controversias, aquella en donde el Estado respaldaba a sus funcionarios (jueces) para la gestión de toda la pauta litigiosa de la sociedad, es decir se produjo una suerte de monopolio de la justicia en favor del Estado, en donde con la única finalidad de mantener el *statu quo* de la sociedad, la institución jurisdiccional estatal podía compeler o forzar al cumplimiento de las obligaciones que eran reconocidas por los jueces mediante sus sentencias.

Ocurrido esto, la jurisdicción estatal de administración de justicia se convirtió en ordinaria, en la regla, generando que el régimen de administración de controversias por defecto sea el judicial, logrando centralizar todo tipo de disputas en la resolución y buen juicio de los jueces.

Este fue el principal efecto de la migración de la justicia privada a la pública, no obstante a la falta de especialidad en los asuntos puestos a conocimiento de los jueces, se fueron sumando problemas como la excesiva carga de casos por ajusticiar, la constante extensión de los plazos

para la resolución de los conflictos, la falta de experiencia en las materias litigiosas, entre diversa problemática que iba en preocupante incremento.

Ante ello, se produjo una nueva distribución de las materias discutidas, dotando de prerrogativas por especialidad a los jueces, distribuyéndolos en base a su conocimiento, su experiencia y el lugar en donde ejercían función jurisdiccional, es decir en base a sus competencias. Sin embargo, esto no era suficiente, el error judicial en la resolución de conflictos era algo que poco a poco se volvía un problema y generaba insatisfacción social en los justiciables.

Surgió el recurso de apelación de las sentencias (cuyo análisis no es materia del presente trabajo), que no era más que una manera adicional de que un juez con mayor conocimiento y experiencia (en razón de su grado) pueda reevaluar lo que el juez inferior (en grado) había sentenciado y que no era satisfactorio para la parte perdedora, la misma que consideraba no se habían tomado en cuenta puntos importantes en el caso que hubiesen generado un fallo en diferente sentido que el expedido por el juez inferior, entre otras situaciones que hacían mucho más complicada y engorrosa la administración pública de justicia.

Esta situación fue evolucionando (¿o involucionando?) con el pasar del tiempo, estructurándose un robusto cuerpo normativo y un sistema jurídico aparentemente sólido de justicia estatal (ello en atención al altísimo grado de externalidades negativas de tipo procesal<sup>1</sup>) que debiera aliviar los procesos judiciales promovidos por las personas, pero que generaba el

---

<sup>1</sup> Entiéndase externalidad negativa de tipo procesal, a aquel conjunto de acciones y situaciones ajenas al proceso regular que generan una afectación directa o indirecta en el proceso, tales como la incidencia del error procesal; imaginemos a un juez que toma la decisión de no motivar adecuadamente su sentencia (quizá por la excesiva carga procesal que deba afrontar) esto generará que el justiciable afectado promueva algún recurso de apelación destinado a la revocación de dicha sentencia, situación que se verá reflejada en costos, esfuerzo y tiempo muerto en perjuicio de la parte interesada. Otro ejemplo, son las prácticas procesales destinadas a aletargar o prolongar sin razón o justificación aparente un proceso en curso, logrando que la sentencia judicial no sea expedida dentro de un plazo razonable, tales como promover recusaciones manifiestamente infundadas en contra de los jueces, promover apelaciones sin bases o todo aquel recurso destinado a los mismos fines, situación que impacta directamente y de forma negativa en el curso normal del proceso judicial.

efecto contrario, un elevado índice de litigiosidad, carga procesal, afectación en la celeridad, incidencia de estrés laboral en los jueces, entre otros; ello sin considerar las malas prácticas de los litigantes en un proceso, que contaminaban el normal desarrollo del mismo.

Este cúmulo de circunstancias motivó que el aparato estatal le otorgue reconocimiento legal al arbitraje, como mecanismo alternativo de resolución de disputas encaminado al descongestionamiento de la justicia estatal y a la reducción de las externalidades negativas de tipo procesal.

No obstante, esta iniciativa legislativa, carecería de todo sentido si es que las propias partes no hubiesen consensuado a través de la práctica su utilización, dadas sus comprobadas ventajas frente al sistema de justicia estatal.

Y es que como señala CAIVANO:

El arbitraje es en esencia, producto del consentimiento de las partes que deciden desplazar la jurisdicción natural de los jueces ordinarios hacia los árbitros. Dentro de su esfera de libertad, las partes también pueden pactar las normas por las que tramitará el proceso, sea en forma directa mediante el dictado de las reglas a las que deberán ceñirse los árbitros o en forma indirecta, mediante la remisión a reglas de procedimiento dictadas por la institución arbitral a la que las partes se someten. También pueden las partes encomendar a los propios árbitros la confección de las reglas de procedimiento (Caivano, 1998, pág. 259).

Cabe precisar, que este desprendimiento del monopolio natural de la justicia del Estado no puede ser absoluto, debido a que existen materias cuya competencia no puede ser delegada a individuos privados o distintos al propio Estado, reduciendo esta delegación de competencia a los de libre disposición.

En ese sentido, debe excluirse la posibilidad de arbitraje sobre todas aquellas cuestiones respecto de las cuales carecen las partes de facultades dispositivas por afectar a su estatuto personal, esto es, al marco normativo unilateralmente impuesto por el Estado al objeto de prefigurar la situación jurídica de los individuos habilitados para actuar en el ámbito del ordenamiento (Requejo Pages, 1998).

En palabras de CANTUARIAS:

En ciertas controversias, como son las patrimoniales de libre disposición, no tiene por qué existir un interés del Estado de resolverlas directamente. Este interés debe concentrarse en cambio, en velar que existan vías eficientes (como el arbitraje) que solucionen de manera definitiva los conflictos (Cantuarias Salaverri, 2007, pág. 9).

Y es que, el arbitraje entendido como el mecanismo de solución de controversias eminentemente privado, encuentra su origen y razón de ser en la voluntad de las partes, las que indefectiblemente, renuncian al mecanismo natural de solución de conflictos que provee el Estado y le confieren autoridad al árbitro designado para que sea este último quien resuelva el desacuerdo o conflicto. (Amprimo Pla, 2008)

Si bien es cierto, el arbitraje parte de una premisa, mediante la cual es el Estado el que le reconoce prerrogativas jurisdiccionales para su ejecución al interior del sistema jurídico, es también cierto que la regulación sería de tipo superficial si es que las partes no ejecutan sus negocios conviniendo la resolución de sus disputas vía arbitraje, es allí donde se concibe la real importancia de la voluntad en el arbitraje.

Por lo tanto, el arbitraje no solo es la manifestación primaria de la solución de disputas de todos los tiempos, sino que reúne la legitimidad que le otorgan las propias partes y la autoridad que le brinda el Estado.

Siendo que, se origina mediante un contrato privado por el que dos o más sujetos de derecho deciden someter un conflicto con relevancia jurídica a la decisión resolutoria, definitiva y exclusiva de uno o más terceros denominados árbitros, que son designados por las partes o a través de algún mecanismo establecido por ellas o por la ley. De esta manera, la decisión de los árbitros (consignada en una sentencia denominada laudo arbitral) será de cumplimiento obligatorio para las partes, en virtud del acuerdo que ellas mismas han suscrito y que gracias al ordenamiento jurídico adopta la categoría de ley para ellas (debemos manifestar que la ejecución de la decisión arbitral, en caso ésta sea necesaria, quedará en un escenario normal en manos del Estado, quien, haciendo uso de su *ius imperium*, ordenará y hará cumplir lo resuelto en el laudo) (Feldstein de Cárdenas, Sara; Leonardi de Herbón, Hebe, 1998).

En nuestro país, esta regulación o reconocimiento estatal del arbitraje se encuentra en nuestra Constitución Política de 1993, la misma que dispone en su artículo 139 (2)<sup>2</sup> que no puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

Asimismo, la regulación normativa se viabilizó a través del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje Peruana que data del 28 de junio de 2008 y que centraliza los lineamientos para la aplicación del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de disputas, así como de sus principales elementos.

Esta suerte de “mutación” experimentada por el arbitraje como institución, ha llevado consigo que la doctrina practicante se pregunte si en verdad el arbitraje tiene un origen

---

<sup>2</sup> Principios de la Administración de Justicia

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.
2. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

contractual vinculado necesariamente a la voluntad de las partes o por el contrario este surge a causa del estándar de jurisdicción que le es conferido por el propio Estado.

Aparentemente, podría dar la impresión que abordar el estudio de la naturaleza jurídica del arbitraje sea una práctica casi superada en la doctrina y que únicamente encuentre su utilidad bajo los parámetros de una discusión bizantina, no obstante entender la concepción del practicante en la materia es importante, ya que será eso lo que determine su interpretación o entendimiento respecto a las instituciones que dirigen el arbitraje.

En palabras de GAILLARD:

A menudo los debates técnicos se manejan como disociados de los presupuestos o sustratos ideológicos que sustentan las diversas concepciones del arbitraje, ignorando que las respuestas a los mismos en realidad dependen precisamente de la concepción del arbitraje que se tenga. Es en este punto que la manera como se aprehende el fenómeno del arbitraje internacional tiene particular relevancia. (Gaillard, 2013, pág. 12)

Esto adquiere especial relevancia si se considera que las discusiones en materia arbitral pueden complicarse cuando practicantes no adaptados al funcionamiento del arbitraje como institución (o inclusive los propios), efectúan interpretaciones erróneas de la diversa problemática discutida en materia arbitral, situación que induce a la comunidad jurídica a una visión incorrecta de la institución.

En ese orden de ideas, consideramos esencial comprender los principales argumentos para sustentar cada teoría que pretenda explicar la naturaleza jurídica del arbitraje.

#### **2.1.1.1.1. Teoría Contractualista**

Esta teoría propugna que la manifestación de voluntad de las partes es el componente principal del arbitraje, es decir son las partes las que convienen voluntariamente en recurrir a

este mecanismo de solución de controversias, siendo que la misma se materializa a través del contrato en sí mismo.

En palabras de BORN:

“The “contractual” school of thought regarded arbitration as a form of contractual relations. (...) The contractualist school emphasized that arbitrators were not judges (since they performed no “public” function and exercised no powers on behalf of the state). In general terms, the contractualist school placed primary emphasis on the role of party autonomy in the arbitral process” [La escuela de pensamiento “contractual” estima al arbitraje como una forma de las relaciones contractuales. (...) La escuela contractualista enfatizó que los árbitros no eran jueces (ya que los mismos no desempeñan “función” pública y no ejercían poderes en nombre del Estado). En términos generales, la escuela contractualista puso principal énfasis en el rol de la autonomía de las partes en el proceso arbitral] (Born, 2009, pág. 185).

Esto quiere decir que, el alcance de esta teoría aborda principalmente dos puntos de análisis en orden de entender la naturaleza jurídica del arbitraje: (i) el real alcance de la manifestación de voluntad de las partes y (ii) la participación del árbitro de cara a la administración de la controversia por encargo de las partes.

Sobre el primer punto, consideramos que no existe manera –en materia comercial<sup>3</sup>– que se produzca la derivación del conflicto al arbitraje si es que las partes no han convenido hacerlo,

---

<sup>3</sup> Si bien es cierto no es materia de investigación en el presente trabajo, es necesario precisar que existe una discusión (bastante superada, pero que aún mantiene vestigios de sus alcances primigenios) que refiere la existencia de supuestos en los cuales el arbitraje no sería “voluntario”, ello a razón de que es el Estado quien impondría el régimen para la solución de controversias a las mismas partes, casos como el arbitraje en materia de contratación pública. En opinión del autor del presente trabajo, el arbitraje, inclusive en el supuesto antes mencionado, depende de la voluntad de las partes, ello a razón de que en primer término es el Estado quien decide renunciar a su *ius imperium* y someterse a las reglas que pacte con el privado en el convenio arbitral y en segundo término, el particular entiende y acepta que para poder contratar con el Estado deberá recurrir al arbitraje como solución de controversias, pudiendo adoptar la decisión de no contratar con el Estado al no estar de acuerdo con el mecanismo de solución de disputas o por el contrario manifestar su voluntad afirmativamente. Para cualquier supuesto, el caso

además es la propia autonomía privada de los partícipes la que establece los lineamientos de lo que será el procedimiento arbitral, tales como sede del arbitraje, tipo de arbitraje, forma de administración del arbitraje, árbitros, entre otras características cuya vigencia depende exclusivamente de las partes y que solo serían entendidas desde una óptica contractual, es decir de entender al arbitraje como un contrato de arbitraje, propiamente dicho.

Esto quiere decir que, el arbitraje no es más que el desarrollo de un contrato de tracto sucesivo y en el que es decisiva la intervención de un tercero. Por lo que, es indudable la notoria influencia de un carácter privado, y por ello su regulación no puede estar más que entrelazada en el seno del derecho privado de la contratación (Molina Caballero, 2002).

Por lo tanto, “el corazón de la teoría contractual es que todo el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales. Tanto el acuerdo como el laudo arbitral reflejan el carácter contractual del arbitraje” (Gonzales de Cossio, 2004, pág. 14)

Sobre el segundo punto, manifestamos que el árbitro no adquiere competencia a raíz de la regulación estatal, todo lo contrario, son las propias partes las que le brindan la competencia suficiente para la administración de su controversia, encontrando los lineamientos de dicha prerrogativa en el contrato de arbitraje, no disponiendo el mismo de ningún alcance de tipo estatal, con lo que tampoco podría equipársele a un funcionario público.

Esto toma sentido, si tenemos en cuenta que los árbitros son terceros que han sido contratados por las partes y a quienes se les pagará un honorario por sus servicios, el mismo que será también asumido por las partes interesadas en la resolución del conflicto.

---

en materia de contrataciones estatales es de tipo *sui generis* debido a que no se trata solo de arbitraje sino de arbitraje administrativo, figura creada exclusivamente para atender temas prioritarios del propio Estado, ya que la ejecución de los contratos estatales es de suma importancia, al estar atados a pilares como la necesidad pública, el interés público y la gestión por resultados, no pudiéndose disponer- principalmente- de tiempos excesivamente largos para la solución de controversias, situación a la que se estaría expuesto en el caso de recurrir al poder judicial para atender las disputas en materia de contratación pública, en donde no solo se lidiaría con la carga procesal sino con la doble instancia, hecho que complicaría aún más la persecución de los pilares públicos anteriormente descritos.

Y es que los árbitros disponen de ciertas potestades como la “notio<sup>4</sup>, vocatio<sup>5</sup> y iudicium<sup>6</sup>, a diferencia de los jueces que, además de estas cuentan con facultades de executio y cohercio las cuales le permiten no solo ejecutar autónomamente sus decisiones sino también poder usar la fuerza pública para hacerlas efectivas” (Galluccio & Mori, 2012).

Por lo que, de acuerdo a GALLUCCIO & MORI:

El vínculo entre árbitros y privados es de tipo contractual. El árbitro aplica las disposiciones que las partes han señalado en el convenio arbitral (carácter contractual); no se puede aplicar algo que no ha sido pactado, ni emanado por la voluntad de las partes, esto no ocurre en la jurisdicción ordinaria (Galluccio & Mori, 2012, pág. 34).

Consideramos entonces que la autonomía privada y la voluntariedad de las partes es un elemento fundamental en el arbitraje, no solo a efectos de la formación del convenio arbitral, de los árbitros, de las reglas que regirán al arbitraje, no obstante, es evidente que esto solo es un punto de partida, es importante considerar también que el respaldo estatal a fin de la seguridad jurídica de los laudos expedidos es de vital importancia.

#### **2.1.1.1.2. Teoría Jurisdiccionalista**

A entender de esta teoría, el arbitraje responde a un parámetro de jurisdicción, es decir es el Estado quien le otorga reconocimiento *erga omnes*, “es decir, que la jurisdicción del juez natural del asunto en conflicto se desplaza a los particulares por autoridad de la ley” (Morales, 2005, pág. 697)

---

<sup>4</sup> Se refiere a la facultad que tienen los jueces – y los árbitros – de conocer los asuntos para los cuales se les convoca, de conocer la controversia, inmiscuirse e investigar la misma.

<sup>5</sup> Es la facultad de los jueces - y los árbitros- de llamar a las partes para que acudan al proceso a ejercer su defensa, realizando las notificaciones pertinentes para ello.

<sup>6</sup> Es el poder de los jueces – y los árbitros – de decidir, con fuera obligatoria e imperativa, la controversia.

Por lo que, en esa línea argumentativa:

El arbitraje es jurisdiccional debido a que su eficacia no depende de la voluntad de las partes de someter a la decisión de un tercero la resolución de la controversia surgida entre ellas; sin duda, dicha voluntad es necesaria para que el arbitraje surja, pero, una vez manifestado, los efectos de la decisión los establece la ley y son los mismos que los de una sentencia dictada por un tribunal ordinario. Dicho de otro modo, los árbitros ejercen su función porque las partes lo acuerdan, pero su función es jurisdiccional porque así lo dicta la ley (Ledesma Narváez, 2014, pág. 33)

La doctrina es pacífica en reconocer que, el primer paso para la formación del arbitraje es la voluntad de las partes, ya que sin esta manifestación no tendría asidero una regulación a nivel normativo, sin embargo, también es bastante vehemente es sostener que es el Estado el que brinda ese reconocimiento, sin el cual este no podría ejecutarse; además sentencian afirmando que el arbitraje puede desplegar todos sus efectos solo porque la carta magna y la ley le otorgan esas cualidades.

Por lo que, a nuestro criterio, quedan desechadas aquellas concepciones extremas y de tinte purista que sostenían la vigencia del arbitraje por la exclusiva voluntad del legislador, posiciones que, por el único hecho del reconocimiento normativo de la institución arbitral, hace concluir que su naturaleza jurídica es de tipo público, jurisdiccional.

Al respecto, LANDA manifiesta que:

Si bien la Constitución consagra los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, que evocan la existencia de un sistema jurisdiccional unitario, de ello no se desprende que el Poder Judicial sea el único encargado de ejercer dicha función, puesto que ello implicaría negar el carácter jurisdiccional del Tribunal Arbitral, del

Jurado Nacional de Elecciones, de la jurisdicción especializada del fuero militar y, por extensión, del arbitraje.

En este sentido y conforme se desprende del texto expreso del artículo 139 inciso 1 de la Constitución, el arbitraje constituye una de las excepciones a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, puesto que, en efecto: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar” (Landa Arroyo, 2007, pág. 32).

Adicionalmente, se plantean algunas vertientes de pensamiento que parten de la función que ejerce el árbitro, sosteniendo que al ser autorizado por el Estado para la impartición de justicia y su decisión se verá reflejada en un laudo arbitral, el mismo que adopta la calidad de cosa juzgada, por lo que la obligatoriedad de dicho mandato arbitral no obedece a una suerte de voluntad de las partes sino a la facultad conferida por la ley, es decir por el sistema jurídico.

Sin embargo, esto tampoco es del todo cierto ya que en primer lugar, el árbitro como regla general no dispone de *executio*, a fin de poder ejecutar el laudo que ha emitido, sin embargo esta prerrogativa se le puede reconocer por mandato de las propias partes, lo cual quiere decir que las partes seguirían manteniendo esa prerrogativa; situación que adquiere mucho más sentido si consideramos que esas mismas partes, convinieron en excluirse del Poder Judicial para la atención de sus controversias, razón por la cual el árbitro no estaría administrando justicia en nombre del Estado sino en nombre de las partes.

Esto se encuentra recogido incluso en el propio Decreto Legislativo N° 1071 que regula al arbitraje, el mismo que dispone en su artículo 67<sup>7</sup> la capacidad del árbitro de ejecutar sus

---

<sup>7</sup> Artículo 67.- Ejecución arbitral

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.

propias decisiones en sede arbitral, previa autorización de las partes, por lo que esta postura propugnada por la teoría jurisdiccionalista tampoco sería cierta.

Ahora bien, considerando que la ejecutoriedad judicial sea un elemento jurisdiccional que haga definir su naturaleza jurídica, tampoco nos encontraríamos ante una certeza, toda vez que un laudo arbitral no es obligatorio en virtud a la ley, sino que es obligatorio a la mera expedición del mismo.

En ese orden ideas, compartimos lo mencionado por GALLUCCIO & MORI quienes convienen en que:

Si no existieran las normas que le dan carácter jurisdiccional al arbitraje y solo existiera el contrato mediante el cual las partes someten la resolución de sus controversias a la sede arbitral – es decir el convenio arbitral -, el laudo que se dicte igualmente tendría eficacia entre las partes, y no porque una Ley o la Constitución lo dijeran – dado que en el caso imaginado en efecto no lo dicen – sino porque las partes libremente se sometieron al arbitraje y en autonomía de su voluntad decidieron que sea el laudo arbitral el que finalmente de la solución a sus disputas (Galluccio & Mori, 2012, pág. 37).

Finalmente, es importante mencionar que no está en discusión que el Estado contribuye en la regulación del arbitraje en su cuerpo normativo para dotarlo de mayor seguridad jurídica, sin embargo eso no significa que la naturaleza jurídica del arbitraje vea su alumbramiento en la jurisdicción estatal, siendo que su labor se ve realizado luego de ejecutado los efectos del

---

2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

arbitraje mismo, adoptando – el fuero ordinario- una labor de colaboración, subsidiaria en potencia y vinculada a supuestos específicos.

#### **2.1.1.1.3. Teoría Mixta o Ecléctica**

Tal y como sucede en la teoría del acto jurídico y en muchas otras ramas del derecho, la teoría neutral o sintética, tiene como principal objetivo reunir elementos de ambas teorías principales antes estudiadas y establecer un punto medio, a fin de conciliarlas y disponer de un solo punto de referencia doctrinario, unificando los criterios.

Se afirma que la fusión de ambos criterios (autonomía de la voluntad + jurisdicción) nos lleva a abordar el tema de jurisdicción privada o convencional, la misma que es entendida como aquella competencia que es otorgada por las partes interesadas en solucionar sus controversias vía arbitraje y que es reconocida por el Estado, el cual brinda todo un soporte normativo a efectos de ejercer su rol complementario de auxilio jurisdiccional o de control judicial, en los supuestos de anulación de laudo arbitral.

Así, compartimos lo señalado por FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN:

“The contractual relationship between the arbitrators and the parties cannot be reduced to a familiar category found in civil law systems. It shares the hybrid nature of arbitration itself: its source is contractual, but its object is judicial, and authors worldwide are now virtually unanimous on that point. Its judicial object must not be confused with the purely contractual consequences to which it gives rise” [La relación contractual entre los árbitros y las partes no pueden ser reducidas a una categoría familiar encontrada en los sistemas del derecho civil. Comparte una naturaleza híbrida del arbitraje en sí mismo: su origen es contractual, pero su objetivo es judicial, y los autores de todo el mundo actualmente han convenido unánimemente sobre este punto. Su objetivo judicial

no debe ser confundido con las consecuencias puramente contractuales que da lugar] (Fouchard Philippe, Gaillard, Emmanuel; Goldman, Berthold, 1999, pág. 606) .

#### **2.1.1.1.4. Teoría Autónoma**

Esta teoría defiende la libertad o puridad del arbitraje, desconociendo la toma de posición entre una teoría u otra, considerando que son imprecisas e incorrectas, por lo que el arbitraje sería una institución completamente autónoma, cuyo análisis debe partir desde la finalidad pragmática que persigue, poniendo bajo estudio las prácticas y el objeto que busca alcanzar.

Por lo que, de acuerdo a la doctrina, la discusión teórica “se enfoca en el medio legal y empresarial donde las partes acuerdan a participar en el procedimiento arbitral” (Gonzales de Cossio, 2004, pág. 17).

Si bien estamos de acuerdo parcialmente con lo propugnado por esta teoría, en el sentido de considerar que el arbitraje existe con independencia de la regulación jurídica (contractual) y la regulación normativa (jurisdiccional) ya que como hemos explicado su origen está vinculado a una práctica eminentemente comercial, no legal; es también cierto que no puede concebirse la aplicación del arbitraje sin la concreción de la voluntad de las partes, así como tampoco de la labor coadyuvante y de auxilio que únicamente pueden otorgar las Cortes Judiciales.

#### **2.1.1.2.Principales elementos del arbitraje**

Habiendo entendido algunas de las teorías que pretenden explicar la naturaleza del arbitraje, es imprescindible incorporar al estudio del presente trabajo de investigación aquellos elementos que componen al arbitraje y cuyo entendimiento permitirá una correcta ejecución de la institución arbitral.

### **2.1.1.2.1 El Convenio Arbitral**

El curso de un arbitraje no sería posible sin que medie la autorización de las partes de sustraerse de la justicia ordinaria y sujetarse a los lineamientos del arbitraje, esta situación debe materializarse a través de un convenio arbitral, es decir el contrato de arbitraje en su perfecta expresión, siendo que su regulación jugará un rol importante, no solo para la determinación del fuero para la solución de las controversias sino también para la determinación de los procedimientos específicos para la ejecución de las actuaciones al interior del arbitraje.

En palabras de GONZALES DE COSSIO:

El acuerdo arbitral es la piedra angular de todo arbitraje. Es la semilla de la que florecerá la planta del procedimiento arbitral y que eventualmente dará como fruto un laudo arbitral. De desearse que la planta crezca sin problemas, el fruto sea adecuado y no presente problema alguno, será necesario cerciorarse que la semilla que le da origen sea apropiadamente sembrada (González de Cossío, 2014, pág. 179).

Nuestra Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071) define al convenio arbitral en su artículo 13, como un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

Un convenio arbitral, no es otra cosa que el medio por el que se efectiviza un acuerdo de voluntades, pudiendo ser materializado a través de una cláusula arbitral incluida dentro de un contrato, que regula una relación sustancial de las partes o un acuerdo adicional al contrato principal, sin embargo al margen de la forma que adopte el convenio arbitral, en esencia, su finalidad es la de viabilizar la voluntad de las partes; dicho pacto genera un doble efecto, el primero de tipo negativo, encaminado a que las partes no recurran al Poder Judicial para la solución de sus disputas y uno de tipo positivo, dirigido a que las mismas partes se sometan a

la competencia de un árbitro o árbitros para dilucidar sus controversias. Por lo que, es indudable que el convenio arbitral está inspirado en una base de tipo contractual que regula por adelantado una relación futura de tipo litigiosa entre las partes.

La relevancia del convenio arbitral está vinculada tanto al normal desenvolvimiento de las actuaciones arbitrales, como a la prevención a que el laudo arbitral pueda ser plausible de un recurso de anulación.

Por lo tanto, es necesario abordar algunos temas interesantes, pero a la vez necesarios en nuestro estudio que nos permitan entender la principal problemática suscitada en torno al convenio arbitral, dichos temas serán abordados en el orden que sigue a continuación: (i) el consentimiento para arbitrar, (ii) la forma del convenio arbitral, (iii) la validez del convenio arbitral y (iv) cláusulas patológicas.

#### **(i) El Consentimiento para Arbitrar**

Un convenio arbitral no puede surtir efectos entre las partes si es que las mismas no han consentido de manera indubitable su voluntad para arbitrar sus desavenencias.

El consentimiento es la expresión en potencia de la autonomía de la voluntad, entendida como el “poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas entre sí” (De la Puente, 2001, pág. 199)

Dicha situación adquiere un rol protagónico si tomamos en cuenta que “por regla general el arbitraje es una criatura contractual y, como tal, tiene efectos únicamente entre quienes son parte de la relación jurídica convencional que lo funda” (Suárez Anzorena, 2005, pág. 57).

Y es que el consentimiento es el resultado de la efectiva manifestación de voluntad de las partes la misma que “es el conjunto de signos que hacen socialmente conocible la voluntad de celebrar el contrato” (Roppo, 2009, pág. 195).

Superado esto, podemos brindar mayor alcance acerca de la figura del consentimiento en el arbitraje, situación que nos conduce necesariamente al escenario de la incertidumbre primaria, es decir, a ese aspecto del hacer humano en el que en un primer alcance no es posible determinar de manera inequívoca la manifestación de voluntad de las partes y por consecuencia de su consentimiento, lo que motiva a recurrir a un análisis pormenorizado de aquellos elementos que bordean a la voluntad para así poder delimitar un alcance más certero que permita denotar la real intención de las partes.

En palabras de ROPPO:

A la manifestación de voluntad se vinculan una cantidad de problemas teóricos y prácticos, que han dado lugar a una imponente (y no unívoca) elaboración en los estudiosos, y a una casuística enorme. Muchos problemas del contrato son problemas referidos –directa o indirectamente- a la manifestación de voluntad contractual (Roppo, 2009, pág. 195)

Esta situación nos lleva obligatoriamente a mencionar los dos alcances más comentados sobre el consentimiento para arbitrar el mismo que tiene un desplazamiento dicotómico, (a) el consentimiento expreso para arbitrar y (b) el consentimiento tácito para arbitrar; aquellos que serán abordados de forma no exhaustiva en el presente trabajo.

a) **El consentimiento expreso para arbitrar**

El consentimiento para arbitrar no puede suponerse, debe ser claro, esto significa que no debe existir duda alguna que las partes han convenido acudir al arbitraje, “la ambigüedad es fatal. Lo anterior puesto que, dado que el consentimiento de someter al arbitraje trae aparejada una renuncia a acudir a un tribunal estatal, dicha renuncia debe ser clara y expresa” (González de Cossío, 2014, pág. 189).

En ese sentido, la doctrina brinda alcances más certeros acerca del consentimiento expreso, así ROPPO señala:

El lenguaje es el modo predominante con el cual los hombres hacen socialmente conocibles elementos de su fuero interno: se trata de cogniciones, de sensaciones o – por lo que mayormente interesa aquí – de voliciones. Por esto puede decirse que gran parte de las manifestaciones de voluntad contractual son manifestaciones expresas, por consiguiente son declaraciones; o, que las declaraciones contractuales son las manifestaciones de voluntad contractual por antonomasia: y, en efecto, cuando, en las páginas dedicadas a la celebración del contrato, se hablaba de los actos que, manifestando la voluntad de las partes, concurren a formar el acuerdo contractual – oferta y aceptación -, ha parecido natural definir las como “declaraciones” contractuales; y llamar “declarantes” a sus autores (Roppo, 2009, pág. 196).

Por lo tanto, de no constar expresamente el consentimiento para arbitrar no sería posible desplazar los efectos propios del arbitraje; ahora bien, de acuerdo al ordenamiento jurídico peruano, se exige que el convenio arbitral deba

constar por escrito<sup>8</sup>, es decir no debe existir dudas acerca de la voluntad de las partes con independencia del soporte físico o electrónico que incluya o reúna esta convergencia de voluntades.

El punto de gran importancia entonces está anclado a la comprobación fáctica de que efectivamente las partes eligieron arbitrar por encima de litigar sus disputas en el Poder Judicial, por consiguiente, el consentimiento expreso está vinculado a un elemento de probática, ligada al parámetro del “debe constar por escrito”.

Lo cierto es que, para efectos de un consentimiento expreso no se considera un parámetro interpretativo, lo cual implicaría aplicar herramientas propias de la hermenéutica jurídica para determinación de si en realidad existió un acuerdo entre las partes, caso contrario nos encontraríamos en el escenario del consentimiento presunto o tácito, que será abordado en las siguientes líneas.

#### b) **El consentimiento tácito para arbitrar**

El consentimiento tácito es –quizá- uno de los temas más problemáticos del sector, ya que si por regla general el arbitraje es voluntario aparentemente no cabría la posibilidad de considerar que mediante la apreciación de determinadas situaciones, actos o conductas que permitan desprender por un ejercicio de la razón que se consintió el arbitraje como fuero de excepción para la solución de controversias.

No obstante, ello y antes de efectuar un breve análisis del presente tema, resulta necesario dejar indicado que “la determinación de si existe consentimiento es una cuestión de fondo, mientras que la determinación de si el

---

<sup>8</sup> **Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral**

(...)

2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. (...)

consentimiento fue expresado de conformidad con los requisitos de validez es una cuestión de forma. La distinción, aunque sutil, es importante.” (González de Cossío, 2014, pág. 192)

Por lo que, este extremo del análisis solo abordará la determinación de la existencia o no del consentimiento, en consecuencia, está vinculado al fondo, la cuestión de forma será abordada en los acápites siguientes en donde se revisará la validez del convenio arbitral.

En ese orden de ideas, es claro que la normativa en materia arbitral no regula exclusivamente al consentimiento expreso, pudiendo interpretarse que, si logra comprobarse la existencia de ciertos actos o conductas que lleguen a determinar que existió consentimiento para arbitrar, podría perfectamente recurrirse a un arbitraje, siempre y cuando todos los instrumentos de prueba consten bajo algún soporte que sea equiparable a la constancia escrita.

Al respecto, desde una perspectiva de derecho privado se debe considerar que el consentimiento tácito “prescinde de signos lingüísticos; pero no obstante ello es idóneo para hacer socialmente comprensible la voluntad del sujeto, puede crear el acuerdo necesario para la celebración del contrato” (Roppo, 2009, pág. 201).

No obstante, lo anteriormente mencionado, se debe efectuar una diferencia sustancial, respecto a la manifestación tácita de la voluntad y el silencio, ya que se trata de elementos que pueden concurrir hasta cierto punto pero que son ciertamente distintos.

Por ende, es ampliamente aceptado que el silencio *per se* no implica manifestación de voluntad salvo que la ley o el convenio de las propias partes le

atribuyan ese efecto, además dicha regla se encuentra regulada en nuestro código civil de 1984<sup>9</sup>.

Esto quiere decir que, si determinada parte guarda silencio con respecto al convenio arbitral que su par busca hacer efectivo, no puede interpretarse que dicho silencio significa la aceptación del arbitraje.

Ahora bien, como hemos descrito anteriormente, debido a que actualmente la regla por defecto para la solución de disputas es el fuero ordinario, el arbitraje se convierte en una alternativa de excepción para la solución de controversias, razón por la cual es indiscutible la constatación del pacto de las partes<sup>10</sup>.

Lo anterior es conocido por la doctrina como la interpretación estricta del convenio arbitral, GONZÁLES DE COSSÍO da mayor alcance al respecto en el siguiente sentido:

Es frecuentemente argumentado que, los acuerdos arbitrales son de interpretación estricta. Dicha aseveración encuentra su motivación en la concepción del acuerdo arbitral como excepción a la siguiente regla general: la justicia estatal.

Es decir, el derecho (y garantía individual) de acudir a la justicia estatal para resolver una controversia constituye la regla general del cual puede apartarse quien desee resolver mediante arbitraje una controversia. En la

---

<sup>9</sup> Artículo 142.-

El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

<sup>10</sup> Pese a que – quizá - si segmentamos los tipos de disputas que pueden surgir y las centralizamos a las controversias de tipo mercantiles o comerciales (materia del presente trabajo) hablaríamos entonces del arbitraje como el foro por defecto y no por excepción, sin embargo, esta posición es subjetiva y endosada al autor del presente trabajo.

medida en que dicho pacto es una excepción a una regla general, le aplica el principio *exceptio est strictissimae interpretationis*.

Como resultado de lo anterior, al texto del acuerdo arbitral, y su alcance, serán interpretados como regla de excepción (González de Cossío, 2014, pág. 295).

En consecuencia, el consentimiento tácito encuentra en su aplicación una situación de carácter restrictivo, es decir salvo que se pueda acreditar de forma cierta el consentimiento no podrá presumirse la voluntad de arbitrar de las partes.

## **(ii) La Forma del Convenio Arbitral**

El Decreto Legislativo 1071, dispone que el convenio arbitral debe constar necesariamente por escrito, es decir adopta la forma *ad probationem* (a diferencia de las anteriores regulaciones tanto en el Código Civil o la derogada Ley General de Arbitraje N° 26572 que disponían la forma *ad solemnitatem*) con lo que bastará que se deje constancia del mismo a través de un soporte físico o inclusive magnético o electrónico<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Artículo 13.- **Contenido y forma del convenio arbitral.**

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que han surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.
  2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
  3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por otro medio.
  4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

Sobre el respecto, SANTISTEVAN manifiesta que:

La nueva ley al optar por la naturaleza *ad probationem* del convenio arbitral ha querido evidentemente hacerse eco de las más avanzadas propuestas en el ámbito internacional en su esfuerzo por priorizar la realidad de las cosas sobre las formalidades a las que el derecho se suele apegar muchas veces para esterilizar los efectos jurídicos de los contratos y de los convenios arbitrales, en particular en el marco del tráfico comercial y en el desarrollo de las inversiones. Pero, en segundo lugar, porque la naturaleza *ad probationem* que admite actualmente la ley peruana contribuye mejor a la eficacia del arbitraje y a la inevitabilidad de sus consecuencias que constituyen las vigas maestras de la construcción del cuerpo normativo peruano (Santistevan de Noriega, 2009, pág. 21) .

Esto significa que el Decreto Legislativo N° 1071 denota una preferencia razonable “al contenido por sobre el continente: en tanto cumpla la principal finalidad que se atribuye a la forma en el moderno derecho de los contratos (dar seguridad a los actos, constatar la presencia del individuo al realizar el acto y registrar su voluntad) (Cantuarias & Caivano, 2008, pág. 58)”

Ello resulta bastante lógico, ya que, ante un escenario cambiante, liderado por la revolución tecnológica, las comunicaciones han y continuarán experimentando notorios cambios en la forma de transmitir o crear obligaciones

- 
5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra. (...)

y el arbitraje no puede ser ajeno a ellos, considerando que el ámbito empresarial o mercantil es uno en los que constantemente el soporte tecnológico se hace presente.

Por lo tanto, esta evolución que ha experimentado la Ley de Arbitraje Peruana, ha logrado materializar lo que en doctrina se conoce como la flexibilización o desformalización del convenio arbitral, la misma que a entender de GALLUCCIO & MORI es como sigue:

Se trata de supuestos que se han adoptado para tener un esquema más flexible y acorde con los negocios y contratos modernos, en los que una interpretación literal del requisito de escritura del convenio arbitral resultaba contraria a las prácticas y usos del comercio, el mismo que exigía esta desformalización del convenio arbitral, a fin de evitar trabas formales al inicio o continuación de los procesos arbitrales, dotándoles de la flexibilidad e informalismo propios de las instituciones mercantiles, como lo es el arbitraje (Galluccio & Mori, 2012, pág. 72).

La primacía del “debe constar por escrito” vinculado a un criterio de forma, también ha generado un caluroso debate sobre que considerar “por escrito” y si existía una diferencia con él debe “estar suscrito por las partes”, ello en virtud a que un estándar de tipo internacional es recogido en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Extranjeras dada en Nueva York en el año de 1958 (en adelante, CNY58), convención de aplicación para aquellos laudos que son emitidos en un arbitraje de tipo internacional, de la cual el Perú es suscriptor.

Así, el artículo II (2) de la CNY58 refiere que la expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria en un contrato o compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

Con lo cual, se apresuraba el debate si un convenio arbitral que haya sido dado por escrito pero que no tenía la firma de las partes podría ser inejecutable, con lo que la doctrina vía interpretación logró establecer una práctica arbitral sólida, encaminada a considerar que el requisito por escrito y suscrito por las partes debía entenderse como parte de un “estándar máximo” (Cremades, 2005, págs. 188-189) , por lo que nuevamente se daba por sentada la nueva forma del convenio arbitral.

Y es que la Ley de Arbitraje Peruana (en adelante, LAP) ha sido inspirada por la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (en adelante, Ley Modelo), la misma que sobre el tema en discusión dispone en su artículo 7 dos opciones para la determinación de la forma del convenio arbitral.

La primera opción de la Ley Modelo (opción I) es la que regula la vertiente menos formal y más flexible sobre el convenio arbitral, es la materialización de la desformalización del convenio arbitral, la misma que dispone que el parámetro “por escrito” debe entenderse como aquel medio (incluido el virtual) por el que se deje constancia de la voluntad de arbitrar de las partes, contribuyendo al favorecimiento del arbitraje<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006:

(...)

La segunda opción recogida en la Ley Modelo (opción II) regula la opción más general del convenio arbitral, la misma que puede dificultar una interpretación sobre el consentimiento de arbitrar las disputas de las partes<sup>13</sup>.

El Perú adoptó la opción I de la Ley Modelo en la LAP, permitiendo que el convenio arbitral pueda constar por cualquier medio, siempre y cuando pueda contrastarse la existencia de la manifestación de voluntad de los interesados en arbitrar.

---

## CAPÍTULO II. ACUERDO DE ARBITRAJE

### Opción I

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje  
(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

- 1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
- 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito
- 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
- 4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
- 5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.
- 6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

<sup>13</sup> (...) Opción II

Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje  
(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.

Finalmente, siguiendo la misma ilación REDFERN, HUNTER BLACKABY & PARTASIDES señalan en relación al acuerdo por escrito lo siguiente:

Comprende acuerdos celebrados por cualquier medio de comunicación “que dejen constancia del acuerdo”, un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que “existencia de un acuerdo sea afirmada por un aparte sin ser negada por la otra” y la referencia hecha en un contrato escrito a un documento “que contiene una cláusula compromisoria”.

La mayor parte de las legislaciones modernas en materia de arbitraje intentan definir en la forma más amplia posible los requisitos que deben reunirse para que se considere que existe un “escrito”; al punto que se ha interpretado que en la Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1986 se define el término “escrito” de modo tal de incluir a los acuerdos celebrados verbalmente (Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2007, págs. 65-66).

### **(iii) La Validez del Convenio Arbitral**

El convenio arbitral es un contrato, como tal su validez está regulada por el cumplimiento de determinados requisitos que dirigen al acto jurídico, por lo tanto, el convenio arbitral se sujeta a las disposiciones del Código Civil Peruano de 1984 (en adelante, CCP84).

En ese orden de ideas, los requisitos que dispone el CCP84 en su artículo 140 son los siguientes: (i) plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones

contempladas en la ley, (ii) objeto física y jurídicamente posible, (iii) fin lícito y (iv) observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Por lo tanto, bastará el cumplimiento de dichos requisitos de validez para dotar de legitimidad al convenio arbitral; partiendo de que el mismo debe ser suscrito o consentido por personas – naturales o jurídicas- que ostenten los suficientes poderes para la suscripción de acuerdos de arbitraje, cuya contrastación se hace a partir de la estructura de poderes (para casos de personas jurídicas) y de delegaciones de poderes en supuestos de representación (para casos de personas naturales).

En segundo y tercer lugar, corroborar si el convenio arbitral reúne la característica de licitud y que persiga un hecho posible, como por ejemplo que no se pretendan arbitrar materias que no sean susceptibles de arbitraje o sobre objetos o patrimonio no sujetos a libre disposición o comercio.

En cuarto lugar, que reúna la forma prescrita, la misma que como ya hemos estudiado no requiere de mayor acto solemne para su suscripción, bastando que conste por escrito.

#### **(iv) Cláusulas Patológicas**

Toda redacción de contratos puede generar problemas para su ejecución, tales como términos consignados de forma incorrecta o en el lugar no indicado, establecimiento de procedimientos perjudiciales para el fin del contrato, la designación de profesionales cuya experiencia o conocimiento sea de difícil y hasta de imposible cumplimiento, le sigue un incalculable etcétera.

Esa problemática no es ajena a los convenios arbitrales; situaciones como la designación de centros arbitrales inexistentes o que han cesado funciones, la disposición de plazos extremadamente cortos o viceversa para emitir el laudo

arbitral que obstaculizan el curso del arbitraje, las características personales y/o profesionales que deben reunir los árbitros que conformarán el tribunal arbitral, entre otras situaciones que las partes, en un intento válido de protegerse de cualquier contingencia en su convenio arbitral, generan el efecto que justamente querían evitar, irrumpiendo el normal desarrollo del arbitraje, estas cláusulas arbitrales defectuosas son denominadas por la doctrina como “cláusulas patológicas”.

Este término fue acuñado en 1974 por Fréderick Eisemann entonces Secretario General Honorario de la Cámara de Comercio Internacional, para referirse a “un acuerdo arbitral que contuviera algún defecto que interrumpiera la consecución apropiada de un procedimiento arbitral” (Eisemann, 1974).

Por lo que, de forma sencilla estudiaremos los principales problemas que presentan las cláusulas patológicas, considerando que el foco del presente trabajo no es efectuar un estudio exhaustivo sobre dicha situación problemática.

Los principales defectos vinculados a los convenios arbitrales están orientados a tres supuestos: (i) incoherencia, (ii) ambigüedad e (iii) ineficacia.

En relación a la incoherencia, está referido a aquellos casos en donde según REDFERN, HUNTER, BLACKABY & PARTASIDES:

En aquellos casos en que la cláusula presenta una incoherencia manifiesta, la mayor parte de los tribunales nacionales intenta darle sentido de modo tal de hacer efectiva la voluntad general de las partes, que es la de sujetar las controversias a arbitraje. Así sucede en Inglaterra, donde los tribunales reconocen la validez de la cláusula y eliminan la disposición incoherente cuando queda claro que la “cláusula que subsiste” materializa la voluntad real de las partes mientras que la

“cláusula descartada” frustraría el objeto del contrato (Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2007, pág. 261).

En el caso peruano, es recurrente que los convenios arbitrales consignent que el arbitraje será de tipo ad hoc, pero se someten a la administración de un centro de arbitraje determinado, otro ejemplo es la designación de un centro de arbitraje para la administración del caso, pero sujeta al reglamento de un centro de arbitraje distinto, situaciones que generan una grave incoherencia con respecto a la ejecución de dicho convenio arbitral.

De otro lado, en relación a la ambigüedad del convenio arbitral, según DERAINS & SCHWARTZ:

En lo que se refiere a la ambigüedad, los tribunales de la mayoría de los países por lo general intentan mantener la validez de la disposición arbitral, a menos que la ambigüedad sea tal que resulte difícil deducir el significado. Lo mismo ocurre con las instituciones. Por ejemplo, en el pasado la CCI aceptó la validez de las siguientes formulas vagas e imprecisas como referencias a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI: “la Cámara de Comercio oficial de París” y “una Comisión de Arbitraje de la Cámara oficial de París” y “una Comisión de Arbitraje de la Cámara Francesa de Comercio de París” (Derains & Schwartz, 1998).

En el caso peruano, la ambigüedad se muestra en cláusulas de solución de controversias que hacen referencia a una cámara de comercio determinada para la administración de las disputas de las partes, no obstante no se precisa que mecanismo se empleará para gestar la disputa (arbitraje, mediación, conciliación, etc.), la designación de un “centro de arbitraje de conocida reputación” en determinada ciudad, cuya determinación sería complicada y hasta

imposible ya que reposa en un criterio sumamente subjetivo, otro ejemplo son las clásicas designaciones de tribunales arbitrales y árbitros únicos a la misma vez o el pacto arbitral que señala un arbitraje de tipo ad hoc pero sujeta la controversia al reglamento arbitral de determinado centro de arbitraje [sin efectuar una reserva con respecto a la administración del centro], generando una clara confusión sobre el tipo de arbitraje que guiará la controversia.

Finalmente, con respecto a la ineficacia, resulta productivo recurrir a la regulación de la CNY58, la misma que dispone en su artículo II.3 que un convenio arbitral es completamente ejecutable, salvo que se anticipe que el mismo es nulo, ineficaz o inaplicable<sup>14</sup>.

Esta referencia es necesaria ya que los practicantes suelen equiparar – incorrectamente- la nulidad, la ineficacia y la inaplicabilidad del convenio arbitral como un solo efecto jurídico, no obstante, consideramos que la diferencia es un punto medular para la determinación de la correcta ejecutabilidad del convenio arbitral.

Respecto a la nulidad del convenio arbitral, en primer término, debemos comprender que en la LAP el parámetro de validez está determinado por la definición del convenio arbitral del artículo 13, que como ya hemos visto, no dispone de elementos taxativos de validez para el convenio arbitral, no obstante,

---

<sup>14</sup> Convención de Nueva York de 1958  
Artículo II.3:

“El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta el litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

considerando que es un acto jurídico, se debe respetar los elementos de validez regulados en el CCP84.

No obstante, la CNY58 en su artículo II.1<sup>15</sup>, brinda algunos alcances sobre lo que podemos considerar un convenio arbitral válido en el sentido de una patología, así considera los siguientes elementos: (i) acuerdo por escrito, (ii) la delimitación de las controversias susceptibles de arbitraje – todas o ciertas controversias-y (iii) una relación jurídica determinada.

Sobre este punto, VAN DEN BERG confirma lo manifestado en líneas anteriores, en el siguiente sentido:

“The words “null and void” therefore do not apply to these conditions. This is, however, merely a question of system and has no legal consequences [...] The words may be interpreted as referring to those cases where the arbitration agreement is affected by some invalidity right from the beginning. It would the cover matters such as the lack of consent due to misrepresentation, duress, fraud or undue influence” [Estas condiciones son: la disputa debe surgir con respecto a una relación legal definida (Art. II (1)), la materia debe ser capaz de resolverse por arbitraje (Art. II (1)), y el acuerdo de arbitraje debe ser por escrito (Art. II (1) y (2)). Por lo tanto, las palabras “null and void” no se aplican a estas condiciones [...] los términos deben ser interpretados como referidos a esos casos donde el convenio arbitral está referidos a esos casos donde el

---

<sup>15</sup> Convención de Nueva York de 1958:

“Cada uno de los Estado Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.” (Resaltado Nuestro)

convenio arbitral está afectado por alguna invalidez desde el inicio. Por ello, cubriría asuntos como la falta de consentimiento debido a malinterpretaciones, coacción, fraude o influencia indebida] (Van Den Berg, 1989, págs. 155-156).

Respecto a la ineficacia del convenio arbitral, es evidente que la referencia está vinculada al propósito que persigue el propio convenio arbitral, la misma que “deviene ineficaz cuando ha dejado de surtir efectos como consecuencia, por ejemplo, del incumplimiento de un plazo por las partes o cuando el accionar de las partes importa la revocación implícita del acuerdo arbitral” (Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2007, pág. 263)

En ese mismo orden de ideas, la Guía para la Interpretación de la CNY58 del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, ICCA por sus siglas en inglés (International Council for Commercial Arbitration), precisa en ese mismo sentido:

Un acuerdo arbitral ineficaz, para estos efectos del artículo II.3, es un acuerdo arbitral que en algún momento tuvo validez pero que ha cesado de tener efectos. La excepción de “ineficacia” típicamente incluye casos de renuncia, revocación o terminación del acuerdo arbitral. Similarmente, el acuerdo arbitral debe de considerarse ineficaz si la misma disputa entre las mismas partes ya ha sido decidida por una corte o un tribunal arbitral (International Council for Commercial Arbitration, 2013, pág. 53).

En ese mismo orden de ideas, la ineficacia entendida bajo parámetros civiles en el ordenamiento peruano está encaminada a aquellas situaciones en las

que “el contrato celebrado por las partes no llega a producir ninguno de los efectos jurídicos buscados, o habiendo producido todos sus efectos jurídicos inicialmente, desaparecen los mismos por una causa o evento posterior a su celebración” (Taboada Córdova, 2002, pág. 27)

Finalmente, que el convenio arbitral sea inaplicable está referido a la situación en la que dada la regulación o redacción optada por las partes (de disponer de ciertas condiciones o prerrogativas) que afectan, para fines prácticos, la consecución del arbitraje o en su defecto a la imposibilidad práctica de llevar adelante el acuerdo de las partes.

De otro lado, queda superada la postura sobre inaplicabilidad del convenio arbitral a razón de que una de las partes no pueda afrontar los gastos arbitrales que irroga el proceso, situación que carece de sentido si consideramos que por su propia naturaleza el arbitraje es costoso y presupone que quienes lo pacten disponen de los suficientes recursos para solventar el proceso arbitral con normalidad.

#### **2.1.1.2.2. Las Partes**

“El arbitraje es de las partes y para las partes”, esta quizá sea el parámetro más aceptado por las practicantes del arbitraje y es que ni los árbitros, ni los propios abogados pueden alejarse de lo que las partes han pactado en el convenio arbitral, ya que será esta regulación la que guiará el futuro de un hipotético conflicto.

El arbitraje está guiado por el principio universal del *pacta sunt servanda*, en virtud del cual el convenio o acuerdo arribado es ley entre las partes y debe ser cumplido, además es este acuerdo (convenio arbitral) el que solamente será vinculante para los

suscriptores, no pudiendo desplegar efectos en personas ajenas a dicha relación, este parámetro es centralizado a través del principio de relatividad de los contratos.

En consecuencia, el arbitraje se viabiliza a través del convenio arbitral y este a su vez constituye un contrato, en esencia obligatorio para las partes, en palabras de DIEZ PICAZO:

El contrato es un acto de ejercicio de un poder de autonomía privada y la autonomía privada consiste en la posibilidad de dictar la ley – el precepto por el cual se ha de regir la propia esfera jurídica. Un contrato con una eficacia en la esfera jurídica de terceras personas, no sería un acto de autonomía, sino que constituiría de una invasión de la esfera jurídica ajena (Diez Picazo, 1979, pág. 264).

Y es que la relatividad de las partes en el convenio arbitral se ve reflejada de la propia voluntad declarada de las partes, quienes haciendo uso de su libertad contractual deciden vincularse por ellas y para ellas mismas vía arbitraje para la solución de sus desavenencias, es decir, es una obligación impuesta voluntariamente por las partes, así en palabras de ROPPO:

En cuanto fundado en la voluntad, el contrato es también expresión de libertad. En una primera aproximación, decir que las esferas jurídicas de las partes están afectadas solo sí, y en el modo en el cual, las mismas partes desean que sean afectadas, significa decir que las partes son libres de decidir si, y en qué modo, sus esferas jurídicas serán afectadas por el contrato; significa evocar el principio de libertad (autonomía) contractual (Roppo, 2009, pág. 58).

Por lo tanto, con independencia de si el convenio arbitral ha sido consentido por una persona natural o jurídica, bastará entonces que se acredite que dicha persona goza

de las capacidades legales suficientes para la suscripción de actos jurídicos en nombre propio o en nombre de terceros (entiéndase para casos de compañías o todo tipo de personas jurídicas que amerite recurrir a la representación para la suscripción de actos jurídicos), caso contrario se estaría afectando la real intención de la parte interesada, por lo tanto su libertad contractual y condenando a muerte - por adelantado - al convenio arbitral.

### **2.1.1.2.3. Tercero versus parte no signataria**

En definitiva, no son lo mismo. La práctica arbitral ha ido dando espacio para la discusión sobre el rol que juega el tercero frente al arbitraje, ello ante supuestos de hecho en los que se pretendía incorporar a personas (naturales o jurídicas) al interior del arbitraje, pese a que no habían suscrito o consentido el convenio arbitral, situación que colisionaba directamente con los estandartes de la institución arbitral, donde la voluntad de las partes es la regla por defecto.

No obstante, debido principalmente a dos situaciones de tipo jurídico es que la discusión se vuelve muchísima más áspera y delicada: (i) el intento o [mal]adaptación de las prácticas procesales (del proceso civil ordinario) al arbitraje, las mismas que llevan consigo como criterio regular, el arrastre de sendos terceros al proceso civil, sea de forma voluntaria o inclusive forzada, ello bajo una serie de formas, reguladas en el Código Procesal Civil Peruano (en adelante, CPC) tales como el litisconsorte coadyuvante (artículo 97 del CPC), excluyente (artículo 99 del CPC), activo – pasivo (Artículo 93 del CPC), facultativos (artículo 94 del CPC), etc., y (ii) la novedad de la regulación del artículo 14<sup>16</sup> de la LAP, la misma que incorpora un término novedoso en

---

<sup>16</sup> Decreto Legislativo N° 1071

#### **Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral**

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté

el arbitraje peruano y con ello una práctica exótica, nos referimos a la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias; situaciones que provocaron más de una lectura incorrecta, generando una interpretación completamente alejada de la verdadera razón de la LAP.

En primer lugar, es importante mencionar que de acuerdo a la Décima Disposición Complementaria de la LAP<sup>17</sup>, las disposiciones procesales ubicadas en el CPC no serán de aplicación al arbitraje, teniendo como único parámetro de tipo “procesal” la regulación específica de la que disponga la propia LAP, con lo que la aplicación de cualesquiera de las figuras reguladas en el CPC, quedan excluidas del arbitraje, *ipso iure*.

En segundo lugar, con respecto a la incorporación de partes no signatarias al arbitraje, es propicio manifestar que una parte no signataria es aquella que sin haber suscrito (firmado) inicialmente el contrato principal, que incluye el convenio arbitral, de acuerdo a una serie de factores o actos, se puede presumir de forma cierta que manifestó su consentimiento para arbitrar, por lo que, mediando los descargos de las partes signatarias, podría incorporársele al arbitraje.

Por lo tanto, puede verse que al margen de que dicha parte no signataria, no haya suscrito o sentado por algún medio su intención de recurrir a un arbitraje, podría de buena fe, extenderse los efectos del convenio arbitral; nótese que inclusive en el escenario descrito en líneas anteriores, el no signatario – de comprobarse su consentimiento para arbitrar- es equiparado a una verdadera parte del arbitraje,

---

relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

<sup>17</sup> Decreto Legislativo N° 1071

**DÉCIMA. Prevalencia.**

Las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil.

encontramos allí el sentido de denominarla como una parte, con la salvedad de que no suscribió o consintió el convenio arbitral incluido en el contrato principal, pero que en virtud de su comportamiento (que también implica manifestación de voluntad, como analizamos al inicio del capítulo) puede entenderse su voluntad para arbitrar.

Distinto es referirnos – de forma incorrecta e impropia- a la incorporación de terceros en el arbitraje, ya que un tercero es una persona que no tiene ningún vínculo con la relación jurídica sustancial y que tampoco tiene la intención de ser partícipe de un arbitraje que no ha consentido, esto quiere decir que si una persona pretende obtener algo del arbitraje o ha participado de cierta manera en la relación jurídica sustancial, ya no estaríamos refiriéndonos a un tercero propiamente dicho, sino a una verdadera parte, con lo que superada su condición subjetiva, su incorporación como parte no firmante debería ser analizada bajo sus términos.

Al respecto, BULLARD manifiesta que:

Muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje. Ese es un error conceptual y escapa al contenido del artículo. El artículo 14 permite la incorporación de **partes no signatarias**, es decir de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas conductas o circunstancias, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo el ámbito del principio de buena fe.

Entonces no estamos en realidad frente a terceros, sino ante auténticas partes, cuya incorporación del convenio no se da por la firma o suscripción del mismo (lo que es consistente en descartar el carácter escrito como requisito de validez),

sino por hechos diferentes, que deben ser interpretados como un auténtico consentimiento, aunque sujeto a reglas no necesariamente iguales a los que se derivan de la regulación contractual ordinaria (Bullard Gonzalez, 2011, pág. 203).

Por ende, el arbitraje no le brinda ningún tipo de asidero o tratamiento al tercero, ya que el mismo no cumple ningún rol frente a las partes sometidas en el litigio arbitral, “en consecuencia, la palabra “tercero” es ajena al vocabulario del arbitraje [...], la palabra “tercero” ni recibe ningún significado ni cumple ningún papel. En otras palabras, la palabra “tercero” [...] es un sin sentido.” (Silva Romero, 2005, págs. XXXIV-XXV)

La doctrina denomina a todo esto como el alcance subjetivo del convenio arbitral, el mismo que tiene “como propósito evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a dirimir determinadas controversias por arbitraje, siendo paralelamente obligado a reasignar la competencia de los tribunales judiciales” (Caivano, 1998, pág. 122).

Por último, para todos los efectos, una parte no signataria solo podría ser incorporada a un arbitraje analizando su conducta, cuyo resultado debe denotar el consentimiento inequívoco de arbitrar y sobre todo dicho análisis tiene que ser dado al amparo de la buena fe, ello de acuerdo al propio artículo 14 de la LAP, quedando completamente prohibidos todos los supuestos en los que se pretenda transgredir dichos presupuestos, con independencia de la modalidad mediante la cual se le pretenda extender el convenio arbitral al no signatario, es decir la delimitación del alcance de su participación activa y determinante en cualquier *iter* contractual dispuesto en la LAP (negociación, celebración, ejecución o finalización del contrato principal) o por la derivación derechos o beneficios del mismo contrato principal, respectivamente.

#### 2.1.1.2.4. Los Árbitros

Después del convenio arbitral, el árbitro es quizá el elemento más importante del arbitraje, ya que será el llamado a resolver la controversia que las partes le han confiado, depositando en él o ella un gran porcentaje del destino de sus respectivos negocios y “probablemente nada es más importante que la elección del árbitro (...) ni más difícil para las partes, sus asesores y las instituciones arbitrales.” (Clay, 2001, pág. 374).

Las características que disponga el árbitro serán de mucha utilidad para poder delimitar si el arbitraje llegará a buen puerto o por el contrario si se verá inmerso en irregularidades, por lo que, es ampliamente conocido que “un axioma frecuentemente citado dicta que un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen” (Sanders, 1999, pág. 224)

Por lo tanto, un árbitro no es más que un privado quien por disponer de comprobada experiencia, conocimiento en el rubro que se discutirá o por simple confianza en su persona, es llamado a resolver la controversia de las partes bajo la conducción de principios que guían su actuar decisorio y sin los cuales, no se generaría un escenario propicio e idóneo para la solución de las desavenencias de las partes.

Por consiguiente, sobre este punto coincidimos con lo manifestado doctrinariamente por PARK:

Se debe tener en cuenta que a pesar de que los litigantes renuncian a la jurisdicción de las cortes nacionales competentes a favor de las instituciones arbitrales, en estas también se busca promover un tratamiento igualitario entre las partes a través de nociones básicas de justicia. Para lograr dicho objetivo, se espera que los árbitros sean personas íntegras, experimentadas y con la habilidad suficiente para ser buenos oidores y diligentes lectores (Park, 2005, pág. 14).

De otro lado, nuestra LAP en su artículo 20<sup>18</sup>, señala que un árbitro puede ser cualquier persona que disponga de sus derechos civiles habilitados, siendo la única restricción de tipo legal, que el árbitro no haya recibido condena penal firme por delito doloso, quedando (salvo la precisión de restricción) a la libre regulación de las partes el procedimiento de designación de los mismos.

Parte de la doctrina, considera que la principal función del árbitro es la de emitir un laudo arbitral vinculante respecto de aquellas controversias que las partes le han sometido, dicha función incluye llevar a cabo el procedimiento de la forma más eficaz y eficiente posible, de conformidad con el acuerdo entre las partes, las disposiciones arbitrales aplicables o, discrecionalmente, dentro de las facultades y límites establecidas por las normas imperativas de la sede, su función principal consiste en la emisión del laudo vinculante y con fuerza de cosa juzgada (Cremades & Madalena, 2010, págs. 22-23).

No obstante, consideramos que si bien es cierto las partes convocan al árbitro para la solución de sus controversias y por lo tanto le otorgan un voto de confianza para la emisión del laudo arbitral, el mismo que ejecutarán con posterioridad, las partes también estiman importante que el árbitro despliegue una conducta apropiada en el marco del arbitraje, es decir que se muestre principalmente independiente e imparcial, así también lo entiende la propia LAP en su artículo 28 (1)<sup>19</sup>, que dispone que el árbitro

---

<sup>18</sup> Decreto Legislativo 1071

#### **Artículo 20.- Capacidad**

Puede ser árbitro la persona natural que se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tenga incompatibilidad para actuar como árbitro y no haya recibido condena penal firme por delito doloso. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

<sup>19</sup> Decreto Legislativo N° 1071

#### **Artículo 28.-**

debe ser y permanecer así, durante el arbitraje, debiendo – además – revelar cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas a las partes sobre su independencia e imparcialidad.

Así, siguiendo a GONZALES DE COSSIO:

La doctrina y jurisprudencia arbitral, si bien no en forma unánime, conciben a la **independencia** como un criterio objetivo: el vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. La **imparcialidad** se entiende como un criterio subjetivo y difícil de verificar: el estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia hacia una de las partes en el arbitraje o postura en el asunto en cuestión (González de Cossío, 2014, pág. 453).

Si procedemos a revisar la concepción de cada término por separado, para entender de forma complementaria a la independencia debemos efectuar una revisión doctrinaria:

Generalmente se considera que la “dependencia” se refiere exclusivamente a cuestiones surgidas de la relación entre el árbitro y una de las partes, sea de índole financiera o de cualquier otra naturaleza. Se entiende que esto puede determinarse mediante un criterio *objetivo*, dado que no guarda ningún tipo de relación con la forma en que está mentalizado el árbitro (o posible árbitro). Es por este motivo que, al encarar la revisión de su reglamento a efectos de la edición de 1998, la Corte de la CCI decidió seguir empleando el criterio de la

- 
1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. [...]

“independencia” como criterio adecuado (Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2007, pág. 305).

De otro lado, con respecto a la imparcialidad, la doctrina refiere efectúa una diferencia importante, así:

Por el contrario, se considera que el concepto de “imparcialidad” está ligado a la preferencia real o aparente del árbitro – ya sea a favor de una de las partes o en relación con las cuestiones controvertidas-. La imparcialidad es, por ende, un concepto subjetivo y más abstracto que el de independencia, ya que principalmente se refiere a una predisposición mental. Ello presenta dificultades especiales para su medición objetiva, y éste fue el motivo por el cual la Corte de la CCI decidió no incluirlo como parte expresa del criterio para la recusación, aunque podría quedar claramente comprendido por la expresión “o en cualquier otro motivo” del artículo pertinente del Reglamento (Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2007, pág. 305).

En tercer lugar, ambos deberes del árbitro van enlazados con la revelación que este le debe a las partes, el mismo consiste en que el árbitro debe informar a las partes de literalmente, cualquier circunstancia o situación que pueda generar dudas razonables en las partes y cuya omisión generaría un potencial pedido de recusación en perjuicio del árbitro.

Sobre que situaciones el árbitro debería revelar, es ampliamente aceptado que existe un principio pro revelación, que implica un favorecimiento a que el árbitro revele toda situación que pueda generar vinculación a las partes, los co-árbitros (de corresponder) y/o los abogados patrocinantes (sin ser taxativos), acuñándose un aforismo: “ante la duda, revela”.

En ese mismo sentido, doctrina autorizada plantea el mismo escenario en favor de la revelación de los árbitros:

Un árbitro prospectivo debe revelar por escrito todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. El no cumplir cabalmente con este deber trae aparejado el que se presente apariencia de parcialidad y, no obstante que las circunstancias mismas pudieran no haber dado lugar a que el árbitro sea descalificado, el haber incumplido con dicho deber lo descalificará.

El revelar las circunstancias correspondientes pone al árbitro en la cómoda situación de quedar blindado de cualesquiera recusaciones futuras o ataques de nulidad o no – reconocimiento al laudo, así como acciones demandándole daños y perjuicios (González de Cossío, 2014, pág. 468).

Ante ello, el principal problema es la consideración subjetiva de lo que debe entenderse como “duda justificada”, ya que resulta razonable que el árbitro puede no considerar alguna situación que a entender de una de las partes si podría tener especial significación sobre su independencia o imparcialidad, para ello la práctica arbitral recurre a estándares internacionales sobre conflictos de interés, tales como la Guía de la IBA [International Bar Association] sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional<sup>20</sup> o el Código de Ética de la AAA [American Arbitration Association],

---

<sup>20</sup> Es ampliamente conocida la distribución “semáforo” que propone la IBA para que el deber de revelación o divulgación sea ejecutado de forma adecuada por los árbitros, pudiendo ubicar situaciones concretas en los listados generados por la IBA, las cuales están ubicadas en la Parte II de su texto y estructurado de la siguiente forma:

- a) **Lista Roja no Renunciable:** se refiere a situaciones que den lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro. Generan un conflicto de interés objetivo. Su divulgación o revelación no soluciona el conflicto.
- b) **Lista Roja Renunciable:** contempla situaciones serias, pero no severas. Pueden ser renunciadas por las partes sólo si las partes, habiendo tomado conocimiento de las mismas, manifiestan que no existe problema en que el árbitro cumpla funciones.

estándares aplicables para arbitrajes internacionales pero que muchos Centros de Arbitraje locales han sabido adaptar a la realidad peruana, sirviendo como lo que es, una guía o referencia para los practicantes en la materia.

### 2.1.1.3. Principios rectores del arbitraje

Como se ha podido dar cuenta el lector, en el arbitraje no todo está escrito, se recurre muchas veces a herramientas propias del *soft law* para poder complementar la regulación local o internacional en la materia y esa característica guarda una razón de ser, debido a que si consideramos que el arbitraje deriva de las principales prácticas comerciales y mercantiles, podemos comprender que los mismos no encuentran una regulación exhaustiva, sino que se guían mediante prácticas modelo, que debido a lo asiduas de su empleo, se convierten en la regla principal.

El arbitraje dispone de principios rectores que impulsan las prácticas correctas para el desarrollo de las actuaciones arbitrales, muchos de estos principios han sido regulados acertadamente en nuestra LAP, a continuación, desarrollaremos cada uno de estos principios rectores.

#### 2.1.1.3.1. El principio de Kompetenz – Kompetenz

Este principio está referido a que el árbitro o árbitros designados por las partes son competentes para resolver planteamientos destinados a cuestionar su competencia, es decir el árbitro es competente para dirimir sobre su propia competencia.

- 
- c) **Lista Naranja:** se refiere a situaciones que potencialmente pueden dar lugar a dudas justificadas y que deben ser reveladas, por consiguiente, si las partes enteradas de dichas situaciones, no las objetan se tienen por toleradas. Estas situaciones no implican una descalificación *per se* del árbitro, todo lo contrario dependerá de las partes si consideran que el mencionado árbitro continúe ejerciendo sus funciones o dadas los hechos revelados, sea apartado de su cargo.
  - d) **Lista Verde:** situaciones donde no se aprecia una situación de conflicto de interés, por lo que el árbitro no está obligado a revelarlas.

El Kompetenz – Kompetenz tiene una razón de ser y es que si las partes, en un primer momento manifestaron su voluntad de recurrir al arbitraje para solucionar sus disputas, carece de todo sentido que de existir cuestionamientos a la competencia del árbitro (planteándose una oposición relativa al consentimiento de las partes para arbitrar sus controversias) sea un Tribunal de Justicia ordinario quien atienda dicha oposición competencial.

En consecuencia, es claro que “los árbitros tienen el Derecho a decidir sobre una excepción a su competencia como cuestión previa y proseguir luego sus actuaciones.” (Leible & Lehman, 2007, pág. 162 y ss.)

Así, existen dos vertientes doctrinarias respecto al principio, la alemana [Kompetenz - Kompetenz] y la francesa [Compétence – Compétence]; la primera vertiente sostiene que el árbitro es el único competente para delimitar una crisis competencial a su investidura, la segunda vertiente sostiene que el árbitro decide sobre su competencia, sin embargo, será el juez estatal el que decida dicha viabilidad.

Esto no quiere decir que, de un lado el árbitro debería emitir un pronunciamiento primigenio sobre su competencia, para que luego esta decisión sea sometida al juez ordinario con la finalidad de que ratifique o revoque su decisión, sostener ello sería un asesinato a la institución arbitral, ya que se estaría superponiendo al Juez por encima del árbitro, un completo despropósito para el arbitraje.

Nuestra LAP, recoge la vertiente alemana, la misma que se encuentra regulada en el artículo 41<sup>21</sup> y dispone que el tribunal arbitral es el único

---

<sup>21</sup> Decreto Legislativo N° 1071

competente para decidir sobre su propia competencia, pudiendo conocer todo tipo de excepción u oposición destinada a cuestionar sus funciones arbitrales.

Como hemos señalado, nuestra norma se inspira en la Ley Modelo, el mismo que, con respecto a este principio “tiene un reconocimiento expreso en las normas que han seguido de cerca la Ley Modelo. Como resultado de lo anterior, los árbitros aparecen investidos de una poderosa herramienta para controlar los procesos desde su inicio. (Conejero Roos, 2006, pág. 54)”

Finalmente, este principio desprende un doble efecto:

Por un lado, tiene un efecto positivo, por el cual se concede al árbitro o al Tribunal arbitral la facultad de decidir sobre su propia competencia; mientras que por otro lado, tiene un efecto negativo, el cual consiste en evitar que los jueces o tribunales decidan primero sobre la competencia de los árbitros, es decir, establece una prioridad en el tiempo en que primero son los árbitros en decidir sobre su propia competencia y corresponderá, por otra parte, un control posterior a cargo de los tribunales. (Fouchard Philippe, Gaillard, Emmanuel; Goldman, Berthold, 1999, pág. 401)

#### **2.1.1.3.2. El principio de Favorecimiento del Arbitraje (pro arbitri)**

Este principio lleva por finalidad el blindaje del arbitraje frente al cuestionamiento sobre el sometimiento de las partes al mismo, restringiendo de esta manera la injerencia judicial en el pacto de las partes, esto quiere decir que en caso de plantearse alguna excepción de convenio arbitral [que tenga como

---

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. [...]

finalidad impedir la ejecución del convenio arbitral] y frente a la duda el órgano judicial debe entender que la controversia se encuentra sometida a arbitraje.

En ese mismo orden de ideas, la doctrina nacional manifiesta acerca del *pro arbitri* lo siguiente:

El principio legal por el cual el ordenamiento jurídico blinda al contrato de arbitraje, al proceso y al laudo, esto es, a la institución toda, contra las armas legales que para la jurisdicción ordinaria reconoce la tutela judicial efectiva del Estado. Y esto porque sería absolutamente ilógico que, si la ley permite que para determinados casos los particulares se sustraigan, renunciando, a la jurisdicción estatal para resolver extrajudicialmente a través del arbitraje una controversia, no renuncie también a los medios impugnatorios que ofrece el sistema al cual han renunciado temporalmente. Lo que quiere así sabiamente el Estado, es que el arbitraje no sea letra muerta y que, quienes se sustrajeron a su jurisdicción, no la invoquen cuando consideren que el arbitraje no satisfizo sus intereses (Castillo Freyre & Vasquez Kunze, 2007, pág. 197).

Este principio, está recogido de forma indirecta en nuestra LAP, particularmente en el artículo 16 (5)<sup>22</sup>, el cual establece la posibilidad de que el tribunal arbitral continúe con las actuaciones o las inicie, pese a que se encuentre tramitando una excepción de convenio arbitral en el Poder Judicial.

---

<sup>22</sup> Decreto Legislativo N° 1071

**Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral**

[...]

5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.

### 2.1.1.3.3. El principio de Separabilidad del Convenio Arbitral

Este principio dicta que, pese a que el contrato principal que incluye el convenio arbitral, sea afectado por cualquier defecto o falta de requisito que genere su invalidez, resolución, rescisión, nulidad o anulabilidad, ello no implica – necesariamente – que también se verá afectado el convenio arbitral inmerso en dicho contrato principal.

Así, la LAP regula la aplicabilidad de este principio en su artículo 41 (2)<sup>23</sup>, disponiendo que el convenio arbitral incluido en un contrato principal se considerará un acuerdo independiente y por lo tanto diferente de las demás estipulaciones del contrato principal.

La doctrina, define este principio de la misma manera y bajo los siguientes términos:

La idea de la separabilidad de la cláusula compromisoria no es solamente interesante en teoría, sino que también resulta útil en la práctica. Significa que la cláusula compromisoria se considera independiente del contrato principal del cual forma parte y, por ende, permanece vigente con posterioridad a su extinción. De hecho, sería totalmente contraproducente que el incumplimiento del contrato o la petición de su nulidad bastarían para poner fin también a la vigencia de la cláusula compromisoria, ya que

---

<sup>23</sup> Decreto Legislativo N° 1071

#### **Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral**

[...]

2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.

es una de las situaciones en las que más se precisa dicha situación (Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2007, pág. 257).

Es común que se equipare el convenio arbitral como una parte más del contrato principal que la incluye, por lo que al momento de surgir una controversia destinada al cuestionamiento del contrato principal se pretende afectar también al convenio arbitral, situación que es usada como una pauta obstruccionista del arbitraje, así se tiene que:

La principal ventaja práctica que ofrece este principio está dada por el hecho que constituye un importante obstáculo para que la parte que desea ocasionar una demora o repudiar el acuerdo arbitral, impugne ante los tribunales locales la existencia o validez de dicho acuerdo [mediante la impugnación de la validez del contrato principal] para destruir la eficacia de la cláusula compromisoria (Szurski, 1994, pág. 76).

#### **2.1.1.3.4. El principio de Buena Fe**

La aplicación del principio de buena fe no es otra cosa que la actuación de las partes guiada de una forma honesta y proba, es decir destinadas a no promover conductas que afecten la integridad de las partes, de los abogados o comprometa a los propios árbitros.

Así, la aplicación de este principio busca también evitar la generación de tácticas de guerrilla al interior del arbitraje “cuyo fin no solo es entorpecer el arbitraje sino sacar ventaja o lograr un determinado resultado contraviniendo no solo normas deontológicas sino legales” (Ferruzo & Cillóniz, 2018).

El artículo 38 de la LAP<sup>24</sup>, regula este principio disponiendo su aplicación a las partes en sus actuaciones arbitrales y frente a los propios árbitros, comprometiendo su colaboración.

#### **2.1.1.3.5. El principio de inevitabilidad del arbitraje**

Este principio está estrictamente vinculado a otro principio propio del derecho privado, el *pacta sunt servanda*, que no es otra cosa que el respeto absoluto por lo que las partes han pactado, en materia arbitral significa que si las partes se han regulado a través de un convenio arbitral destinado a la resolución de sus controversias vía arbitraje, no pueden sustraerse de dicho acuerdo y recurrir al poder judicial, ya que estarían violentando lo que dispusieron como acuerdo en aplicación de su autonomía de la voluntad.

En consecuencia, el arbitraje se vuelve inevitable aun cuando una de las partes se niegue a recurrir al mismo para poner de manifiesto sus desavenencias con su par contractual, debiendo entender el juzgador (juez y/o árbitro) que la voluntad primigenia de las partes era justamente sustraerse del fuero ordinario, ni más ni menos.

---

<sup>24</sup> Decreto Legislativo N° 1071

#### **Artículo 38.- Buena fe**

Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje.

## **2.1.2. EL ARBITRAJE COMO INSTRUMENTO DE INVERSIÓN**

### **2.1.2.1. Los Fondos de Inversión en Litigios y su funcionamiento**

El nombre anticipa, quizá, una práctica poco usual en el mercado latinoamericano y desde luego en el iberoamericano, no obstante, este modelo de negocio denominado financiamiento de terceros en litigios (third party litigation funding) ha ido en constante crecimiento a nivel mundial, por ser un sector que no está regulado (en la mayoría de países) y que presenta considerables ganancias para sus partícipes.

La dinámica de un Fondo de Inversión especializado en litigios (FEIL) es bastante sencilla, se trata de un grupo de empresas o empresarios (personas naturales o jurídicas) quienes han constituido una empresa dedicada exclusivamente a invertir sus activos en litigios de mediana o gran escala, así como en portafolios de litigios relativamente más pequeños, pero que en volumen se equiparan a uno de tipo grande.

Pueden existir FEIL que financian cualquier tipo de litigio (litigation funding) o aquellos exclusivamente dedicados al financiamiento de litigios arbitrales (arbitration funding), el presente trabajo está orientado principalmente al estudio del segundo tipo de fondos, sin embargo, la revisión de la investigación abordará necesariamente el primer tipo de fondo.

Así, el FEIL analiza determinada oportunidad de negocio (casos a ser financiados) y de resultar una expectativa positiva de retorno de su inversión decide financiar el litigio arbitral en su totalidad, ello a cambio de un porcentaje de lo que se logre cobrar con el laudo final a emitirse (y dependiendo de la forma de financiación pactada por las partes), sin embargo si pese a que el FEIL efectuó la inversión y el caso no resulta en victorioso, no existe obligación de reembolso de parte del financiado, siendo el FEIL el que asume el riesgo total de la inversión.

Desde luego, el mercado de los FEIL es relativamente nuevo, no obstante, el nivel de penetración en el mercado ha sido significativamente positivo:

Actualmente, se cuenta un número de 50 instituciones dedicadas a esa actividad: Bentham IMF, Burford Capital Limited, Harbour Litigation Funding, Vannin Capital, Woodsford Litigation Funding, Calunius Capital, para nombrar algunos. A nivel regional, opera en Perú el TPFunder Lex Finance, que se define como primer y único fondo de inversión en arbitrajes enfocado en Latinoamérica e Iberoamérica. Han surgido, asimismo, servicios complementarios de compañías bróker que facilitan a los clientes el acceso a los diversos TPF, por ejemplo, ClaimTrading. (Mereminskaya, 2017, pág. 2)

No obstante ello, el incremento de firmas especializadas en el financiamiento de litigios se debe a la demanda por sus servicios, ya que puede creerse que los interesados en recibir financiamiento se tratarían únicamente de empresas que no dispongan de los recursos para afrontar los gastos propios de un litigio, sin embargo, esta herramienta también es usada por empresas que teniendo bastos recursos prefieren ver sus litigios como un activo y optan por rentabilizarlo a través de un inversión especializada, que no solo le generaría una inyección de dinero sustancial, sino que no afectaría su flujo de caja, al ser el fondo quien asuma todo el riesgo financiero y legal del pleito.

Así, se necesitan varios puntos a considerar para que un FEIL invierta efectivamente en un pleito. “En primer lugar, que lo demandado sea monetizable y que represente una cuantía importante. En segundo término, y para que la rentabilidad les sea interesante, que exista una relación entre inversión y cuantía demandada de 1 a 10.” (Del Rosal, 2019).

En consecuencia, el modelo de negocio de un FEIL está compuesto de tres etapas: (i) la evaluación del caso, (ii) la propuesta de inversión y (iii) la ejecución del plan de inversión.

#### **(i) La Evaluación del Caso**

El primer elemento importante, es el estudio o evaluación del caso a financiar, para el cumplimiento de este propósito el FEIL suscribe un acuerdo de

confidencialidad (non disclosure agreement, por sus siglas en inglés) con la parte interesada en recibir financiamiento, la finalidad de este documento es que tanto el FEIL como la parte interesada en ser financiada, guarden estricta confidencialidad y reserva sobre los documentos e información que recibirán o que estarán sujetos a revisión por parte del equipo del FEIL.

El acuerdo de confidencialidad es de vital importancia en esta etapa inicial, ya que la liberación de cifras, de documentos privados, protegidos por secretos industriales y los resultados del análisis que serán practicados no pueden ser divulgados, comentados u ofrecidos a otros fondos de inversión (por parte del interesado en recibir financiamiento) como una herramienta de negociación para obtener una mejor propuesta económica – solo por citar un ejemplo- en caso que el FEIL primigenio decida no financiar la controversia.

Esta regla también aplica, para el propio FEIL receptor de la información del postulante a recibir fondos, ello ya que el FEIL estaría en una posición privilegiada, por lo que no podría emplear dicha información ventajosa para presentar ofertas o propuestas de financiamiento a terceros interesados (por lo general, a la contraparte de quien busca recursos para demandar).

El incumplimiento de este acuerdo de confidencialidad (NDA) acarrearía el pago de una cuantiosa cifra en calidad de indemnización por la parte que incumplió el acuerdo, monto que por lo general es pactado por anticipado entre las partes suscriptoras.

Luego de la liberación de información y documentación del caso al FEIL, se ingresa al período de análisis o denominado *due diligence*, el mismo que consiste en la revisión del caso, por dos comités altamente especializados, un comité de tipo legal, encargado de medir el riesgo legal del caso y otro comité de tipo financiero,

cuya finalidad es la medición del riesgo crediticio y financiero de la asunción del caso por el FEIL, así la *due diligence*:

En cualquier caso, esta expresión se ha ampliado internacionalmente para incluir cualquier tipo de investigación sobre los riesgos o contingencias que se pueden adquirir en relación con la compra de una sociedad o de activos de la misma en un contexto comercial, con financiaciones y con investigaciones pre contractuales en general. En definitiva, la *due diligence* es un proceso de investigación necesario antes de contraer o llevar a cabo cualquier tipo de compromiso o inversión financiera de importancia. (Serrano, 2018)

El primer análisis a efectuarse es realizado por el comité legal, el mismo que está conformado por abogados y asesores legales de renombre o que disponen de comprobado conocimiento y experiencia en la materia de fondo sobre la que versará el litigio arbitral a promoverse.

Este primer comité revisa los actuados en el caso, tales como el contrato o el negocio jurídico que vincule a las partes en controversia, la relación comercial mantenida, los elementos que generaron el conflicto, analizando si los mismos fueron dados dentro de las condiciones contractuales pactadas, si existieron incumplimientos o conductas que se interpreten como tales, asentimientos de modificaciones de condiciones contractuales primigenias, no ejecuciones, etc.

Luego de esto, el comité legal efectúa una revisión de la estrategia que se podría seguir, mediando el estado actual de la controversia, en base a ello calculará un porcentaje de éxito de la controversia (o la conveniencia de un plan de negociación estratégica que evite el litigio arbitral), sugerirá una terna o lista determinada de los árbitros que podrían ser designados para fines de conformación del Tribunal Arbitral, la firma de abogados (que por lo general es una firma aliada al FEIL) que pueda

patrocinar el caso y llevarlo adelante, así como estimará los tiempos legales que tardará cada etapa arbitral y de ejecución del laudo (considerando si el marco contractual de las partes disponía de un soporte de garantía patrimonial, como por ejemplo hipotecas), dirigiendo el resultado del análisis en un informe legal.

Posterior a la realización de este análisis de riesgo legal, toda la información recopilada en conjunto con el informe emitido por el comité legal es transferido al comité financiero, para que pueda calcular el riesgo de la inversión (o riesgo crediticio), procediendo a revisar el tiempo estimado de la inversión, la cantidad de recursos a ser empleados, tales como honorarios arbitrales y administrativos (para casos de arbitrajes institucionales), honorarios legales, honorarios de los peritos que se necesiten para la discusión técnica, gastos logísticos (tales como viajes de los abogados, partes o peritos), el tiempo de retorno de la inversión, es decir el plazo estimado de la inversión y cuánto tiempo tardaría una vez concluido el caso en reflejar las ganancias.

Una vez concluida esta primera estimación del comité financiero, se podrían estimar datos ligados a la inversión que debería hacer el FEIL, la fórmula de inversión a seguirse (este tema será abordado más adelante) y los porcentajes que se pedirán a cambio de una inversión a la parte interesada en los fondos.

El *due diligence* está compuesto por ambos informes, el mismo que servirá al FEIL para la toma de una decisión eficiente relativa a la inversión en el caso puesto a su conocimiento, para los cual dichos informes deberán adecuarse a las condiciones estándares o básicas a los que el FEIL esté acostumbrada a financiar:

Para que los fondos decidan invertir en una demanda, ésta debería tener una cuantía significativa. Se estima que debería ser por lo menos 6 veces superior a los costos del procedimiento. También es factible que se financien grupos de

demandas que por sí solas no son cuantiosas, pero que una vez consolidadas, arrojan cuantías interesantes.

Un TPFunder otorga el financiamiento para cubrir gastos tales como honorarios de representación legal, honorarios del tribunal arbitral, el costo de los peritajes, etc. Un fondo de renombre puede invertir entre US\$ 3 y 10 millones en una demanda cuyo valor fluctúa entre US\$ 25 y 100 millones, a cambio de un porcentaje que corresponde a 2,5 hasta 4 veces la inversión o 10 % a 45% de los daños otorgados. (Mereminskaya, 2017, págs. 2-3)

Y es que la propia práctica financiera del mercado de financistas en litigios, eleva el estándar de aceptación de casos que se convertirán en litigios arbitrales a ser financiados, por lo que “tan solo aceptan los casos con probabilidades de éxito estimado sobre un 65% o 70%” (Alonso Cánovas, 2016, pág. 11)

## **(ii) La Propuesta de Inversión**

Una vez que el FEIL dispone de toda la información cualitativa y cuantitativa sobre la controversia y específicamente sobre los márgenes de utilidad de la posible inversión, se encuentra listo para dar a conocer su propuesta de inversión al interesado en el financiamiento.

En ese sentido, si el FEIL está interesado en otorgar el financiamiento remite una carta de intención, por medio de la cual oficializa su real interés en inyectar financiamiento en la controversia, la misma que incluye los términos y condiciones de la inversión que efectuarían, para que de esa forma el interesado pueda evaluarla y tomar una decisión.

Una carta de intención (*letter of intent* o *term sheet*, por sus siglas en inglés) es una figura surgida del *common law* sin embargo, que dada su globalización en el

mundo de los negocios ha sido adaptada y hasta tropicalizada en los países practicantes del *civil law*, así:

Las posibles acepciones del término “carta de intenciones” (o *letter of intent*) como es conocida en Derecho Anglosajón) no se agotan aquí. En el ámbito del *Common Law*, el término *letter of intent* hace referencia a toda clase de documentos precontractuales, dentro de los cuales se engloban: los documentos que plasman una invitación a negociar (que serían lo que en este trabajo se denominan como carta de intenciones propiamente dicha y que son aquellos a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior), los documentos bilaterales que contienen el estado de las negociaciones (que se llamarán pactos de intenciones) y, finalmente, los acuerdos preliminares vinculantes, es decir, los precontratos. (Navares González, 2011, pág. 218)

Por lo tanto, la mencionada carta de intención remitida por el FEIL es una mera propuesta u formalización de un interés serio de generar negocios con la parte solicitante del financiamiento, razón por la cual no tiene efectos vinculantes equiparables a las de un contrato, ya que en una etapa posterior la carta de intención puede ser complementada o hasta modificada, dependiendo del giro que tomen las negociaciones entre las partes interesadas.

No obstante, consideramos que una carta de intención no puede ser equiparada a un acuerdo estrictamente vinculante o al contrato que guiará a las partes en el negocio convocado, ello a razón de que aún no se tiene delimitado todos los aspectos de la relación comercial, resaltamos esto ya que en la práctica suelen promoverse acciones legales de mala fe mediando una carta de intención, y es que “cuando las partes han negociado y ejecutado una carta de intención (...) es común que una de las partes demande a la otra por incumplimiento de contrato formado por la carta de

intención o quizá, por el rompimiento del deber de buena fe (King, Nugent, & Van Dyke, 2018, págs. 6-11)”

Esta carta de intención remitida por el FEIL, por lo general, tiene un período de duración durante el cual la parte interesada puede manifestar su aceptación a la misma, sugerir modificaciones a la propuesta original o renegociar algunos alcances económicos, para lo cual mediará la aceptación del FEIL, en cuyo caso podría suscribirse un contrato de inversión.

### **(iii) La Ejecución del Plan de Inversión**

Una vez que, tanto el FEIL y la parte interesada, acepten los acuerdos finales arribados producto de las negociaciones, dirigidas por la propuesta incluida en la carta de intención, estarán en la plena capacidad de formalizar dichos acuerdos en un contrato denominado por la práctica “contrato de inversión”.

Este contrato delimita los términos y condiciones definitivas que guiarán tanto la inversión del FEIL, la conducta esperada de los financiados y los márgenes de ganancia convenidos por las partes; además incluye el plan de acción que se seguirá en el caso financiado, es decir se ejecutará lo dispuesto en el informe legal practicado previamente como parte de la *due diligence*.

Dichos contratos de inversión suelen ser bastante tradicionales, regulan aquello que necesariamente deba ser considerado en un contrato tipo de esta naturaleza, pudiendo distribuir su análisis en cuatro puntos importantes:

1. En algunos contratos, el fondo puede tener derecho a un múltiplo de lo invertido (usualmente tres veces) más el reembolso de lo invertido. Por ejemplo, si el fondo financia los costos totales de un arbitraje por USD 1 millón, su retribución en caso de recuperación de fondos será de USD 3

millones, más lo desembolsado. En tal caso, el cliente tendrá que pagar en total USD 4 millones al fondo.

2. En otros contratos, el fondo puede tener derecho a recibir un porcentaje de lo recuperado. Entre un 10% y 40% es usual.
3. Otros contratos utilizan los dos métodos anteriores de forma excluyente, bajo la fórmula de que el fondo tendrá derecho a la suma más alta de lo que resulte de la aplicación de cualquiera de los dos.
4. En otros contratos, la retribución del fondo puede estructurarse como una combinación de los dos primeros métodos mencionados más arriba. Al respecto, es usual ver en la práctica contratos bajo los cuales el fondo tiene derecho a un múltiplo de lo invertido más un porcentaje de lo recuperado. Normalmente, el segundo elemento empieza a aplicarse cuando lo recuperado excede cierto umbral predeterminado. (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, la práctica generalizada en la inversión de litigios arbitrales, los FEIL suelen estructurar sus inversiones de acuerdo a ciertas etapas, esto es la liberación de cierta cantidad del dinero de acuerdo a las etapas que tome el curso del arbitraje, estas etapas son denominadas *tranches*, los montos son entregados para procederse con los pagos pendientes y son efectuados a contra entrega de la factura o comprobante convenido.

Luego de suscrito el contrato de inversión, el FEIL (al margen de la estructura de liberación de fondos que haya adoptado) deberá constituir una sociedad especializada en la inversión específica de la controversia, para suscribir un contrato que vincule tanto al FEIL, el financiado y esta nueva sociedad especializada, persona jurídica a través de la cual trasladará los fondos por etapas al financiado, esto quiere decir que no es el propio FEIL el que constantemente movilizará la masa dineraria para la financiación del caso.

Todo lo contrario, a ello, se constituye una sociedad destinada exclusivamente para dichos fines, la misma que es denominada Sociedad de Propósito Específico (SPE) o *Special Purpose Vehicle (SPV)*, por sus siglas en inglés, así una SPE o SPV son de considerable importancia si se tiene en cuenta los grandes volúmenes de dinero (flujos dinerarios) que se necesita inyectar a los distintos actores de financiamiento del caso, así lo puntualiza BRAVO:

En aquellos proyectos cuyas inversiones son de tamaño significativo para la sociedad que las impulsa, las entidades financieras, usualmente, acuerdan con los promotores su desarrollo mediante la formación de las denominadas Sociedades de Propósito Específico o Especial (SPE). A través de estas, los promotores generan una empresa nueva, formada con aportes iniciales (capital social inicial) no significativos frente al tamaño de la inversión, esta empresa se encarga de firmar los acuerdos de financiamiento, en los cuales se determina el esquema y condiciones de la deuda a proporcionar por los acreedores para la ejecución del proyecto, y de ser el vehículo para la firma y administración de los contratos de construcción, obras, equipamiento y de operación; necesarios para el desarrollo del proyecto. (Bravo Orellana, 2018)

Entonces, la constitución de la SPV es trascendental ya que (i) permitirá que no se comprometa mayor patrimonio que el proyectado por el FEIL, (ii) permitirá una correcta administración de los recursos asignados para la inversión específica en el litigio y (iii) disminuirá el error durante la ejecución de la inversión.

Adicionalmente, un SPV constituye una excelente herramienta para el manejo de los riesgos que están adheridos a la inversión efectuada, así:

Con respecto a la administración de riesgos, una SPE permite: (i) identificar los riesgos de inversión, de ingresos y costos operativos, así como trabajar en su administración, de tal manera que los riesgos de otros proyectos no influyan en la volatilidad de los resultados; (ii) que el acreedor conozca que respaldarán el repago del financiamiento, incluso en escenarios adversos; (iii) identificar claramente el ingreso por la venta de los servicios del proyecto y los flujos de destino, los costos operativos, el servicio de deuda, entre otros; (iv) que los acreedores, en caso de *default* o fallas en el repago de la deuda, intervengan con mayor facilidad en la SPE para hacer los correctivos necesarios o, de ser el caso, cambiar al operador; entre otros aspectos. (Bravo Orellana, 2018)

Como puede verse, el inversionista si bien no busca un control absoluto sobre el destino de la controversia (adicionalmente a que para ello contrata abogados especialistas), si escatima en el manejo escrupuloso de las finanzas de los fondos que manejará para el litigio, razón por la cual a fin de mitigar todo tipo de riesgo constituye una SPV con todas las prerrogativas de dirección sobre la operación.

#### **2.1.2.2. Derecho litigioso versus controversia económicamente relevante**

Como podremos anticipar de la revisión del enunciado de este acápite, no es lo mismo un derecho litigioso que una controversia económicamente relevante, ya que como veremos,

en el primer supuesto debe existir un litigio en marcha, mientras que en el segundo caso el litigio no ha iniciado.

Esta diferencia es esencial para efectos del presente trabajo, ya que un inversionista especializado en el financiamiento de litigios, considerará esta situación como paso previo a efectuar alguna inversión, debiendo incorporar en su cálculo de probabilidades de éxito el estado del litigio en curso o en todo caso la magnitud del litigio que está por empezar.

Por ello, es importante delimitar los alcances de un litigio *per se*, ya que el principal problema radica en identificar cuando determinada situación se convierte en una de tipo litigiosa y cuando nos encontramos en el escalón previo, es decir en el de una mera controversia.

En una relación contractual determinada, las partes suelen anticipar la manera por medio de la cual solucionarán sus disputas, este pacto es incluido por regla general al interior del contrato mismo, bajo una cláusula de solución de controversias, la misma que normalmente es incorporada por defecto y no reúne – necesariamente - la mayor atención de las partes, ya que como es natural ninguna persona inicia negocios pensando en la posibilidad del surgimiento de un conflicto.

No obstante, al momento de la presentación de los primeros desacuerdos y sus posteriores complicaciones, el escenario se agrava para mutar de un simple “malentendido” a una controversia en todo su esplendor, la misma que gatilla la activación de la cláusula de solución de disputas, que válidamente podría incluir una chance adicional para que las partes de forma autocompositiva puedan solucionar esa controversia por un plazo determinado o por el contrario ante la ausencia de este paso previo, la parte que considera que su derecho ha sido vulnerado tendría la posibilidad de recurrir al fuero respectivo donde resolverá la disputa mediando un litigio.

Por lo tanto, nos referimos a litigio cuando existe una contraposición de intereses entre las partes, el mismo que requerirá ser resuelto por un tercero, así equiparándolo a la situación exacta cuando surge “un conflicto intersubjetivo de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro” (Carnelutti, 1994, pág. 44)

Sin embargo, es importante mencionar que un conflicto o controversia no implica un litigio por sí mismo, esto quiere decir que para que sea denominado como tal debe existir cierto grado de relevancia jurídica, que amerite su revisión por un juez o árbitro, es entonces que nos referimos a “el conflicto jurídicamente trascendente, que constituya el punto de partida o causa determinante de un proceso” (Alcalá Zamora y Castillo, 1991, pág. 18).

Una controversia jurídicamente trascendente que sea promovida por una de las partes, como producto de determinado acto jurídico es exteriorizada a través de ciertas pretensiones ante - en nuestro caso - un árbitro quien atenderá el conflicto alrededor de la afectación del derecho subjetivo alegado por la parte demandante, debiendo recabar la posición de defensa de la parte demandada.

Ahora bien, es válido sostener dos posturas con respecto a que debemos considerar un derecho litigioso, por un lado, se sostiene que para su existencia es necesario que al menos una de las partes haya promovido una demanda y que su contraria haya contestado la misma, por otro lado, se sostiene que un derecho también sería litigioso solo por el hecho de que exista una controversia entre las partes.

Sin embargo, consideramos que un derecho litigioso adquiere esa categoría cuando ya existe un proceso en curso, ya que como hemos precisado en líneas anteriores para la

existencia de un litigio es necesario que el caso en disputa haya sido presentado ante un árbitro y que la misma se encuentre en marcha.

No obstante, aterrizando nuestro análisis al caso arbitral, hablaríamos más propiamente de un litigio arbitral, el mismo que no necesariamente empezaría con la demanda y contestación, ello ya que existen reglamentos arbitrales en los que un arbitraje inicia con la presentación de la petición de arbitraje, la misma que generalmente es contestada (con o sin reclamaciones) por la parte contraria, por lo que, en este caso con la contestación de la petición o solicitud de arbitraje ya nos encontraríamos ante un litigio arbitral.

Así también lo considera nuestro CC84, el mismo que autoriza a través de su artículo 1208<sup>25</sup>, la celebración de contratos que versen sobre derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa, alineando el término derecho litigioso a una controversia que se encuentre en curso ante una jurisdicción determinada, la cual incluye el arbitraje, por lo que el factor de temporalidad es fundamental, se requiere que la parte haya accionado ante el fuero arbitral, asimismo “el crédito es litigioso mientras no esté terminado mediante sentencia” (Navarro Perez, 1988, pág. 258).

De otro lado, nos encontramos ante una controversia económicamente relevante, la misma que, en primer lugar, debe ser entendida como aquella controversia o disputa surgida entre las partes vinculadas a través de cierto negocio jurídico y que por sus características o contexto ha quedado notoriamente claro que dicha desavenencia no podrá ser finalizada por un acuerdo armonioso de las partes, siendo necesaria la promoción de acciones legales a nivel arbitral.

---

<sup>25</sup> Código Civil Peruano de 1984

Artículo 1208.- Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa.

En segundo lugar, una controversia es económicamente relevante cuando los montos materia de reclamo son considerablemente elevados y permiten, bajo un análisis costo – beneficio, evaluar sus probabilidades de éxito, examen que coadyuvaría a que un inversionista interesado pueda financiar la controversia a cambio de un retorno mínimo esperado, afrontando gastos vinculados al inicio del arbitraje, tales como honorarios de abogados, de los árbitros, de la secretaría, de los peritos, etc.

Por lo tanto, una controversia económicamente relevante se ubica en un escalón previo al litigio arbitral, soportando, en el mayor de los casos, un análisis previo que permita a la parte interesada requerir financiamiento externo, así como al inversionista la realización de un examen de riesgos y viabilidad de su inversión.

Finalmente, la relevancia de la diferenciación de ambos conceptos esta fundamentalmente vinculada a la participación del financista, ya que, en el caso de un derecho o crédito litigioso, quien ha evaluado los riesgos legales y económicos de la acción en sede arbitral es la propia parte, por lo que el margen de ganancia del inversionista se vería notoriamente reducido, al no haber efectuado su estudio de factibilidad de éxito de la controversia con los filtros adecuados.

La historia cambia cuando nos encontramos ante una controversia económicamente relevante, ya que en este caso el financista si podrá desplegar las revisiones y análisis que estime pertinentes sobre las posibilidades de éxito de las controversias, pudiendo efectuar un cálculo eficiente sobre la viabilidad de su inversión; por lo que, evidentemente un financista estaría en una mejor posición para determinar su inversión cuando tenga en frente a una controversia económicamente relevante.

### **2.1.2.3. Cesión de derechos litigiosos**

Al margen de que un inversionista no haya podido participar en la evaluación de factibilidad de la controversia (como revisáramos, práctica habitual en este tipo de

financiamiento), es claro que puede efectuar un estudio de los actuados, tanto de la petición de arbitraje o demanda (según sea el caso), de la estrategia optada por el abogado patrocinante, de las contestaciones efectuadas por la contraparte, de las audiencias realizadas, del informe pericial ya expuesto, entre otras actuaciones arbitrales relevantes, dependerá de la fase en la que se encuentre el arbitraje.

En ese escenario, la revisión del financista del caso planteado puede ser positiva pudiendo optar por invertir en el caso, para cuyo efecto válidamente solicitaría una cesión del crédito o derecho litigioso, para que sea el propio financista el que tenga un control sobre las siguientes actuaciones que serán promovidas en el caso.

Si bien es cierto, los financistas en materia de litigio, prefieren no involucrarse directamente en el caso, razón por la cual, en su mayoría, preferirían no optar por una cesión de derecho litigioso, debido al impacto que generarían en el curso normal del arbitraje – ocurriría algo similar a un sucesión procesal-, pueden decidir hacerlo, dependiendo de cada caso en particular.

Como delimitamos en líneas anteriores, la cesión de derechos litigiosos está regulada en nuestro CC84, al respecto CASTILLO FREYRE señala que:

La cesión de algún derecho sobre el que exista controversia pendiente puede generarse por diversos motivos. Uno de ellos podría ser la voluntad del acreedor cedente de librarse de la relación obligacional y del seguimiento y supervisión del trámite en el que se ventila dicha controversia. Pero el motivo más importante podría ser el de no estar a las resultas de un proceso que puede ser exitoso o no. [...]

En el caso de una cesión de derechos litigiosos, sólo se requeriría poner en conocimiento del juez la cesión, la que deberá ser comunicada o notificada a la otra parte, si ésta no ha manifestado previamente su asentimiento. Los mismos principios se aplicarían para la cesión de derechos en un proceso arbitral o administrativo. (Castillo Freyre, 2008, pág. 7)

Por consiguiente, la fórmula del financista para este caso en concreto sería el aseguramiento del resultado, prefiriendo tener una cuota total de decisión en el caso para garantizar que su retorno o utilidad no se ve afectada, funcionando de esa manera en la práctica:

La firma de inversión paga una cantidad al potencial demandante y se subroga en sus derechos, pasando a ser el titular de los mismos, En consecuencia, tiene, a partir de ese momento, plena capacidad para decidir sobre la estrategia judicial o arbitral a seguir. Sin embargo, esta figura presenta características y una problemática de la sucesión procesal. (Del Rosal, 2019)

En ese sentido, el análisis del riesgo debe estar encaminado a incluir todas las contingencias de tipo legal que puedan surgir durante el desenvolvimiento del litigio arbitral cedido, situación que previamente ha debido comprender una etapa de liberación de la información por parte de la parte cedente del crédito o derecho litigioso, teniendo la obligación de liberar toda la información que considere relevante y que permita tener un alcance general y específico al cesionario sobre la situación sustantiva y adjetiva del caso en concreto.

No obstante, al margen del pacto que el inversionista pueda acordar en su contrato de cesión específico frente a la omisión por parte del cedente de entregar o revelar información que sea importante para efectos del caso (tales como estipularla como causal de resolución o como supuesto de indemnización), es importante mencionar que el propio ordenamiento jurídico peruano también otorga herramientas jurídicas para sancionar dicha conducta y así lo puntualiza también BARCHI:

¿Qué ocurre si el cedente no informa al cesionario del carácter litigioso del crédito? No existe una norma específica, pero se trataría de una especie de vicio oculto. Consideramos que en este caso el cesionario deberá gozar de la “acción redhibitoria” (artículo 1511) y en tal sentido, podría pedir la resolución del título o gozar de la “acción

estimatoria” (artículo 1513) y pedir que se le pague lo que el crédito vale menos en razón del riesgo existente. Otra duda que se genera es si el litigante goza del derecho de retracto. En efecto, conforme al artículo 1599 tiene derecho de retracto el litigante, en caso de venta al contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente. (Barchi Velaochaga, 2016, pág. 338)

En consecuencia, y al margen de las herramientas jurídicas de las que disponga el inversionista para hacer valer su derechos frente al cedente del derecho, consideramos que la cesión del derecho litigioso es un modo de transmisión muy riesgoso para el inversionista ya que siempre tendrá en frente a la contraparte que el cedente esté demandando, quien puede obstaculizar la cesión del derecho, viendo el financista un elevado riesgo de verse inmiscuido en situaciones de tipo procesal que impidan una inversión fructífera.

En efecto, este litigante (demandado) podría ejercitar su derecho de retracto<sup>26</sup> hasta dentro de los treinta días calendario desde que tomó conocimiento de la situación de cesión, colocando al inversionista en un escenario de completa incertidumbre y privándolo del derecho adquirido con la compra del crédito litigioso, es decir lo que inicialmente debería ser un activo se convertiría en un pasivo para el financista.

Distinto es el caso de otras jurisdicciones (como la costarricense) que excluye explícitamente de su regulación normativa la posibilidad del derecho de retracto en los casos de cesión de derechos litigiosos de tipo mercantil (comercial)<sup>27</sup>, por lo que consideramos que

---

<sup>26</sup> Código Civil Peruano de 1984

#### **Titulares del derecho de retracto**

**Artículo 1599.-** Tienen derecho de retracto:

[...]

3.- El litigante, en caso de venta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente.

<sup>27</sup> Código de Comercio Costa Rica – Asamblea Legislativa N° 3284

Artículo 494.- La cesión de derechos litigiosos emanados de actos o contratos de comercio, no da lugar a retracto, cualquiera que sea el título del traspaso.

si la normativa peruana incorporara una exclusión de este tipo, el inversionista podría no considerar este elemento como un factor de alto riesgo en su análisis de viabilidad, equiparando dentro de su portafolio de inversión aquellas carteras de litigios que se encuentren en marcha y en los cuales pueda tomar el control de los mismos, sin que ello genere una consecuencia negativa en su inversión.

#### **2.1.2.4. Compra de Laudos Arbitrales**

Otra alternativa de inversión de los FEIL se ve reflejado en la denominada compra de laudos arbitrales, forma que no es una de las preferidas por los inversionistas pero que permite al interesado obtener liquidez inmediata a cambio de la cesión de los derechos que han sido recogidos en el laudo arbitral.

El sistema en este tipo de financiamiento es bastante elemental, el FEIL efectúa su *due diligence* (financiera – legal) sobre el laudo arbitral, analizando situaciones como la posibilidad de que la parte vencida presente un recurso de anulación de laudo arbitral o de haberlo presentado que probabilidades existen de que dicho recurso no prospere, así como la revisión de cualquier situación de tipo procesal que pueda obstaculizar la ejecución del laudo arbitral, tales como que el Tribunal Arbitral haya laudado en base a pretensiones meramente declarativas u oscuras que traben la ejecución del laudo.

Adicionalmente, se efectúa el análisis de costo – beneficio, que fue estudiado en acápite anteriores, cuya realización va destinada al cálculo (básicamente) del gasto procesal y de abogados para lograr la ejecución del laudo, así como el escrutinio en la capacidad económica de la parte vencida y la posibilidad de cobrabilidad de lo resuelto en el laudo arbitral, ya que no sería tan atractivo para un inversionista comprar un laudo, cuando la parte contra quien se dirigirá la ejecución del laudo no tenga patrimonio para soportar el cumplimiento voluntario o forzoso de lo resuelto.

Culminada esta fase previa, el FEIL estaría en la posibilidad de poder determinar las probabilidades de éxito en la ejecución del laudo, con lo cual podría ofrecer una tasa de descuento mayor o menor, dependiendo de la estadística del estudio realizado.

Esto quiere decir que si, por citar un ejemplo, la parte que busca financiamiento podría obtener con el laudo arbitral US\$ 35 millones de dólares americanos, el FEIL podría ofrecer una tasa de descuento del 20%, con lo cual pagaría inmediatamente la suma de US\$ 28 millones de dólares al interesado en el financiamiento.

Los US\$ 8 millones de dólares que aparentemente estaría dejando de percibir el financiado equivaldrían al costo de oportunidad que implicaría recurrir a la vía de ejecución para efectivizar el cobro del laudo arbitral por su sola cuenta y con sus propios recursos, carga que estaría siendo trasladada al FEIL al mediar la compra del laudo, así:

El costo de oportunidad de una cosa es aquello a lo que renunciamos para conseguirla. Cuando tomamos una decisión, como la de estudiar en la universidad, debemos estar conscientes de los costos de oportunidad que acompañan cada una de nuestras posibles opciones. Por ejemplo, los deportistas colegiales que tienen la posibilidad de ganar millones si abandonan los estudios y que se dedican profesionalmente al deporte, por lo general están muy conscientes de que para ellos el costo de oportunidad de estudiar en la universidad es muy alto. No es de extrañar que a menudo lleguen a la conclusión de que el beneficio de asistir a la universidad no vale la pena el costo. (Mankiw, 2012, pág. 6)

En consecuencia, la compra de laudo es una excelente alternativa tanto para el FEIL como para la parte interesada en su compra, ya que otorga al primero una posibilidad de negocio con mínimo riesgo y altas probabilidades de rentabilizar su inversión, así como una forma de obtener liquidez inmediata para la otra parte.

### 2.1.2.5. Financiamiento a través de Deuda

Esta modalidad de participación del FEIL no es empleada de forma muy frecuente, ya que las ganancias que el inversionista esperaría se obtienen financiando directamente el litigio, no obstante ello, el FEIL puede ofrecer un préstamo de dinero para que el interesado pueda emplearlos en la inversión de los costos relacionados al arbitraje por iniciarse o iniciado, ello a cambio de una tasa interés determinada y de un bono de éxito (*success fee*) en caso la controversia resulte positiva para su financiado.

Entonces, este mutuo entregado por el FEIL es de naturaleza alternativa, ello en virtud a que ofrece préstamo de dinero sin ser una entidad bancaria o financiera regulada, delimitando el otorgamiento del fondo únicamente para litigios arbitrales, por lo tanto dependerá el tipo de materias en discusión y las probabilidades de éxito de la misma para que (i) el FEIL acceda a prestar el dinero solicitado o (ii) por el contrario, reduzca el monto que estaría dispuesto a entregar, al mediar un análisis distinto de probabilidades de éxito del caso.

Adicionalmente, los criterios de análisis para efectuar el préstamo de dinero por el FEIL incluyen la revisión del negocio (la controversia a la que se destinará el dinero) y al cliente (el interesado en el préstamo) parámetros que generarán certeza con respecto al cumplimiento del pago de la deuda, el tiempo y las probabilidades de que se reciba el bono de éxito al culminar el arbitraje.

La gran diferencia entre un préstamo o mutuo convencional que daría cualquier persona jurídica, natural o inclusive una entidad bancaria, es que previamente se efectúa un estudio financiero no solo de la persona que solicita el dinero, sino también del litigio que el cliente busca autofinanciar, ello con una doble finalidad: la primera cerciorarse la factibilidad de éxito de la controversia a efectos de que su cliente cumpla efectivamente con los lineamientos del

contrato de préstamo y la segunda para la determinación del monto efectivo que el FEIL desembolsará.

Esta evaluación es distinta que los créditos regulares que son ofertados o demandados en los mercados regulados (créditos de consumo, créditos hipotecarios, créditos ordinarios, etc.), ya que por lo general la principal fuente de cumplimiento del préstamo entregado será el resultado de la propia controversia, situación que fomenta una inversión en casos que tengan una ratio elevada de éxito, pese a que el monto entregado sí deba ser reembolsado con independencia del resultado del arbitraje, a diferencia de aquellos casos en los que el FEIL invierte con fondos no reembolsables en la controversia, en cuyos casos si el financiado pierde el arbitraje no existe una obligación de reembolso al FEIL, este no es el caso del financiamiento por deuda, en el que lo único que el financista dejaría de percibir sería el bono de éxito.

Una característica adicional que diferencia esta modalidad de financiamiento de las demás es que el grado de control del financista es nulo, siendo el interesado el único responsable de la conducción del arbitraje, así como la toma de decisiones al interior del mismo, ello ya que el financiado de igual forma tendrá que devolver el capital entregado más los intereses respectivos.

#### **2.1.2.6. Financiamiento de la controversia**

Esta fórmula de financiación es la más empleada por el mercado de financiamiento de litigios, ello principalmente por los índices de retorno que pueden ser percibidos por el inversionista a la finalización del arbitraje, así como el grado de control que ostenta en el manejo del sino del arbitraje, lo que le permite reducir significativamente los riesgos de perder su inversión.

Sobre este tipo de financiación, es importante mencionar que actualmente lideran el mercado dos fórmulas particulares para financiar el litigio:

Por un lado, el costo directo de un caso, en el que se sufragan todos los gastos que podría tener el cliente. Por otro lado, la financiación de un portafolio de asuntos, supuestos en el que quien recibe el dinero no es el cliente sino un despacho con un paquete de asuntos. (Del Rosal, 2019)

Como hemos explicado anteriormente, para efectos de invertir bajo esta modalidad el FEIL efectúa el *due diligence* respectivo evaluando los criterios para la reducción de la volatilidad del negocio, los mismos que de forma específica para esta modalidad son – por regla general – bastante recurrentes, tal y como es reconocido por los propios practicantes:

Los principales factores que los fondos consideran cuando evalúan una propuesta de financiamiento son: (i) los méritos del caso (la jurisdicción y el fondo del asunto); (ii) una estimación realista del monto de indemnización que podría ser obtenido; (iii) los costos totales necesarios para completar el caso; (iv) las potenciales dificultades a la hora de ejecutar un laudo o sentencia en contra de la contraparte; y (v) otros aspectos procesales (v.gr., duración del caso, posibilidad de bifurcación o fragmentación del proceso en etapas, asuntos probatorios, idioma procesal, sede del arbitraje, potenciales causales de nulidad en contra de un laudo y designación de árbitros).

Desde un punto de vista económico, muchos fondos sólo financian disputas en las cuales la relación entre costos totales del caso y un monto realista de indemnización es 1 a 6, pero algunos pueden ser más exigentes, requiriendo una relación entre costos e indemnización de 1 a 10. (Clyde & Co, 2019, pág. 11)

El beneficio que obtiene el FEIL con este tipo de inversión es principalmente un porcentaje del monto que logre resolverse con el laudo arbitral a expedirse, el mismo que suele ser oscilar entre “el 10% a 45% de los daños otorgados” (Cremades B. M., 2011, pág. 14).

Para aquellos casos en que el caso aterriza en el FEIL desde “cero”, esto es antes que se haya promovido el arbitraje o ninguna acción arbitral concreta, el equipo multidisciplinario del FEIL (conformado por abogados especialistas, economistas, auditores, contadores, analistas, entre otros) administra no solo el recurso económico para el arbitraje sino que mantiene la estrategia legal para lograr el resultado positivo esperado, asimismo existen casos en los que el inversionista confía en el planteamiento de caso de su cliente para cuyos efectos, cumple un rol más centralizado.

Aunque ello sea la regla en la mayoría de casos, el FEIL siempre tiene la prerrogativa para la toma de decisiones de vital importancia para la controversia, como, por ejemplo, su culminación por transacción, en ese supuesto el inversionista revisa si el acuerdo ofrecido le resulta más beneficioso que continuar con el caso, la parte financiada deberá ajustarse a lo decidido por su financiador.

Claro está que, en cualquier supuesto es la parte financiada (en su calidad de parte sustantiva del arbitraje) la que válidamente podría alejarse de la sugerencia de su financista y continuar con el litigio, generando ello un incumplimiento contractual a su contrato de inversión, sin embargo, esa discusión sería vista en un caso distinto.

### **2.1.3. EL FONDO DEL PROBLEMA: ENTENDIENDO AL FINANCIAMIENTO POR TERCEROS (THIRD PARTY FUNDING) Y SUS PRINCIPALES IMPLICANCIAS EN EL ARBITRAJE**

#### **2.1.3.1. Orígenes del financiamiento por terceros**

El financiamiento de litigios es una práctica, quizá, con una antigüedad bastante similar al de la propia institución arbitral y es que desde siempre promover una controversia ha sido una actividad costosa, que demanda una inversión de tiempo y dinero significativa, todo ello con la única finalidad de conseguir los resultados esperados.

Históricamente, las principales fuentes tradicionales de financiamiento han sido las formas de obtener dinero directo o de prolongar la percepción de ganancia, negociando directamente con los letrados, así como los “préstamos de parientes y amigos, honorarios en caso de éxito de los asesores legales, instrumentos formales de endeudamiento o la cesión completa de los derechos litigiosos”. (Mereminskaya, 2017, pág. 1)

Actualmente, es indiscutible que dada la sofisticación de los servicios financieros y de la ultra especialidad de las controversias que se discuten en arbitraje, la forma en cómo se obtienen los recursos para llevar adelante un caso es un elemento de vital importancia y es que “el financiamiento a través de terceros es el rasgo característica de la litigación moderna” (Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone & Ors., 2016)

Así como, el ejercicio de la profesión del abogado y la del árbitro ha ido evolucionando a sobre manera permitiendo que la atención y representación de este tipo de controversias genere espacios para el empleo de herramientas especializadas en el financiamiento de litigios, así lo puntualiza CREMADES:

La llegada de los conflictos derivados de la financiación con los llamados petrodólares y, sobre todo, el establecimiento en La Haya del tribunal para resolver los conflictos entre Irán y los Estados Unidos de América por los acuerdos de Argel de 19 de enero de 1981 abrieron un amplio campo para el arbitraje internacional. En La Haya los grandes despachos anglosajones comprendieron que el arbitraje podía ser un campo muy fértil y remuneratorio para su actividad profesional. A partir de entonces se puede decir que el arbitraje internacional deja de ser una simple actividad artesanal para convertirse en una gran industria. (Cremades B. M., 2011, pág. 81)

Adicionalmente a que siempre han existido maneras alternativas para financiar litigios, podemos referir que en los últimos veinte años se ha podido apreciar una suerte de crecimiento y profesionalización de la prestación de este tipo de servicios, de igual forma podemos hablar de su génesis:

En su forma moderna, esta figura parece haber tenido origen en Australia, a fines del siglo pasado, con la irrupción de empresas que ofrecían de manera profesional este servicio. Inicialmente esta figura fue utilizada para financiar litigios judiciales de partes en estado de falencia cuyos activos eran insuficientes para recuperar los créditos que formaban parte de su acervo. (Lysaught & Hazelgrove, 2012, pág. 645)

Actualmente, la figura ha mutado drásticamente logrando segmentar el mercado a las controversias económicamente relevantes, aquellas que debido a su magnitud reportarán considerables ganancias para el financista, estas controversias – en definitiva- serán atendidas vía arbitraje, ya que es el mecanismo de solución de disputas que congrega la mayor parte de disputas de gran cuantía y que demuestra tener más ventajas para el sector empresarial.

Por lo tanto, este *boom* en el surgimiento de litigios comerciales arbitrales (especialmente) de gran cuantía, propicia un notorio interés por empresas distintas al sector financiero (debido

al poco apalancamiento financiero que otorgaba la banca a los litigios), razón por la cual el escenario para el crecimiento de los FEIL y en consecuencia para el ofrecimiento de sus servicios era más significativo que en otras épocas.

El financiamiento de litigios ha calado inclusive en los litigios más controversiales y mediáticos, tales como el sonado caso que involucró al ex presidente de los Estados Unidos de América, Bill Clinton; el mismo que se vio inmiscuido en un escándalo sexual que tenía como protagonista a la ex funcionaria Paula Jones, quien aseveraba haber sido víctima de acoso sexual por parte del ex mandatario norteamericano, empleando inclusive como analogía el caso que vinculó también a Clinton con la quien fuera una ex becaria de la Casa Blanca, Mónica Lewinsky.

Este caso no solo fue relevante por su alto impacto a nivel periodístico y social, sino que tiene cierta significación para fines de esta investigación, ya que Paula Jones no acudió sola al juicio que promovió contra Bill Clinton, sino que con la finalidad de poder hacerse cargo de todo el aparato legal que implicaba el caso, recurrió al financiamiento que le brindó el Fondo de Inversión del Rutherford Institute y que – para bien o para mal- generó que el caso llegue a un acuerdo entre Clinton y Jones (Rodham Clinton, 2003).

El detalle del caso fue peculiar ya que el fondo financió íntegramente el caso, sin embargo Paula Jones, luego de la presión periodística, arribó a un acuerdo con Bill Clinton para cerrar el caso antes de que los Tribunales se pronuncien en grado de apelación (la sentencia de primera instancia le fue desfavorable a Jones), las partes pactaron el monto de US\$ 850,000.00 (Ochocientos Cincuenta Mil con 00/100 Dólares Americanos) para dar por cerrado el litigio en los Tribunales, en contraste con el monto que requería Jones en el caso ascendente a US\$ 750,000.00 (Setecientos Cincuenta Mil con 00/100 Dólares Americanos) como reparación en la denuncia; de dicha cifra el Tribunal ordenó que únicamente se le entregue a Jones el monto

de US\$ 200,000.00 (Doscientos con 00/100 Dólares) destinando el resto del dinero a sus asesores legales (Washington Post, 1998).

Como puede verse el financiamiento de terceros en los litigios tiene larga data. Sin embargo, su implementación ha traído consigo el surgimiento de algunas situaciones que resultan ser controvertidas en la práctica arbitral y que han generado que durante todos estos años se produzca un arduo debate sobre el correcto o incorrecto empleo del financiamiento de terceros en el arbitraje, así como el surgimiento de sendas decisiones de tribunales arbitrales tratando de abordar esta problemática o intentos de países por regular esta institución en sus ordenamientos jurídicos internos.

#### **2.1.3.2. Acerca del favorecimiento a la litigiosidad o el acceso a la justicia**

El debate inicial entorno al financiamiento por terceros (Third Party Funding o TPF) está dirigido a considerar si la disposición del financiamiento para las partes solicitantes contribuye a la promoción de demandas o acciones frívolas (aumento de la litigiosidad) o por el contrario se muestra como un insumo que permite que partes sin los suficientes fondos – pero con bases sólidas para sus reclamos- puedan iniciar las acciones legales que no podrían sin los fondos del financista (acceso a la justicia).

Consideramos que si bien es cierto, un primer análisis nos haría pensar que, en efecto, el TPF está creado principalmente para aquellas partes que no disponen de recursos económicos para afrontar una cuantiosa demanda, esto no es del todo cierto, ya que desde una perspectiva meramente financiera, una empresa que si dispone de los fondos necesarios para afrontar un arbitraje millonario, puede preferir no hacerlo y recurrir a un TPF con la finalidad de hacer del litigio arbitral una inversión segura (en el supuesto que el caso tenga bases), con lo que podría válidamente trasladar a corto plazo los gastos directos que implica un arbitraje al financista y pactar con el FEIL el recupero de su inversión y ganancias en base a un porcentaje de lo que se

laude, situación que le haría recuperar el monto que solicita sin una inversión directa de su patrimonio y sin involucrar nuevos activos de la empresa, procediendo a continuar afectando el monto que percibiría con el arbitraje y que en la mayoría de escenarios le retribuiría con ganancias, es decir “prefieren reducir su exposición a los gastos y riesgos que trae consigo un litigio altamente complejo”. (Khoury, Hurford, & Bowman, 2011, pág. 4)

A ello debemos sumarle el hecho de que el arbitraje por su propia naturaleza es un mecanismo alternativo de resolución de disputas oneroso, por lo que las partes al convenir resolver sus futuras controversias por esta vía deben de asumir que promover un arbitraje será naturalmente costoso; pese a ello, no es falso argumentar que la razón más visible del uso del TPF es “que resulta una herramienta en algunos casos imprescindible para aquellos que no cuentan con los recursos necesarios para afrontar los costos iniciales de un arbitraje y que, de otro modo, se verían conceptualmente privados del acceso a la justicia”. (Yeoh, 2016, pág. 115)

Otro punto de análisis, a propósito de este tópico, es la afirmación de que el TPF promueve la formulación de demandas frívolas o al aumento de la litigiosidad en el sector de los negocios, aunque discrepamos de dicha premisa, es importante mencionar que teóricamente podrían existir ciertos vestigios de malas prácticas en los financistas, consistentes en que pese a que el *due diligence* practicado al caso propuesto demuestre un diagnóstico desfavorable del mismo, el financista decida, aun en esas condiciones, promover acciones legales; sin embargo consideramos que ello parte de un análisis bastante básico o superficial del asunto.

En efecto, si partimos de que el principal sustento del negocio de un FEIL son las controversias económicamente relevantes, esto es, aquellas que involucren la inversión de muchísimo dinero en un caso determinado, resulta bastante poco usual que se muestren dispuestos a la pérdida de su cuantiosa inversión sin obtener ninguna ganancia o utilidad de lo

invertido, ello implicaría que los fondos constantemente tengan marcadores negativos en sus arcas, situación que consideramos un sinsentido.

Aun así, es válido presuponer que un TPF pueda elevar significativamente el riesgo de su inversión al aceptar un caso en la etapa previa al arbitraje, en donde la única finalidad sea la negociación estratégica con la otra empresa, ello bajo el presupuesto que la mera presencia de un FEIL pudiese generar una presión significativa en la contraparte, la misma que puede interiorizar que un fondo dispone de recursos ilimitados para solventar un arbitraje y que esa circunstancia puede ofrecer un mejor escenario al cliente del fondo, por lo que la alternativa más eficiente para dicha contraparte sería arribar a un acuerdo que ponga fin a la controversia.

Este último escenario es importantísimo debido a que el FEIL habría obtenido en corto plazo ganancias sin hacer una inversión significativa, si bien es cierto dependerá del caso a caso, estimamos que es importante considerarlo como parte de nuestro análisis, al ser una alternativa – en la medida que no se violente la buena fe en los negocios- para no solo la monetización del FEIL y el financiado sino para la solución efectiva de los conflictos entre las partes.

Un escenario adicional de análisis es si la situación de empobrecimiento de una de las partes suscribientes del convenio arbitral puede presuponer la ineficacia del convenio arbitral<sup>28</sup> por su imposibilidad de ejecución (en la medida que un convenio arbitral es un contrato *per se*), entendiendo que una de las principales obligaciones emparejadas al convenio arbitral es el pago de los gastos iniciales del arbitraje (tales como aranceles por solicitudes de arbitraje, honorarios

---

<sup>28</sup> La ineficacia, en ese supuesto, es entendida como aquella situación que imposibilita que el convenio arbitral pueda desplegar sus efectos, esto es la imposibilidad de una de las partes (de la interesada en promover la demanda) de poder costear los gastos arbitrales iniciales y que traería como resultado que sea potencialmente un Tribunal Judicial el que atienda la controversia. No obstante, ello, estaríamos ante una situación que involucraría la revisión de un convenio arbitral ineficaz, controversia que debería ser puesta de conocimiento de los propios árbitros en aplicación del principio de kompetenz – kompetenz y de inevitabilidad del arbitraje, por lo que de primera mano un Tribunal Judicial no podría dirimir sobre dicha ineficacia ni tampoco asumir funciones para la revisión del tema de fondo materia de controversia.

de los árbitros, etc.), estando a que la parte que pretende iniciar el arbitraje no dispone de los recursos para hacerlo.

En ese sentido, en apariencia (para un no conocedor de la institución arbitral) la ineficacia del convenio arbitral por imposibilidad de ejecución de las obligaciones contenidas en él generaría como consecuencia que un Tribunal Estatal atienda la controversia, con lo cual la parte en situación de empobrecimiento económico, podría tener mayores posibilidades de acudir al Poder Judicial para atender dicha controversia.

Consideramos que, dicho escenario sería vejatorio del arbitraje, en tanto – al margen de la situación financiera de la parte afectada- se estaría violentando directamente una serie de principios rectores (no solo del arbitraje sino del derecho en general) y años de práctica arbitral, con lo que estaría fomentando la incertidumbre jurídica en los negocios, ya que no solo deberíamos atender a la situación de una de las partes (la empobrecida) sino a la de la otra parte, la misma que sería expuesta a una jurisdicción que jamás consintió y que por una situación que no le es imputable se vería obligada a asumir.

Adicionalmente, podríamos mencionar que – en apariencia - autorizando dicha conducta sugerida, sería la Ley Modelo<sup>29</sup>, la que facultaría al juez estatal a efectuar una revisión de la controversia para aquellos supuestos en el que el convenio arbitral resulte de imposible ejecución.

---

<sup>29</sup> Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal

- 1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución **imposible**. [Resaltado Nuestro]

Recordar que de acuerdo a la Ley Modelo, específicamente en su artículo 2, la palabra “tribunal” debe ser entendida aun tribunal judicial.

Sin embargo, desde una óptica meramente legal, esta situación generaría un doble problema (i) el pronunciamiento sobre si el convenio arbitral es verdaderamente ineficaz y (ii) la resolución de la controversia de fondo, como consecuencia; por lo que sostenemos que dicha problemática no debería ser puesta de conocimiento de un juez estatal ya que en aplicación del principio de Kompetenz – Kompetenz las partes inicialmente dispusieron que cualquier crisis competencial sea atendida directamente por los propios árbitros, ello aunado a que las partes tampoco pueden sustraerse de la jurisdicción arbitral en aplicación del principio de inevitabilidad del arbitraje.

Ello sin considerar que, a diferencia de lo establecido en la Ley Modelo, nuestra LAP no ha recogido dicha regulación en específico <sup>30</sup>, ciñendo el asunto a uno de competencia estricta del árbitro, anticipando justamente el surgimiento de una situación problemática similar a la aquí expuesta, la misma que pudiese haber sido empleada de forma indebida por malos practicantes.

Al respecto, estimamos que la solución a dicha problemática no es recurrir al poder judicial para que este atienda la controversia, ello desnaturalizaría el propio arbitraje, por lo que la parte interesada en demandar debería acceder a mecanismos administrativos que le permitan ajustar o adecuar los gastos arbitrales a la urgencia que le aqueja – teniendo como punto de partida de que nadie pacta arbitraje a sabiendas que ante una eventual controversia no podría, como mínimo, afrontar gastos iniciales del proceso -, por citar un ejemplo, tratándose de un arbitraje institucional la parte interesada podría solicitar a la Secretaria General o al Órgano competente del centro arbitral un ajuste o una reliquidación de los honorarios arbitrales y/o administrativos

---

<sup>30</sup> Ley de Arbitraje Peruana (Decreto Legislativo n° 1071)  
(...)

**Artículo 40.- Competencia del tribunal arbitral**

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez, o ineficacia del convenio arbitral (...)

sugeridos, sustentándolo en su condición económica, para cuyo supuesto será el órgano administrativo a quien le toque acceder o no a dicho pedido.

En el caso peruano, existen ciertas instituciones arbitrales que permiten la reliquidación de los honorarios arbitrales y administrativos<sup>31</sup>, o en todo caso la revisión de la situación excepcional propuesta por la parte como causal de ajuste económico.

En consecuencia, nuestra propuesta radica en que, en efecto, inclusive en estos supuestos el TPF responde como una alternativa para que una de las partes elimine la barrera de acceso que puede reputar el dinero en cuanto a poder afrontar operativamente un arbitraje, con lo cual una supuesta ineficacia del convenio arbitral por situación de empobrecimiento de una de las partes quedaría erradicada, nuestra propuesta es compartida por CAIVANO quien manifiesta:

A modo de breve digresión, podemos anotar aquí que una demostrada imposibilidad absoluta de hacer frente a los gastos del arbitraje, en la medida que pueda calificar como un supuesto de fuerza mayor, podría constituir una causa para considerar extinguido el acuerdo arbitral por “imposibilidad de cumplimiento”, lo que implicaría que el Poder Judicial reasumiría la jurisdicción estatal renunciada por las partes a través de aquel. Sin embargo, como posible contraargumento, la existencia en el mercado de terceros que ofrecen el

---

<sup>31</sup> - Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima 2017

**Artículo 42.- Decisión sobre los costos del arbitraje (...)**

2. El Consejo puede fijar los honorarios de los árbitros en un monto superior o **inferior** al que resulte de la Tabla de Aranceles aplicable, si así lo considera necesario, en razón de circunstancias excepcionales que se presenten en el caso. [Resaltado Nuestro].

- Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana (AmCham) en Perú

**Artículo 53: Reliquidación de gastos arbitrales**

Por iniciativa propia o a pedido de parte o a instancia del tribunal arbitral, la Corte puede re liquidar los gastos arbitrales determinados por ella o por la Secretaría fijando en cualquier caso gastos arbitrales en montos superiores o **inferiores** a los que resulte de aplicar la Tabla de Aranceles, si así lo considera necesario en razón de circunstancias excepcionales. (Resaltado Nuestro)

servicio de financiamiento, permitiría razonar que la carencia de recursos propios para iniciar un arbitraje no constituye un obstáculo insalvable para – y, por tanto, no habría imposibilidad absoluta de- acceder a la jurisdicción arbitral pactada. (Caivano, 2018, pág. 4)

Entonces, promover un caso empleando TPF no solo favorece al acceso al arbitraje para aquellas partes que se encuentren en una situación económica desfavorable, sino que puede ser empleado hasta para generar un mejor escenario de inversión para la parte interesada, trasladando costos directos e indirectos del arbitraje a un FEIL y obteniendo una ganancia significativa.

### **2.1.2.3. El tratamiento de la confidencialidad en el financiamiento por terceros**

La confidencialidad ha sido entendida durante mucho tiempo como un elemento esencial del arbitraje, esto quiere decir, como una de las principales razones por las que el empresariado (principalmente) escoge la vía arbitral como la más idónea para ventilar sus controversias, por lo que, es bastante aceptado manifestar que “las ventajas más importantes del arbitraje, en orden de importancia, son la confidencialidad del proceso, la experiencia del tribunal, la ausencia de apelaciones y el limitado descubrimiento disponible en el arbitraje comercial.” (Bühning-Uhle, 2005, pág. 31)

De otro lado, también hablamos de confidencialidad al interior del arbitraje, es decir en las actuaciones arbitrales, en ese orden de idas es importante - como paso previo - delimitar cuando empieza realmente un arbitraje, discusión que actualmente ha sido abiertamente superada; un arbitraje puede considerarse iniciado con el envío de la solicitud o petición de arbitraje a la otra parte (lo cual supondría una correcta notificación) o también con la presentación de la demanda

arbitral, sin embargo nuestra LAP delimita que el arbitraje se da por iniciado con la petición de arbitraje<sup>32</sup>, con lo que no existe espacio para mayor debate<sup>33</sup>.

Esta situación adquiere mayor importancia si consideramos que los negocios por regla general no son de acceso público, se discuten una serie de factores que de ser conocidos por agentes externos podría generar impactos negativos en el giro comercial de la empresa, la misma regla aplica para la solución de las controversias, al respecto SILVA ROMERO señala que:

Es evidente que, la publicidad de los procedimientos puede afectar el *good will* de las partes y exacerbar la hostilidad entre ellas. Por una parte, parece evidente que ningún mercader internacional querrá que los socios potenciales con los que podría emprender operaciones económicas conjuntas (“hacer negocios”) sepan que aquel, por ejemplo, no ha efectuado ciertos pagos. Por otra parte, parece también evidente que cualquier desavenencia podría agravarse en caso ser ventilada públicamente. (Silva Romero, 2013, pág. 169)

La LAP respalda esta posición<sup>34</sup>, colocando a la confidencialidad en la categoría de un deber que tiene que ser observado por las partes, el Tribunal Arbitral, el secretario, la institución o centro arbitral, los testigos, peritos y cualquier otro participante que intervenga en las

---

<sup>32</sup> Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071)  
(...)

**Artículo 33.- Inicio del arbitraje**

Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarían en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje.

<sup>33</sup> Situación distinta en los arbitrajes administrativos sujetos al Sistema Nacional de Arbitraje (SNA) en donde por disposición legal de su propio cuerpo normativo, el arbitraje se da por iniciado con la presentación de la demanda arbitral.

<sup>34</sup> Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071)  
(...)

**Artículo 51.- Confidencialidad.**

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad. (...)

actuaciones arbitrales<sup>35</sup>, así “la confidencialidad es, pues, una “obligación” que pesa sobre los árbitros y las partes, de no divulgar el contenido del procedimiento, especialmente de los materiales en él producidos incluyendo el laudo arbitral” (Fernandez Rozas, 2009, pág. 338)

En ese sentido, cabe hacer una vital distinción entre la privacidad (que también asiste al arbitraje) y la confidencialidad, ello ya que una parte de los practicantes suele equiparar ambos conceptos como sinónimos, sin embargo, son distintos uno del otro, en palabras de GONZALES DE COSSÍO:

La confidencialidad es un auténtico “derecho” de las partes de que no se revele nada de lo que acontezca en el procedimiento arbitral, lo que al diferenciarla de la noción de “privacidad” en el arbitraje, que se limita a la posibilidad que tienen las partes de prohibir la presencia de personas ajenas a dicho procedimiento. (González de Cossío, 2014, págs. 699-670)

Por lo tanto, “con la privacidad se pretende conferir a las partes un marco adecuado para resolver sus controversias sin interferencias externas de las que en términos generales no se puede prescindir en los procedimientos ante la jurisdicción ordinaria” (Fernandez Rozas, 2009, pág. 338) .

Entonces, es claro que la confidencialidad es un elemento importante para el desarrollo del arbitraje, sin embargo consideramos que en tanto es un derecho y deber de las partes, este no es absoluto, esto significa que en tanto un derecho - deber no podría ser oponible en todos los supuestos pensados, “con carácter general puede señalarse que, aun en arbitrajes comerciales y sin importar cuál sea la fuente de la que emane, ese deber no es absoluto: en ciertas

---

<sup>35</sup> Situación que difiere en arbitrajes en materia de contratación pública en donde las actuaciones arbitrales si están protegidas por confidencialidad pero el laudo arbitral no, es más, existe una obligación de publicarlo a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) con lo cual existiría una flexibilización de la confidencialidad en este supuesto, caso similar el de los arbitrajes en materia de inversión, en donde inclusive las actuaciones arbitrales se publican en el portal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

circunstancias la confidencialidad, así sea pactada, cede ante otros principios.” (Caivano, 2018, pág. 6)

En efecto, la confidencialidad excepcionalmente cede frente a ciertas circunstancias, tales como cuando la propia norma lo dispone, cuando las partes lo pactan expresamente o cuando a razón del ejercicio regular de un derecho esta debe ser pasada por alto, esta premisa esta recogida también en la LAP<sup>36</sup>, al señalar que se prescinde de la confidencialidad por las razones manifestadas en líneas anteriores y para aquellos supuestos de interposición del recurso de anulación o ejecución del laudo arbitral en sede judicial.

Asimismo, el estándar internacional para delimitar estos límites fueron también establecidos en jurisprudencia autorizada (*Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir*, 1997) en el que la Corte de Apelaciones estableció cuatro escenarios para referirse a las excepciones a la confidencialidad: (i) cuando exista un acuerdo implícito o explícito entre las partes, (ii) cuando la Corte lo haya autorizado, (iii) cuando sea razonablemente necesario para la protección de los legítimos intereses de una de las partes arbitrales y (iv) cuando los intereses de justicia y/o el interés público requieran el destape.

En ese mismo orden de ideas, una jurisprudencia de la Corte de Apelaciones Inglesa (*Department of Economics Policy and Development of the City of Moscow and The Government of Moscow v. Bankers Trust Company and International Industrial Bank*, 2004) que tuvo como principal eje de discusión el hecho de que la Ciudad de Moscú informó de la

---

<sup>36</sup> Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071)

(...)

**Artículo 51.- Confidencialidad.**

(...)

2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

existencia de un arbitraje con un Banco Internacional (Bankers Trust) del cual no había recibido fondo alguno y que sospechaba de una apropiación indebida, con la intención de hacer una oferta para la emisión de bonos en Europa.

En el caso la Corte de Apelaciones Inglesa determinó que, si la comunicación a dichos inversionistas no fue sobre la sustancia de lo discutido en el arbitraje, dicha manifestación no vulneraba la confidencialidad, agregando que no habría violación al deber de confidencialidad si es que persiste una razón legítima de hacerlo; razón por la cual queda claro que la confidencialidad no es absoluta en materia arbitral.

Con respecto al impacto de la confidencialidad en el empleo del TPF, constantemente se discute el efecto de la confidencialidad para aquellos casos en que el arbitraje es financiado por un FEIL, la dimensión del problema aborda principalmente la revelación de información protegida por secreto profesional, industrial o comercial al momento en que una parte solicita financiamiento a un FEIL, ello debido a que necesariamente debe brindar cierta documentación, tales como contratos, cartas, información financiera, que servirán para el análisis y/o revisión del caso, no obstante esta información también es de propiedad de la parte que no solicita financiamiento así, con lo que aparentemente al no mediar su consentimiento para la liberación de dicha información, se estaría vulnerando su derecho a la confidencialidad.

Por lo tanto, podemos apreciar hasta tres circunstancias que vinculen de forma directa esta problemática: (i) la confidencialidad de la información entregada al FEIL antes del arbitraje, (ii) la confidencialidad de la información entregada al FEIL durante el arbitraje y (iii) la confidencialidad de la información entregada al FEIL una vez iniciado el arbitraje (particularmente para casos de demandados).

**(i) La confidencialidad de la información entregada al FEIL antes del arbitraje**

En la mayoría de casos es la parte que pretende iniciar el arbitraje quien recurre al financiamiento alternativo a través de un financista, por lo que, como primer paso el FEIL le requerirá la presentación de documentación para la viabilidad de su inversión en el arbitraje a iniciarse, aunque dicha documentación pueda estar sometida a confidencialidad entre las partes que suscribieron el contrato.

Además, debido a que el FEIL necesita evaluar todas las circunstancias relevantes del caso, necesitará la revisión de información vinculada a todas las etapas contractuales, eso incluye también información producida durante las negociaciones para la suscripción del contrato entre las partes, que pueden válidamente incluir cartas de intención o liberación de datos financieros o propias del giro comercial de la empresa a demandar.

No obstante, es importante mencionar que dicha información – aunque importante - no está vinculada directamente al arbitraje, ya que el mismo no ha iniciado, por lo que no existe protección de confidencialidad alguna en este extremo.

Al respecto, GRAHAM sostiene que:

Este problema no es mayor porque la solicitud del crédito o del financiamiento suele ser previo al inicio del arbitraje y más concretamente, de parte de la actora quien tendrá que verificar todas sus posibilidades de iniciar el litigio. En esta etapa no existe ninguna información que pueda ser confidencial. (Graham, 2010, págs. 10-11)

Así, esta situación no encasillaría en la violación a la confidencialidad del arbitraje, pero sí de la confidencialidad de la información comercial que las partes

suscribientes del contrato hayan incluido en el mismo, siempre y cuando se haya pactado confidencialidad en dicho contrato.

Pese a que dicha premisa es válida, consideramos que de igual forma nos encontraríamos en el escenario de la excepción a la confidencialidad, esto es que la parte solicitante necesite recurrir al financiamiento para salvaguardar sus derechos, como por ejemplo, el reclamo por un incumplimiento contractual o los daños producidos.

Sustentar lo contrario implicaría – por citar un ejemplo – que una parte que busque iniciar un arbitraje no pueda valerse de asesores externos para analizar la viabilidad de iniciar acciones legales, lo cual implicaría que dicha parte vea afectada manifiestamente su derecho de defensa; por lo que, la situación de un financista que solicita dicha información y/o documentación no sería distinta.

Sobre el particular, CAIVANO señala que:

La situación de la parte que proporciona información al financiador encuadraría en la excepción al deber de confidencialidad que surge de la necesidad de proteger sus propios derechos o intereses. No advertimos diferencias sustanciales, a estos efectos, con la necesidad que la parte tiene de compartir información, o aun la que pudiera tener respecto de las autoridades regulatorias a que esté sometida o frente a una posible venta de sus acciones o a un tercero.  
(Caivano, 2018, pág. 7)

En resumen, en este supuesto no podría materializarse vulneración a la confidencialidad, porque (i) la parte que promueve el arbitraje estaría haciendo valer sus derechos a efectos de reclamar el interés que haya visto mermado y (ii) no se trataría de una violación a la confidencialidad del arbitraje ya que, nos encontraríamos en una etapa anterior a este.

**(ii) La confidencialidad de la información entregada al FEIL durante el arbitraje**

Este quizá sea el problema más recurrente entre la relación del empleo de TPF, ya que como venimos sosteniendo, el aseguramiento de la confidencialidad de las actuaciones arbitrales, es uno de los baluartes de la institución arbitral.

Sobre el particular, debemos manifestar que una vez que el FEIL acepta brindar financiamiento a la parte que lo solicitó y luego de haber suscrito todos los documentos necesarios para dichos fines, es bastante común que en el contrato de inversión se incluya una cláusula en la que se obligue al financiado a mantener informado al FEIL de todo el devenir del arbitraje, lo que implicaría revelar información vinculada directamente al proceso, todo esto con el ánimo de supervisar el curso de la inversión efectuada por el financista.

Si bien lo anterior es correcto, también es una regla general que en los mismos contratos de inversión se incluyan cláusulas de confidencialidad (de hecho ya se anticipa la protección desde el acuerdo de confidencialidad que suscriben previamente el FEIL y la parte financiada) para proteger la información que el financiado entregue al FEIL, no pudiendo divulgarla, limitándose a su empleo para fines ligados al propio FEIL (así como a su propio bagaje profesional o portafolio de negocios), “por lo que, en principio, la divulgación de la información relativa al arbitraje al financiador no constituiría una violación al deber de confidencialidad” (Von Goeler, 2016, pág. 306)

Adicionalmente, nos encontraríamos también en el supuesto que dicta la defensa de los intereses de la parte, ya que debido a ello tuvo que recurrir al financiamiento externo, el mismo que traía como efecto la constante liberación de información de parte del financiado del arbitraje mismo, situación que se encontraría también cubierta por el acuerdo de confidencialidad previo entre ambas partes.

Inclusive, en este supuesto vemos que con respecto al financiado existe una renuncia a su derecho de confidencialidad, con lo que tampoco podría alegar un incumplimiento a ese deber.

Al respecto, la International Council for Commercial Arbitration (ICCA) y la Queen Mary University of London, elaboraron un reporte que analiza y evalúa todas las peculiaridades o vicisitudes del empleo del TPF en el arbitraje comercial (en adelante, Reporte ICCA-QMUL), con lo que puntualmente sobre este supuesto anticipa lo siguiente:

“Obtaining third-party funding and the maintenance of a funding relationship generally requires disclosure of information that would otherwise be privileged, either because it involves communications between a client and its counsel, or analysis by a client’s counsel in preparation for legal proceeding. However, when confidential or privileged information is shared with a third party, confidentiality and privilege are generally deemed waived. In the context of third-party funding, the tension between these two premises many result in a waiver of privilege. If so, that information could be susceptible to disclosure requests in the arbitration proceedings or related national court proceedings.”

[Obtener financiamiento de terceros y mantener una relación con el financista requiere generalmente la revelación de información que de otro modo sería privilegiada, ya sea porque implica comunicaciones entre el cliente y su asesor o el análisis por un abogado de un cliente para la preparación del proceso legal. Sin embargo, cuando información confidencial o privilegiada es compartida con un tercero, la confidencialidad y el privilegio se dan generalmente por renunciados. En el contexto del financiamiento por terceros, la tensión entre estas dos premisas en la mayoría de casos resulta en una renuncia al privilegio.

Si es así, dicha información puede ser susceptible de solicitudes de divulgación en los procesos arbitrales o procesos judiciales nacionales relacionados.] (International Council for Commercial Arbitration; Queen Mary University of London, 2018, pág. 117)

En consecuencia, no podría equipararse una violación al deber de confidencialidad, ello debido a que en la medida que la confidencialidad no es irrestricta y estando al ejercicio regular de un derecho que asiste a la parte, podría cualquier interesado emplear esta herramienta alternativa de financiamiento, mejor aún si las partes (financista y financiado) toman las previsiones contractuales necesarias para salvaguardar en una escala aún mayor la confidencialidad de las actuaciones arbitrales.

**(iii) La confidencialidad de la información entregada al FEIL una vez iniciado el arbitraje**

En definitiva, este es el caso menos recurrente en la práctica del TPF, sin embargo, puede ocurrir que un demandante financiado por un FEIL promueva una demanda arbitral y la demandada no disponga de fondos para afrontar la respuesta o defensa en el arbitraje, situación que puede motivar la búsqueda de financiamiento alternativo para dichos fines.

Sin embargo, de presentarse el mencionado escenario, no encontraríamos en el mismo lugar que en el que una parte accionante que haya solicitado financiamiento previo al arbitraje, tenga la obligación de reportar al FEIL sobre las actuaciones arbitrales, esto en orden a que el demandado que requiere financiamiento, tendrá que remitir no solo información vinculada a la relación comercial de las partes sino, documentación relativa a las actuaciones arbitrales (tales como la petición de arbitraje remitida o la demanda arbitral, dependiendo el estado del arbitraje).

Sobre el particular la doctrina sostiene que:

Si, por el contrario, es la demandada la que deba solicitar el crédito o financiamiento, entonces si podrá hablarse de una difusión de información confidencial, aunque este no es el caso más numeroso y por tanto considerarse como marginal. Sin embargo, subsiste la difusión de la información confidencial en contra del principio. (Graham, 2010, pág. 11)

Pese a ello, consideramos que la misma situación del demandante financiado aplicaría para el demandado que está siendo financiado, situación en la que se estaría priorizando el derecho a la defensa por encima de la confidencialidad.

En resumidas cuentas, vemos que existe una escala importante de valoración de los elementos accesorios del arbitraje, tales como la confidencialidad, que puede verse afectada o priorizada cuando de los intereses o derechos de la parte se trata, no pudiendo tratarse de una situación que atenta o contradice el arbitraje mismo, sino como una que fortalece el mismo y que procura la atención de las partes.

#### **2.1.2.4. El deber de revelación de la existencia del financista**

La presencia de un financista en un arbitraje no solo trae beneficios para la parte que logró obtener los fondos para promover su litigio, sino que puede traer problemas potenciales tanto a su contraparte y/o a los miembros del Tribunal Arbitral, por lo que surge la disyuntiva de si revelar la existencia (y la identidad) del FEIL que provee los fondos, sería la mejor alternativa para no obstruir la continuidad del arbitraje.

La participación de abogados y árbitros en un FEIL es fundamental, ya que como explicáramos anteriormente, los FEIL están constituidos también por un comité legal, que se encarga de revisar las probabilidades de éxito del caso, la estrategia que debería seguir y en general analizar el riesgo legal que involucraría una potencial inversión del fondo en la

controversia económicamente relevante, por lo que debido a lo reducido del sector o mercado arbitral, generalmente los especialistas (sean abogados o árbitros) suelen participar en ciertos fondos de forma directa o quizá son parte de la distribución accionarial del mismo.

Por lo tanto, si la contraparte a la que se demanda puede corroborar por cualquier medio, que el demandante está siendo financiado por un FEIL determinado, es altamente probable que solicite al Tribunal Arbitral se revele su identidad, esto con un solo objetivo: evitar un conflicto de interés entre el FEIL y los árbitros que resolverán la controversia, a razón de que dichos juzgadores podrían tener determinado interés en que el financista para el que trabajan o del que forman parte, gane el caso; situación que significaría un alto ingreso para sus arcas.

Un análisis primario podría sugerir que en tanto un financista no es parte del arbitraje, como tampoco de la relación jurídica de fondo o sustancial, no tendría por qué revelarse su identidad, sin embargo la razón apunta a que se debe examinar que tanta relevancia tiene el vínculo del FEIL con los árbitros; la respuesta es evidente: el impacto de la participación del financista contra la transparencia del arbitraje, es decir la armonía con los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros.

Y es que, uno de los principales ingredientes que alimentan la confianza a la institución arbitral son justamente los árbitros y su apego a los principios rectores de su actuación (la independencia e imparcialidad). “Estas condiciones se han erigido, por su trascendencia, en principios fundamentales del arbitraje, ya que sobre ellos se apoya, en gran medida, la credibilidad del sistema mismo.” (Franck, 2006, pág. 499)

Por lo que, consideramos que al margen de los detalles vinculados a temas meramente adjetivos (como el carácter de externo de un financista) es innegable que el FEIL tiene un comprobado interés en el caso, es decir si el arbitraje prospera para el cliente del financista este último percibirá una considerable ganancia, en base al acuerdo de financiamiento que

haya podido tener con su cliente, como puede entenderse un interés meramente económico del arbitraje.

En consecuencia, sería saludable que el financista pudiese aclarar si mantiene algún vínculo con los árbitros que conforman el Tribunal Arbitral, situación para la que la parte financiada deberá necesariamente revelar por anticipado la existencia o no (así como de su identidad) de un FEIL patrocinando económicamente el litigio, de esa manera los árbitros pueden ejercer adecuadamente su deber de revelación a las partes.

Sostener lo contrario, dañaría al arbitraje (en cuanto a su viabilidad) toda vez que la omisión en dicha revelación propiciaría un debate entre las partes sobre la pertinencia o procedibilidad de una petición de la contraparte para revelar la identidad de un financista, lo que incrementaría los plazos para la resolución de la controversia y haría alejar del verdadero objetivo de resolución del conflicto a los árbitros.

Adicionalmente, esta omisión generaría una manifiesta colisión con el derecho de defensa de la contraparte, quien no podría ejercitar adecuadamente y con todas las herramientas posibles sus derechos, con lo cual de no respetarse ello se estaría afectando el laudo de una posible causal de anulación, en esa línea, CAIVANO manifiesta:

Entre las causales de nulidad de un laudo habituales en las legislaciones comparadas, hay dos que podrían invocarse en estas hipótesis: que la parte no ha podido hacer valer sus derechos o que el tribunal arbitral fue irregularmente constituido, ello en la medida que la falta de imparcialidad o independencia de un árbitro afecta la garantía del debido proceso (porque vulnera la igualdad procesal y el derecho a ser oído por un juez imparcial) y contraviene las reglas que exigen que todos los árbitros reúnan esas condiciones. (Caivano, 2018, pág. 9)

No obstante ello, la contraposición de los financistas va encaminada a considerar que la fuente de financiamiento de una controversia determinada es completamente irrelevante

para efectos de un potencial conflicto de interés al interior de arbitraje, por cuyos hechos no sería conveniente la liberación de la existencia de un financista, así como tampoco la identidad del mismo, en concordancia con ello, MANIRUZZAMAN:

“Third-party funding, it had been argued, could not raise potential conflicts of interest because it is simply one among many possible forms of financial support for pursuing or defending a dispute. The source of financing for a dispute is irrelevant to the merits of the dispute, the argument went, and consequently there was no reason to treat third-party funding as subject to any special treatment that would not apply, for example, to a corporate loan taken out for the purpose of pursuing a claim” [El financiamiento por terceros, había argumentado, que no podría aumentarse los potenciales conflictos de interés porque es simplemente una de las tantas formas de soporte financiero para promover o defender una disputa. La fuente del financiamiento de una disputa es irrelevante para efectos de la disputa, fue el argumento, y en consecuencia no había razones para manejar al financiamiento de terceros como sujeto de un tratamiento especial que no podría aplicar, por ejemplo, para el préstamo corporativo obtenido con la finalidad de promover una demanda.] (Maniruzzaman, 2012)

La posición del FEIL, que no comparte la idea de revelar su existencia ni su identidad al interior del arbitraje, lleva por sustento adicional la afectación directa a los intereses del propio arbitraje, así como un craso golpe a la integridad de los árbitros mismos, los cuales serían sujetos de recusaciones manifiestamente infundadas que mellarían su honra y buena reputación, sustentadas en meras especulaciones de la parte que no está siendo financiada, ello con la finalidad de aletargar la provisión del arbitraje.

Esto es ratificado por los comentarios e investigación efectuada por el Reporte ICCA-QMUL:

“Opposition to disclosure is, some funders explain, is not so much related to maintaining their presence or identity as secret. It is instead a reaction to perceived procedural and strategic consequences of disclosure, such as allegedly frivolous challenges to arbitrators and unfounded requests for security for costs” [La oposición a la revelación es, acorde a lo que explican algunos financistas, no está relacionada a mantener su presencia o identidad como un secreto. Es en cambio una reacción a las consecuencias procesales y estratégicas de la divulgación, como las pretendidas recusaciones frívolas a los árbitros y pedidos infundados para caución para costos] (International Council for Commercial Arbitration; Queen Mary University of London, 2018, pág. 86)

Si bien es cierto, la preocupación denotada en el mercado de los FEIL está vinculada a la asunción de mayores recursos para la controversia (tales como esfuerzos y tiempo), estimamos que ello no es suficiente para prescindir del fortalecimiento del deber de revelación, esto es de preferir que los árbitros – piezas clave para la resolución de la disputa – lleven consigo ciertos conflictos de interés, reforzados por sendas relaciones con los financistas, a razón de ello es preferible la revelación.

Ahora bien, la tesis que sustentamos se condice con la principal práctica arbitral (la cual incluye regulación en *soft law*, jurisprudencia y doctrina) la misma que conviene en preferir la revelación de la existencia del financista en el arbitraje, para que de esa forma se pueda dotar de mayor transparencia al arbitraje.

Un ejemplo claro puede ser encontrado en la Guía de la IBA [International Bar Association] sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (en adelante, Guía IBA) del año 2014, la que obliga a la parte financiada a revelar cualquier relación que exista entre ella (así como con los financistas) y los árbitros.

Así, FERNANDEZ MASIÁ empleando para su análisis la Guía IBA señala:

En concreto, la Directriz 6.b regula que *“si una de las partes fuere una persona jurídica, cualquier persona jurídica o física que tenga una relación de control sobre dicha persona jurídica, o que tenga un interés económico directo en, o deba indemnizar a una parte por, el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje, podrá considerarse que ostenta la identidad de dicha parte”*. Con esta norma general se hace una referencia expresa a la cuestión de la intervención de un tercero financiador y a considerarlo como si fuese la parte financiada, señalando a este respecto la nota explicativa a esta disposición que *“los terceros financiadores y las aseguradoras en relación a la disputa pueden tener un interés económico directo en el laudo, y por tanto pueden considerarse como equivalentes a la parte. A estos efectos, los términos “tercero financiador” y “aseguradora” se refieren a cualquier persona o entidad que contribuya con fondos, u otro tipo de apoyo material, al desarrollo del proceso en interés de la demanda o defensa del caso y que tenga un interés económico directo en, o un deber de indemnizar a una parte por, el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje”*. (Fernández Masiá, 2016, págs. 210-211)

Por lo tanto, nuevamente podemos ver que la transparencia en el arbitraje es prioritaria, vinculando inclusive a personas jurídicas con determinada capacidad de influir en la toma de decisiones de la parte en el arbitraje o si es que tiene determinado interés en el resultado final del laudo, en el sentido de que deba esclarecerse un posible vínculo con los árbitros que atienden la controversia.

La jurisprudencia arbitral también ha orientado su base interpretativa confirmando la necesidad de la revelación del financista en el arbitraje; así en el caso (South American Silver Limited (SAS) vs. Estado Plurinacional de Bolivia, 2013) La defensa del Estado Plurinacional de Bolivia (Bolivia) solicitó al Tribunal Arbitral que ordene a SAS informe

si está recibiendo financiamiento, que proceda a revelar la identidad del financista, así como como los términos del acuerdo económico que había suscrito con el FEIL.

El sustento de Bolivia, estaba dado principalmente en mantener un arbitraje transparente y evitar cualquier situación que propicie un conflicto de interés entre los árbitros, lo que pueda contravenir los principios de independencia e imparcialidad, situación que afectaría la viabilidad del arbitraje.

Por su cuenta, SAS, no se opuso al pedido de revelación de la existencia del financista en aras de la transparencia, sin embargo, sí rechazó la solicitud para revelar los términos del acuerdo de inversión suscrito con el FEIL, argumentando que dicho pedido carecía de relevancia y que si el Tribunal Arbitral lo aceptaba se le ocasionaría un grave perjuicio.

El Tribunal Arbitral decidió amparar el pedido de revelación del financista que actuaba como TPF, no obstante, rechazó el pedido de revelar los términos del acuerdo de inversión considerándolo impertinente y manifestando que esta solicitud se veía motivada por otra petición de *cautio judicatum solvi* que estimó rechazar, debido a que no se presentaron circunstancias de tipo excepcional para otorgarla.

En el mismo sentido, en el caso (Eurogas vs. Eslovaquia, 2015) El Tribunal Arbitral accedió al pedido de revelación de la identidad del financista, sustentado en el posible vínculo de los árbitros con el FEIL.

Finalmente, es ampliamente aceptado que exista determinada predisposición de los árbitros por preferir tener conocimiento de que persona se encuentra detrás del arbitraje para poder delimitar posibles afectaciones al curso del mismo y a la idoneidad de los profesionales que atienden la controversia, con lo que consideramos necesaria la difusión de este tipo de prácticas, en aras de consolidar un arbitraje célere y transparente.

### 2.1.2.5. El deber de revelación del acuerdo o contrato de inversión

Si ya existía determinada resistencia por revelar la identidad del financista, en definitiva, revelar los términos del acuerdo o contrato de inversión resulta ser muchísimo más invasivo, generando una gran tendencia al rechazo, eso sin considerar que este tipo de pedidos al Tribunal Arbitral se ven – generalmente- sustentados en solicitudes de caución para costos o security for costs.

En adición a lo anteriormente señalado, vemos que se muestran en colisión de dos situaciones, por un lado, la confidencialidad de los términos del acuerdo de financiamiento o inversión y los conflictos de interés que puedan generarse frente al Tribunal Arbitral, podríamos sumar el constante pedido por costos que promueven los demandantes como pretensión, es decir considerar los gastos productos de la inversión que efectúa el FEIL como equiparable a un “costo” o “gasto arbitral”.

Un primer escenario nos lleva a la discusión recurrente y analizada en el acápite anterior, sobre si puede quebrarse la confidencialidad en aras de la transparencia del arbitraje, solo que en el presente caso el punto de análisis está dirigido a si esta transparencia en el arbitraje es razón suficiente para no solo revelar la identidad del financista sino también relevar los términos y condiciones del acuerdo de inversión suscrito con el FEIL.

Consideramos que, si esa es la óptica del asunto, resulta suficiente la revelación de la identidad del financista, ya que con ello se estaría asegurando que el o los árbitros con potencial conflicto de interés puedan revelar o complementar su deber de revelación frente a las partes, promover la revelación de los términos económicos y detalles vinculados a los mismos, sería un despropósito ya que se estaría incluyendo información muy sensible, tales como el detalle del *due diligence* que podría ser incluido como anexos del contrato o las probabilidades de éxito del caso, lo cual revelaría parte de las consideraciones que han efectuado el FEIL y el financiado de cara al arbitraje.

De hecho, esta revelación más detallada no cumple con el objetivo que persigue, es decir con transparentar un conflicto de interés, ya que ello se habría agotado de forma idónea justo en el momento de que el árbitro puede identificar si mantiene alguna relación de tipo comercial o profesional con el financista, con lo cual dependerá estrictamente del árbitro si una vez puesto de su conocimiento esta información procede a declarar alguna relación de tipo conflictiva o que genere cierta duda razonable a las partes.

Un segundo escenario, podría manifestarse cuando la parte que no recibe financiamiento solicita al Tribunal Arbitral la liberación de información detallada del acuerdo de inversión con la única intención – a veces encubierta - de requerir posteriormente una solicitud para caución de costos (security for costs), bajo el argumento de que el financista, en el hipotético de que el financiado perdiese el arbitraje – retire los fondos y no cumpa con pagar los costos del arbitraje.

No obstante, consideramos que (i) en ese escenario resulta completamente innecesario que se quiebre la confidencialidad del acuerdo de financiamiento y (ii) resultaría peligroso que los Tribunales Arbitrales ordenen la relevación de esta información basada únicamente en una futura caución de costos en el arbitraje, por lo tanto, no correspondería revelar los términos del acuerdo de inversión; en todo caso y si debido a las circunstancias el Tribunal Arbitral estima necesario ordenar su revelación, el mismo debería darse de forma excepcional y no como una regla de la práctica arbitral.

Este razonamiento, es recogido por el comité de investigación y trabajo encargado de la elaboración del Reporte ICCA – QMUL, los mismos que recogen lo aquí manifestado, inclusive, como un principio:

“B.2. The specific provision of a funding agreement may be subject to confidentiality obligations as between the parties, and may include information that is subject to a legal privilege; as a consequence, production of such provision should only be ordered in

exceptional circumstances.” [B.2. La provisión específica de un acuerdo de financiación puede estar sujeto a obligaciones de confidencialidad entre las partes, y puede incluir información que está sujeto a secreto profesional; como consecuencia, la generación de cada provisión debe ser ordenada únicamente en circunstancias excepcionales.] (International Council for Commercial Arbitration; Queen Mary University of London, 2018, pág. 117)

En igual sentido, fueron los pronunciamientos en los casos (*South American Silver Limited (SAS) vs. Estado Plurinacional de Bolivia*, 2013) Y (*Eurogas vs. Eslovaquia*, 2015), en donde las partes que no estaban recibiendo financiamiento solicitaron que no solo se revelara la identidad del financista sino que se requirió la presentación del detalle del acuerdo de financiamiento, no obstante ello, el Tribunal Arbitral rechazó el pedido en ambos casos al haberse comprobado que dicha solicitud se sustentaba en un requerimiento por caución de costos, sin embargo se estimó conveniente revelar únicamente la identidad del financista con lo que se cumpliría con salvaguardar el derecho de defensa de las partes y la transparencia en el arbitraje.

Aclarado ello, podemos ejemplificar un caso en el que un Tribunal Arbitral determinó de forma excepcional la liberación de los términos del acuerdo de inversión, nos referimos al caso (*Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, 2015), en dicho caso el Tribunal Arbitral rechazó inicialmente el pedido de revelación solicitado por Turkmenistan.

Sin embargo, fue solicitado nuevamente alegando que en otro caso donde participaba la demandante y estaba siendo financiada por el mismo FEIL, pese a que el Tribunal Arbitral había ordenado el pago de costos del arbitraje como consecuencia de haberlo perdido, la demandante no cumplió con pagar dichos costos del arbitraje, razón por la cual se tenían dudas

razonables sobre el hecho de que el FEIL sea el mismo en el presente caso y se produzca la misma consecuencia que en el referido caso externo.

En consecuencia, Sehil en su calidad de demandante del arbitraje, no negó que recibía financiamiento y se mostró de acuerdo con revelar la identidad del financista, pero en contra de mostrar los términos del acuerdo de financiamiento, ya que le reportaría mayores gastos y un impacto negativo en el curso del arbitraje,

El Tribunal Arbitral, meritó estas circunstancias en conjunto y ordenó a Sehil liberar toda la información relevante al financiamiento recibido, es decir tanto de la identidad del FEIL como de los términos y naturaleza del contrato de financiamiento suscrito, ello a efectos de contrastar los potenciales conflictos de interés y tener un mayor alcance del financiamiento recibido por la demandante, haciendo la salvedad que la demandada aún no había solicitado una caución de costos y que desconocía si este sería solicitado, así como los argumentos que le darían sustento.

Como puede verse, la tendencia para revelar el acuerdo de financiamiento o inversión suscrito con un FEIL es negativa, esto quiere decir que los árbitros deberán meritarse de forma completa las circunstancias por las que pudiesen ordenar la revelación de los detalles del financiamiento recibido por la accionante en el arbitraje, en caso contrario deberá prevalecer la protección de la confidencialidad de dicho acuerdo.

Sin perjuicio de ello, a nuestro entender podríamos sumar una causal adicional a la excepción para revelar las condiciones del financiamiento recibido, esto es para aquellos casos en donde sea el propio financiado el que pretenda recuperar en la condena de costos y costas los gastos incurridos en el arbitraje por el FEIL que lo patrocina económicamente.

Y es que la mera solicitud del propio financiado de una condena de costos que incluya estos gastos de financiamiento presupone una renuncia implícita a su derecho de

confidencialidad, ya que si el financiado promueve una pretensión de esta naturaleza es evidente que previamente los árbitros deberán revisar cuales son estos gastos, como han sido calculados, en base a que se sustenta el cálculo y ocasionalmente, si dicho acuerdo puede materializarse para efectos de una condena de costos.

Por lo tanto, este hipotético genera una actividad de la propia parte financiada por lo que no podría resistir posteriormente una petición de los árbitros para revelar esta información, en caso contrario estaría contraviniendo sus propios actos, con lo cual dicha revelación sería necesaria y hasta racional para efectos de emitir el propio laudo arbitral.

#### **2.1.2.6. Sobre el Security for Costs**

La caución de costos es una solicitud promovida por la parte que es demandada o mejor dicho por aquella parte que no está recibiendo financiamiento por un FEIL y consiste en solicitar al Tribunal Arbitral que la parte que está siendo financiada entregue en calidad de garantía un monto determinado de dinero para asegurar el cumplimiento de recuperación de los costos incurridos en el arbitraje, en caso el financiado pierda el caso.

Así la doctrina puntualiza que:

La solicitud de *security for costs* es presentada por la parte que responde al reclamo y busca obligar a aquella que lo presentó a proporcionar la garantía suficiente de que cubrirá con los honorarios y gastos que le sean imputados por el Tribunal Arbitral. (Waincymer, 2012, pág. 642)

Por lo que, la caución para costos del arbitraje corre la suerte de “medida cautelar presentada durante el proceso por la parte que responde a la demanda (o contrademanda) que quiere asegurar que el demandante pueda pagar una posible decisión de pago de costos en su contra.” (Von Goeler, 2016, pág. 333)

En ese orden de ideas, el *security for costs* – para fines de la presente investigación – adquiere relevancia para aquellos supuestos en el que el demandado (o parte que no solicitó el financiamiento del fondo) considera que el financiado tuvo la necesidad de recurrir al TPF ante una situación de insolvencia o de falta de recursos, situación que haría pensar que tampoco tendrá recursos para afrontar una condena de costos en el hipotético que el arbitraje le resulte contrario al financiado.

Sin embargo, como hemos podido ver anteriormente, una parte no siempre recurre al TPF por encontrarse en una situación económica de insuficiencia patrimonial, ya que inclusive una parte que dispone de todos los recursos económicos posibles podría recurrir a un TPF con la finalidad de hacer financieramente rentable el arbitraje a promover, el mismo que estaría siendo sustentado no con recursos de sus arcas sino del FEIL, en donde ambos ganan (en el hipotético de tener un caso con bases sólidas de éxito).

Por lo tanto, la práctica arbitral ha establecido que el mero hecho de que determinada parte esté recepcionando apoyo financiero vía TPF, no es razón suficiente para (i) presuponer su falta de solvencia económica, bajo la premisa de que no podría afrontar los costos arbitrales en un escenario de fracaso del arbitraje y (ii) para otorgar un *security for costs* a la parte que lo solicita.

Ello se contrasta de una fácil revisión de la jurisprudencia arbitral, sobre el particular podemos revisar el caso (South American Silver Limited (SAS) vs. Estado Plurinacional de Bolivia, 2013) En el que el Tribunal Arbitral (ante el pedido de *security for costs* de Bolivia) rechazó la solicitud por dos motivos: (i) la necesaria comprobación de que la parte financiada ha demostrado incumplimientos o abusos y (ii) el solo hecho de que se recurra al TPF no es suficiente para otorgar *security for costs*, debiéndose meritarse circunstancias adicionales de tipo excepcional, ello en base a los siguientes argumentos:

Existe consenso en que el estándar para otorgar la solicitud de la medida es bastante estricto, ya que sólo se debe conceder cuando se presentan circunstancias extremas y excepcionales, por ejemplo, cuando se prueba la existencia de un abuso o un incumplimiento constante que podría causar un daño irreparable si no se otorga la medida. [...]

Las decisiones de los tribunales de inversión que han condenado a la parte demandante en costas han informado que la existencia de un tercero que financia a la actora no es por sí solo un factor que se deba tener en cuenta en la determinación de las costas. El Tribunal comparte es aproximación y estima que no sería consistente con la misma el considerar la sola existencia de un tercero financiador como factor exclusivo para determinar las costas en una fase anterior del procedimiento, es decir, en la evaluación de una solicitud de *cautio judicatum solvi*. [...]

En síntesis, la existencia de un financiador es un elemento que se puede tener en cuenta, *per se* los tribunales han sido claros en que la sola presencia del financiador no es suficiente para que se otorgue la *cautio judicatum solvi*. (South American Silver Limited (SAS) vs. Estado Plurinacional de Bolivia, 2013, pág. 68:77)

En igual sentido, se decidió en el caso que enfrentó a EuroGas- Belmont contra la República Eslovaca, en donde el Tribunal Arbitral determinó a través de su Orden Procesal N° 3 que las “dificultades financieras y el financiamiento por parte de terceros, que se ha convertido en una práctica común, no constituyen necesariamente en sí mismas circunstancias excepcionales que justifiquen que a la demandada se le otorgue una orden de *security for costs*” (EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. v. República Eslovaca, 2015, pág. 123)

De igual manera en el caso que enfrentó a Guarachi – Rurelec en contra de Bolivia en el que se precisó:

El demandado no ha demostrado un vínculo causal suficiente como para que el Tribunal pueda inferir de la mera existencia de fondos de terceros que las demandantes no serán capaces de pagar una eventual adjudicación de los costos presentados en su contra, independientemente de si el financiador es responsable de estos o no. (Guarachi America Inc. y Rurelec plc v. Estado Plurinacional de Bolivia, 2011, pág. 7)

Un caso adicional es el que enfrentó al (Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines Inc. v. República de El Salvador, 2015) en donde El Salvador solicitó que se ordene una caución de costos ante el constante retraso de la demandante en pagar los anticipos administrativos del centro de arbitraje y frente al TPF al que la demandante había recurrido.

Sin embargo, el Tribunal Arbitral rechazó el pedido de *security for costs* de El Salvador, argumentando que la existencia del TPF era, por el contrario, una muestra de buena fe de la demandante por conseguir fondos externos para cubrir los costos del arbitraje; pese a ello el arbitraje fue suspendido por falta de pago del demandante, ordenándose que el demandante solo asuma el pago de los gastos administrativos del centro y no los gastos arbitrales incurridos por El Salvador para su defensa en el arbitraje.

Como puede verse, la tendencia de los tribunales internacionales es la de no conceder el *security for costs* bajo la única premisa del empleo de TPF por el financiado, debiendo por lo tanto, aplicar un test de procedencia para decidir otorgar dicha caución, para ello se aplicaría la denominada “teoría del equilibrio de intereses” la misma que busca encontrar un balance entre “el interés del demandante, de tener acceso a la justicia arbitral, y el interés del demandado que ha solicitado la caución, de evitar un procedimiento arbitral costoso sin garantía suficiente de que será reembolsado por sus gastos en caso de éxito” (González de Cossío, 2014, pág. 298)

En conclusión, se tiene que los principales pedidos por una caución de costos o *security for costs* deben ser analizados de forma estricta por los árbitros, meritando las circunstancias bajo las cuales deberían amparar un pedido de este tipo, no pudiendo otorgarlos bajo la consigna única de la existencia de un TPF, sino de situaciones excepcionales como el abuso o la mala fe, tales como la creación de una empresa propósito que no disponga de fondos y que haya sido constituida únicamente para fines del arbitraje (imaginemos una compra de los derechos de una controversia económicamente relevante por un FEIL) y que no disponga de los fondos (comprobados) para afrontar los gastos arbitrales, por lo que su constitución solo haya sido dada para el caso en que el arbitraje le sea exitoso al fondo; casos como estos justificarían una caución de costos en favor de la parte no financiada.

#### **2.1.2.7.Reconocimiento de los gastos del financista en el Laudo Arbitral**

En arbitraje es recurrente que las partes incluyan en sus pretensiones de demanda y/o reconvencción que se condene a la contraria a la asunción de la totalidad de los costos y costas que genere el arbitraje, ello con la finalidad de que los árbitros meriten los principales hechos del caso y puedan determinar a quién y en qué proporción se condena a la asunción de los costos y costas del proceso.

En primer lugar, es importante delimitar el espectro de lo que se conoce como “costos” o “gastos arbitrales”, por lo que, como regla general son aquellos gastos razonables en los que las partes debieron incurrir para su defensa en el arbitraje; por lo que pueden ser las propias partes la que pacten por anticipado en su convenio arbitral la forma de la asunción de los costos arbitrales o por el contrario puede dejarse a expresa o implícita (por mandato legal) facultad de los árbitros dicha determinación.

Nuestra legislación arbitral nos brinda la definición de lo que las partes deben considerar como costos del arbitraje, ello de acuerdo a lo regulado en el artículo 70° de la LAP, delimitando los mismos a: (i) honorarios y gastos del tribunal arbitral, (ii) los honorarios y

gastos del secretario, (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral, (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral, (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Por consiguiente, si bien es cierto como regla general es bastante frecuente encontrar que, por ejemplo, los honorarios del abogado patrocinante, en materia arbitral (ya que en sede judicial, es abiertamente distinto) no se requiere la representación de un abogado (no es obligatoria la defensa cautiva, en concordancia con el artículo 37° de la LAP), pudiendo la propia parte ejercer su representación; sin embargo es razonable pensar que por la complejidad del caso en discusión el respaldo de un abogado pueda ser necesario.

Distinto es el asunto cuando nos referimos a equiparar a costos arbitrales aquellos gastos incurridos a causa del TPF y que los mismos sean establecidos por los árbitros en el laudo arbitral; eso genera dos efectos a la par (i) la posibilidad efectiva de reconocer los gastos incurridos por el financista para llevar adelante el arbitraje y (ii) reconocer los gastos en los que tuvo que incurrir un tercero (el financista) en un laudo arbitral que resuelve la controversia entre dos partes contractuales distintas.

En primer lugar, consideramos que los costos que se vinculan al TPF pueden ser equiparados válidamente a la categoría reconocida como “gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje”, para ello debemos revisar las circunstancias que motivaron a la parte a recurrir al TPF, ello en virtud a que pudo verse alentado (i) por una evidente situación de empobrecimiento o de déficit financiero que le impedía asumir los gastos vinculados al arbitraje y (ii) aquella parte que sin tener urgencias de tipo financieras que le impidan asumir los gastos arbitrales, recurre al TPF, únicamente con la finalidad de no ver comprometidos nuevos fondos de su patrimonio en el arbitraje por iniciarse.

Por ende, los árbitros deberán revisar estas circunstancias y en la medida que haya sido solicitado por las partes (recobrar los gastos del TPF en la condena de costos), meritar las pruebas que se ofrezcan para determinar la asunción de estos costos; consideramos que en un primer escenario, un pedido de esta naturaleza debería ser rechazado por los árbitros ya que el contrato de financiamiento o inversión es exigible entre la parte financiada y el FEIL, por lo que no podría hacerse mención al mismo en un arbitraje que no tiene como parte al FEIL, debiendo exigir - el financista - el cumplimiento de las obligaciones contractuales del contrato de financiamiento, en una vía distinta al arbitraje de su cliente.

No obstante, si de la revisión de los árbitros logra determinarse que la parte financiada tuvo – razonablemente- justificaciones para recurrir al financiamiento externo de un FEIL, los árbitros, bajo un análisis de razonabilidad y de acuerdo a la normativa de cada jurisdicción en donde se lleve a cabo el arbitraje<sup>37</sup>, podrían válidamente reconocer los gastos vinculados al TPF como parte de la condena de costos.

En segundo lugar, si bien es cierto un financista no es parte del arbitraje (con lo cual se le identifica como un tercero), consideramos que es válido un reconocimiento de los gastos vinculados al financiamiento entregado para fines de que su cliente promueva el arbitraje debido a que dichos gastos se convierten en gastos incurridos por el propio financiado, ya que para todos los efectos del arbitraje, quien paga los honorarios o todos los gastos arbitrales, es la propia parte (al margen de que haya recepcionado financiamiento de un tercero), así que la existencia de un financista resulta completamente irrelevante frente al reconocimiento de costos que pueda solicitar dicha parte financiada, ya que serían sus propios costos los que deberían ser reconocidos; sin embargo en aras de la transparencia y

---

<sup>37</sup> Esto es importante, ya que dependerá que dicte la regulación arbitral del país donde se discute el arbitraje, debido a que los árbitros estarán en la obligación de sustentar en calidad de que concepto encasillan los gastos vinculados al financista, por lo que en un escenario de exceder esta facultad (sumado a que el país no tiene una regulación clara al respecto) podría incurrir en alguna causal de nulidad de laudo arbitral.

el buen desempeño de las actuaciones arbitrales, es importante liberar dicha información, sin que ello influya necesariamente con lo que un árbitro pueda decidir en la condena de costos.

Nuestra posición es reconocida en la propia práctica arbitral, ello de acuerdo al caso (*Essar Oilfields Services Ltd. v. Norscot Management Pvt. Ltd.*, 2016), el cual enfrentaba a Essar en contra de Norscot, la controversia giraba en torno a un contrato de gestión operativa valorizada en millones de dólares.

El caso es bastante peculiar, ya que Essar promovió numerosos arbitrajes en contra de Norscot con la única intención de inmovilizarlo financieramente y generar que no pueda efectivizar su defensa en dichos arbitrajes, provocando con esto el retiro inminente de Norscot del sector en donde ambos ejercían actividades comerciales.

Esta situación (de arbitrajes simultáneos) propició un descalce financiero en Norscot, que lo obligó a recurrir a un financiamiento externo vía TPF, sin el cual no podría haber hecho frente a la controversia promovida por Essar; este financiamiento fue por el monto de £ 647.000 (Seiscientos Cuarenta y Siete Mil con 00/100 Libras Esterlinas) a cambio del 30% de lo que se logre recuperar en el laudo arbitral.

El caso le fue favorable a Norscot, el mismo que había planteado como pretensión que se reconozca como costos arbitrales, los gastos incurridos y pactados con el FEIL que financiaba el arbitraje; por lo que el laudo arbitral amparó dicha pretensión, debiendo Essar cumplir con cancelar dichos costos arbitrales.

Posteriormente, Essar solicitó la nulidad de dicho laudo arbitral, para lo cual sustentó – principalmente- que el árbitro encargado de resolver la controversia había excedido sus facultades al otorgar como costos arbitrales los gastos relativos al financista de Norscot, habiendo, el árbitro, viciado el laudo arbitral irregularmente.

La Corte que atendió dicho recurso de anulación de laudo, rechazó el pedido de Essar y ratificó los argumentos empleados por el árbitro, sustentando que de acuerdo a la ley de arbitraje y al reglamento arbitral aplicable, el árbitro, estaba facultado a otorgar costos arbitrales bajo dichos parámetros, la Corte efectuó un desarrollo sobre el alcance de los “costos legales de otro tipo” recuperables en arbitraje que regula la Ley de Arbitraje Inglesa (artículo 59.1), argumentando que es razonable equiparar a “otros costos legales” al financiamiento recibido por el FEIL con el fin de llevar adelante la defensa de un arbitraje, peor aún si se encontraba ante una situación de mala conducta contractual de Essar, la misma que buscaba ahogar financieramente a su par.

Por lo que, es completamente válido que un árbitro reconozca los gastos producidos por el empleo del TPF en una condena de costos, siempre y cuando sean solicitados por la parte financiada, así como si la solicitud de dicho financiamiento se haya visto motivada por circunstancias razonables, que deberán ser analizadas detenidamente por los árbitros dependiendo el caso a caso.

#### **2.1.2.8. La extensión del convenio arbitral al financista**

Como punto de partida, es necesario esclarecer cual es la situación de un financista o FEIL frente al arbitraje que decide financiar, ya que – en principio – un financista no forma parte de la relación contractual de fondo, es decir, es un externo frente a las partes suscriptoras del contrato principal.

Sin embargo, ¿acaso un financista no tiene un interés legítimo en el resultado del arbitraje que financia?, la respuesta es afirmativa en todos sus sentidos, no obstante, consideramos precisar que este interés es uno de tipo económico solamente, es decir no un interés en la controversia en sí, debido a que para el financista no es relevante el detalle del fondo de la controversia, sino hasta qué punto ello puede incidir para que el negocio en el que ha inyectado dinero (el arbitraje) genere un retorno de su inversión.

De este primer acercamiento, surge otra interrogante, ¿es suficiente que el financista tenga un interés económico sobre el resultado del arbitraje para que forme parte del mismo? Consideramos que no es suficiente, un financista es un tercero que no debería ser atraído al arbitraje.

Como sostiene, GRAHAM:

Desde el momento que la financiera no está involucrada en la ejecución del contrato de base, y que por definición tiene solo conocimiento de la cláusula arbitral en el momento que la controversia nació, es difícil de considerarla como parte al arbitraje. De todos modos, a suponer sin conceder que fuera considerada como parte, no podría tener interés distinto al de la parte financiada: necesariamente tendría que ser el mismo. El resultado sería más que curioso a tener una situación donde la demandada tendría que litigar contra dos partes (la financiera y la parte financiada) sobre una litis idéntica. Es obvio que tal proceso es violatorio de la garantía de la igualdad de las partes en el procedimiento arbitral. (Graham, 2010, pág. 9)

Probablemente, en el caso peruano, una lectura incorrecta del artículo 14° sugiera que en tanto se demuestre que el financista ha manifestado su consentimiento para arbitrar, ha tenido una participación activa y determinante en determinado *iter contractual* o ha pretendido derivar beneficios del contrato que genera la controversia, podría extenderse el convenio arbitral suscrito por las partes.

Con lo que, erradamente podría alegarse que un financista puede tener determinada influencia en la toma de decisiones de la parte financiada, los abogados, el árbitro designado, así como en otras situaciones del arbitraje, situación que permitiese concluir que tendría una vinculación directa que le permita equiparse a la de una parte misma.

Sin embargo, dicho razonamiento adolece de un requisito fundamental para el análisis de la extensión del convenio arbitral, esto es: la buena fe; como mencionáramos

anteriormente, un FEIL - por regla general - no participa en la relación contractual principal, su giro de negocio es la inversión en el litigio arbitral, por lo que su intervención se da mayoritariamente cuando la controversia ya surgió, por lo que la extensión del convenio arbitral debería darse a aquellas partes no signatarias que hayan influido en el contrato principal (negociación, celebración, ejecución o terminación), así como que dicha participación haya sido relevante para fines del inicio de la controversia.

La relevancia de la participación del no signatario en la situación que generó la controversia es esencial, en palabras de CONEJERO e IRRA DE LA CRUZ:

El análisis deberá ser todavía más estricto a fin de evitar abusos en cuanto a que el vínculo entre la participación de la parte no signataria y el contrato debería suponer que la parte no signataria haya tenido una participación activa y determinante precisamente en aquella fase de la vida contractual que ha dado origen a la disputa que se somete a arbitraje. (Conejero Roos & Irra de la Cruz, 2012 - 2013, pág. 88)

En ese mismo sentido, la consideración de la buena fe es necesaria para la aplicación del artículo 14º de la LAP, así lo reconoce SANTISTEVAN:

De manera directa, la aplicación de la buena fe a la que alude el artículo 14 de la Ley de Arbitraje se traduce en el reconocimiento de la doctrina de los actos propios que convoca a la coherencia en la conducta de las partes en el contrato, al punto de repudiar todo acto contradictorio con la sucesión de precedentes que generaron confianza en el cumplimiento del contrato y auspiciaron la lealtad para el logro de sus fines. (Santistevan de Noriega, 2009, pág. 45)

Ahora bien, la jurisprudencia a través del emblemático caso Jaguar France, ha delimitado cuando se debe permitir la participación de un no signatario, en el siguiente sentido:

En el derecho del arbitraje internacional, los efectos de la cláusula compromisoria se extienden a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato desde el momento en que sus situaciones y sus actividades hacen presumir que éstas tenían conocimiento de la existencia y del alcance de esta cláusula, con el fin de que el árbitro pueda ser competente respecto de todos los aspectos económicos y jurídicos del litigio. (Merino Merchán & Chillón Medina, 2006, pág. 1289)

En consecuencia, es la parte interesada en recibir financiamiento la que contacta al FEIL (es decir, un mero tercero a la relación contractual principal), le expone el caso y espera recibir los fondos para promover el arbitraje respectivo, con lo cual el financista – al margen del interés económico natural en el resultado del arbitraje – no participa ni deriva beneficios del contrato principal que vincula a las partes suscriptoras, un razonamiento contrario a esto atenta contra la buena fe.

#### **2.1.2.9. Conflictos de interés en el financiamiento de arbitrajes por terceros**

Como explicáramos en capítulos anteriores, los árbitros son piezas elementales en el arbitraje, debido a que de ellos dependerá la calidad de proceso que se lleve adelante, así como el nivel del laudo arbitral que se llegue a expedir.

Así las cosas, la principal situación a considerar por los árbitros son los conflictos de interés que puedan surgir antes y durante el arbitraje; ya que inclusive podrían existir cierto tipo de situaciones que pudiesen generar escenarios de duda razonable, sin embargo, bastaría con que el árbitro cumpla con revelar dicha información para que sean las propias partes si estiman otorgarle la presunción de independencia e imparcialidad al mencionado árbitro o solicitar su retiro del caso.

En ese sentido, si analizamos la problemática del TPF en relación a los conflictos de interés que pueden surgir con los árbitros, vemos que el asunto se vuelve más preocupante, porque pueden presentarse dos escenarios válidamente: (i) el caso en el que el árbitro forme

parte del FEIL que financia la controversia de una de las partes y no haya cumplido con revelar dicha situación y (ii) el caso en el que el árbitro no tenga conocimiento de la existencia de un conflicto de interés debido a que la parte financiada no cumplió con precisar que recibía financiamiento de un financista vinculado con el árbitro.

Ante ello, es importante mencionar que la transparencia en el arbitraje es un elemento importantísimo, sin el cual las obligaciones de los principales actores del arbitraje no podrían materializarse de forma adecuada, como por ejemplo el deber de revelación de los árbitros.

Por lo tanto, en la medida que un financista tiene como parte de su staff de inversiones, un comité legal, que se encarga de analizar el riesgo legal de los casos en los que invertirán sus recursos y estando a que dicho comité está integrado principalmente por profesionales conocedores de la materia, esto es árbitros, sería fundamental que se facilite la información de si las partes están recepcionando financiamiento de un tercero financista, ello sumado al hecho evidente de que todo FEIL tiene un elevado interés económico en el destino de la controversia.

De acuerdo a las Directrices IBA, mencionan en la norma general 6.b, que “los terceros financiadores y las aseguradoras en relación a la disputa pueden tener un interés económico directo en el laudo, y por tanto pueden considerarse como equivalentes a la parte” (Caivano, 2018, pág. 10)

En consecuencia, existe una elevada preocupación en transparentar una potencial relación entre el FEIL y los árbitros, para cuyos efectos consideramos necesario promover una práctica de revelación inicial de las partes, las mismas que tendrían que poner de manifiesto en la etapa postulatoria del arbitraje (con la petición de arbitraje) que reciben financiamiento de un tercero, así como la identidad del mismo, ello con el único motivo de hacer más diáfano el arbitraje y contribuir de esa manera a que no se propicien dilaciones o

discusiones innecesarias que en nombre de la protección de la confidencialidad terminen por sabotear la viabilidad del arbitraje; ello sumado a que si las partes cumplen con revelar dicha información contribuirán a que los árbitros puedan cumplir adecuadamente con su deber de revelación.

Esto es, inclusive, recogido por el Reporte ICCA – QMUL el mismo que equipara a un principio vinculado a la prevención de los conflictos de interés, la revelación de la situación de financiamiento por terceros, señalando que:

“A.1. A party and/or its representative should, on their own initiative, disclose the existence of a third-party funding arrangement and the identity of the funder to the arbitrators and the arbitral institution or appointing authority (if any), either as part of a first appearance or submission, or as soon as practicable after funding is provided or an arrangement to provide funding for the arbitration is entered into” [A.1. Una parte y/o su representante deben, por iniciativa propia, revelar la existencia de un acuerdo de financiación y la identidad del financista a los árbitros y a la institución arbitral o autoridad nominadora (de corresponder), ya sea como parte de una primera aparición o presentación, o tan pronto como sea posible luego de que se proporcione el financiamiento o se celebre un acuerdo para financiar el arbitraje] (International Council for Commercial Arbitration; Queen Mary University of London, 2018, pág. 81)

Por ende, la revelación de la parte financiada, tanto del hecho de que recibe financiamiento para su arbitraje, como de la identidad del financista que le da soporte económico, al inicio del arbitraje, es una buena práctica arbitral que proporciona transparencia a las actuaciones arbitrales mismas y permite el ejercicio regular del deber de revelación de los árbitros que atienden la controversia de las partes, por lo que sugerimos se incorpore en el ejercicio de los profesionales del arbitraje.

### **III. MÉTODO**

#### **3.1. Tipo de Investigación**

La presente investigación se encasilla dentro del tipo Dogmático – Teórico, a través de la cual podemos profundizar el estudio central de la problemática sobre financiamiento por terceros en el arbitraje, al tener que sustentar la investigación en las bases del derecho arbitral como institución que forma parte de los mecanismos alternativos para la resolución de controversias, en donde se analizará su desarrollo doctrinario y las decisiones arbitrales.

En ese orden de ideas, el presente trabajo está diseñado y desarrollado en base a una investigación No Experimental (Robles Trejo, 2012), ello debido a que no efectuará un empleo voluntario de la variable independiente, tampoco se analizará un grupo de control determinado; como puede verse lleva por objetivo un estudio jurídico y sus principales contingencias.

#### **3.2. Ámbito Temporal y Espacial**

Se ha tomado en consideración fuentes doctrinarias tanto de autores nacionales y extranjeros, comentarios a laudos arbitrales internacionales, legislación nacional y extranjera que aproxima una regulación incipiente al respecto.

Las fuentes doctrinarias que dan soporte a esta investigación abarcan fuentes doctrinarias, correspondientes a los años de 1975 a 2019, concernientes a países pertenecientes al common law (tales como Inglaterra, Países Bajos, Estados Unidos de Norteamérica, etc) y civil law (tales como Perú, Chile, Colombia, etc.).

#### **3.3. Variables**

##### **3.3.1. Variable Independiente**

- Financiamiento de terceros en el arbitraje

##### **3.3.2. Variables Dependientes**

- La revelación del financista al interior de un arbitraje financiado por terceros.
- La revelación de los términos del acuerdo de financiamiento en un arbitraje financiado por terceros.
- Conflictos de intereses entre los participantes del arbitraje y el financista en un arbitraje financiado por terceros.
- El rol del deber de revelación en un arbitraje financiado por terceros.
- La recuperación de la inversión en la condena de costas y costos en un arbitraje financiado por terceros.

### **3.4. Población y Muestra**

#### **3.4.1. Población**

La población de esta investigación estará conformada por la doctrina nacional y extranjera consultada, ello en virtud a que la investigación se ciñe a una de tipo no experimental.

#### **3.4.2. Muestra**

La muestra para efectos de la presente investigación estará compuesta por los Laudos Arbitrales revisados, ello en virtud a que la investigación se ciñe a una de tipo no experimental.

### **3.5. Instrumentos**

Se empleará la observación directa e indirecta (documental y revisión de contenido), ello en virtud a que la investigación se ciñe a un a de tipo no experimental.

### **3.6. Procedimientos**

Se empleará la técnica de recolección de datos mediante análisis de material doctrinario y documental.

### **3.7. Análisis de Datos**

En el análisis de los datos se efectuará empleo del método analítico, logrando efectuar una labor deductiva que vincule la interrelación de los elementos estudiados y revisados documentalmente.

## IV. RESULTADOS

### 4.1. Revelación de la existencia de financiamiento por terceros

Se puede dar un aproximamiento positivo con respecto a este punto, ello ya que, como se ha podido revisar de las opiniones de determinados sectores de la doctrina arbitral (nacional e internacional), de la jurisprudencia arbitral internacional y del estudio efectuado por la Queen Mary University of London; la tendencia va orientada a que se prefiera siempre que las partes revelen la existencia de que se recibe financiamiento externo en el arbitraje, ello con el ánimo de transparentar la interrelación de las partes y los árbitros, pudiendo anticipar – de esta manera - cualquier conflicto de interés que pueda afectar el normal desarrollo del arbitraje.

### 4.2. Revelación de la identidad del financista que provee de recursos al financiado

Se puede dar un alcance positivo con respecto a este punto, ello debido a que, como consta de la opinión de la doctrina especializada, la jurisprudencia arbitral internacional revisada y de los considerandos obtenidos del estudio liderado por la Queen Mary University of London; la tendencia va orientada a que se prefiera la revelación de la identidad del financista, al priorizarse un potencial conflicto de interés con los árbitros, situación que puede afectar el normal desarrollo del arbitraje.

### 4.3. Revelación de los términos económicos del contrato de financiación

De nuestra revisión doctrinaria y jurisprudencial, podemos ver que la regla no es la revelación de los términos económicos del contrato de financiación, ello ya que dichos contratos tienen una doble dimensión: (i) la confidencialidad que protege sus lineamientos y (ii) la oponibilidad de sus efectos, esto es aplicable únicamente a las partes suscriptoras del mismo.

No obstante, puede verse que, en el desarrollo jurisprudencial, puede optar por prescindir de dicha regla, siempre y cuando, las partes pretendan el reconocimiento de gastos del

financiamiento en el laudo arbitral o para aquellos casos en que, por el caso en concreto, los árbitros consideren que existen circunstancias para conocer dicho acuerdo.

#### **4.4. Sobre la participación del financista en calidad de parte en el arbitraje**

Sobre este punto, luego de la revisión doctrinaria disponible, se logra arribar a la premisa que el financista no puede ser equiparado a una parte del arbitraje, ello ya que, al margen de su comprobado interés en el resultado de la controversia, el financista no dispone de un vínculo sustancial ni material con respecto a la controversia, hecho que aleja su participación efectiva en el curso de las actuaciones arbitrales.

#### **4.5. Sobre el reconocimiento de los gastos del financista en el laudo arbitral**

Sobre este punto, luego de la revisión doctrinaria y jurisprudencial, se puede arribar a la premisa que en la medida que este reconocimiento sea solicitado a los árbitros y exista: (i) manera de cuantificación y (ii) razones para otorgar dicho reconocimiento, podría efectuarse un reconocimiento en el laudo arbitral de dichos gastos, siempre y cuando la legislación en donde se lleva a cabo el arbitraje tenga equiparado dentro de su definición de costos y costas, aquellos a los que una parte puede acceder de forma razonable para su defensa.

## V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

### 5.1. La transparencia del financiamiento por terceros en el arbitraje

La propuesta que ha sido materia de análisis y desarrollo con la presente tesis, a través de la revisión doctrinaria y jurisprudencial, nos permite estimar que uno de los elementos principales del arbitraje es la transparencia, la misma que – como ha podido revisarse - tiene un doble efecto: (i) un efecto que impacta en la parte (s) que recibe financiamiento de un tercero, generando un deber de información natural frente al arbitraje y (ii) un efecto en los árbitros, los mismos que tendrán que neutralizar (de corresponder) el impacto de un potencial conflicto, a través del ejercicio de su deber de revelación.

Es por ello que, consideramos importante que ambos efectos se produzcan en su conjunto, de esa manera no solo se estaría promoviendo una buena práctica arbitral, sino se estaría contribuyendo con la salud del arbitraje, evitando a las partes revelaciones tardías que generen obstrucciones en el arbitraje, lo cual no hará más que retrasar el normal curso de las actuaciones arbitrales; esto sin considerar que una lid vinculada a este tema puede presentarse en una etapa bastante avanzada del caso.

Por lo que, esta revelación deba darse al inicio del arbitraje, de esta manera se permite tanto a la parte como al árbitro, discutir dicho tema en la etapa inicial del arbitraje, de esta manera se evitan tiempos muertos y el despilfarro de recursos (económicos y horas hombre).

No obstante, como sustentáramos, una excepción a dicha regla podría ser (i) el surgimiento de situaciones exógenas que justifiquen razonablemente la revelación del contrato de financiamiento y (ii) el hecho de que la parte financiada solicite al Tribunal Arbitral como pretensión, pueda recobrar los gastos del financista en la condena de costos.

Por lo que, la regla general es que los árbitros no soliciten la revelación de los términos del contrato de financiación en el arbitraje, ya que el principal argumento para solicitar dicha

revelación es el potencial conflicto de interés que pueda tener los árbitros, pero tal y como hemos explicado y demostrado dicha situación se agota con la revelación de la identidad del financista; ante la presentación de alguna situación que a consideración de los árbitros diera dudas justificadas se deberá meritarse dicha revelación.

Finalmente, para aquellos supuestos en el que el interesado solicite que el Tribunal Arbitral evalúe la inclusión de los gastos incurridos por el financiamiento del tercero, deberá necesariamente revelar dichos términos económicos, en orden de que los árbitros puedan determinar hasta qué punto dicho otorgamiento de costos es razonable.

## **5.2. La no extensión del convenio arbitral al financista**

La posición propuesta en la presente investigación es la de no extender el convenio arbitral al financista, ya que en la medida de que un financista no ha tenido una incidencia o participación en la relación principal de fondo (requisito esencial para extender el convenio arbitral) no debería ser considerado una parte no signataria del contrato sino un mero tercero, sentido en el que se orienta la doctrina revisada en la presente investigación.

Ante ello, es importante mencionar que la extensión del convenio arbitral hace presuponer la concurrencia copulativa de dos requisitos: (i) buena fe y (ii) consentimiento, ahora bien existen maneras de poder desprender el consentimiento de un no signatario (tales como el consentimiento implícito), sin embargo, ello no es la regla, así, aquel requisito que no soporte un margen de discusión es la buena fe, sin la cual el análisis de extensión no podría alcanzar los siguientes supuestos (participación activa y determinante y/o derivación de beneficios del contrato principal).

Adicionalmente, la participación del no signatario ha tenido que ser relevante para efectos del surgimiento de la controversia; por lo que, como hemos podido notar el financista atiende el caso que se le propone cuando la controversia ya ha surgido, no habiendo podido tener mayor

incidencia en el *iter* del contrato principal, en consecuencia (i) no ha podido manifestar su consentimiento para arbitrar y (ii) así como tampoco podría forzarse una extensión del mismo, ya que ello contravendría la buena fe.

### **5.3. Reconocimiento de gastos del financista como costos arbitrales**

Podemos arribar a la premisa que luego de la información revisada vinculada a la doctrina y la jurisprudencia, el reconocimiento de gastos del financista en el laudo arbitral no es la regla, pudiendo presentarse dos escenarios al respecto, (i) que ello sea solicitado anticipadamente al Tribunal Arbitral, siendo que el peticionante tiene razones que hagan meritar a los árbitros dicho pedido y (ii) se pueda equiparar efectivamente a los costos arbitrales, los gastos del financista.

Por lo que, si llega a comprobarse que la parte que solicita el reconocimiento de dichos gastos, se vio en la necesidad de recurrir a un financiamiento externo, consideramos que dichos gastos pueden ser equiparados a los costos arbitrales, siempre y cuando tengan como fin que la parte pueda hacer valer sus derechos para recurrir al arbitraje.

Además, no existiría problema en que se reconozcan estos gastos, debido a que para todos los efectos quien asume estos gastos es la propia parte, con lo que no es un elemento que deba sujetarse al análisis la recepción externa del financiamiento de un tercero; la misma situación podría materializarse en el hipotético en que dicha parte haya podido solicitar un préstamo bancario o uno de tipo personal a uno de sus accionistas, dicho gasto es uno que coadyuva a la defensa en el arbitraje, por lo que es válidamente considerado un costo arbitral bajo el amparo de la LAP.

Por lo que, los gastos del financista – en la medida que hayan sido solicitados y se compruebe que fue razonable acudir a ello, debería ser meritado bajo al criterio de los árbitros, con la finalidad de que al ser otorgados estos sean dados en proporciones adecuadas; esta dinámica valorativa de los costos arbitrales debería ir de la mano con la liberación de

información sobre los términos económicos del contrato de inversión suscrito con el financista, con la finalidad de apreciar de forma realista dichos números.

#### **5.4. Conflictos de interés en arbitrajes financiados por un tercero**

Se puede llegar a la premisa que, de acuerdo a la información revisada, pueden existir relaciones previas (o inclusive que continúen perfeccionándose) con los financistas que proveen de fondos a determinada parte en el arbitraje, ello ya que generalmente los árbitros forman parte de algún fondo de inversión especializado en litigios, en calidad de accionista o como miembro de un comité de trabajo determinado, haciendo que pueda manifestarse un interés económico en el caso.

A razón de ello, es importante considerar que las partes deban transparentar toda la información que pueda verse comprometida la independencia e imparcialidad del árbitro; por lo que, sin el ánimo de no respaldar la buena fe de las partes, debería de promoverse la revelación de este tipo de situaciones al inicio del arbitraje.

Esta buena práctica beneficia la continuidad del arbitraje, de esta manera se previene que las partes desperdicien recursos de forma innecesaria en cuestionamientos a los árbitros (sea para promover recusaciones o para contestarlas), por posibles vinculaciones o relaciones con los financistas que proveen de recursos a una de las partes en el arbitraje.

## VI. CONCLUSIONES

La presente investigación nos lleva a concluir que el financiamiento por terceros en el arbitraje, en su abierta mayoría, genera una puerta razonable para el acceso al arbitraje y no es una herramienta que deba ser condenada de forma anticipada, sino que a través del fomento de las buenas prácticas arbitrales puede contribuirse a la implementación de fórmulas y criterios que permitan delimitar de forma adecuada las directrices por medio de las cuales árbitros, abogados y partes deberían conducir un arbitraje de forma transparente, efectiva y eficiente.

Por lo que, es completamente válido sostener que el arbitraje es un instrumento de inversión que ha logrado ganar un considerable espacio en el mercado de las inversiones, construyendo no solo oportunidades para diversificar la cartera de los empresarios sino como una alternativa para las propias partes en lograr viabilizar pretensiones que – en su gran mayoría- no pudiesen promover sin el apalancamiento de un fondo de inversión especializado en litigios arbitrales.

De la principal revisión de la doctrina y jurisprudencia podemos anticipar que el principal problema – de forma general – es la oportunidad, esto es el momento en que se toma conocimiento de que una parte está siendo asistida con los recursos de un fondo especializado en litigios, esto es, la liberación de esta información al inicio del arbitraje permitirá que en primer lugar, los árbitros puedan ilustrar a las partes el vínculo que pueda existir con respecto del financista, esto genera una cadena de efectos positivos para el arbitraje, tales como (i) la toma de conocimiento sobre conflictos de interés en una etapa temprana del arbitraje, (ii) la evaluación anticipada de los árbitros sobre la necesidad de solicitar mayor información para fines de transparencia en el arbitraje, (iii) la delimitación de la efectiva participación del financista en el arbitraje y (iv) la determinación de cauciones o medidas cautelares que desincentiven las actuaciones de mala fe en un arbitraje financiado.

Nuestra investigación, demostró también que suelen promoverse solicitudes o pedidos de las partes que no reciben financiamiento con la finalidad de trabar el arbitraje, principalmente para aquellos casos donde se solicita: (i) *security for costs*, acreditándose a partir de nuestro aporte, que los Tribunales Arbitrales son reacios a entregar esta caución si es que no se tiene la certeza de un potencial daño a la parte solicitante y (ii) la revelación de los términos económicos del contrato o acuerdo de financiación, cuya revelación suele justificarse en nombre de la transparencia del arbitraje, sin embargo quedó demostrado que ello no es así y que el mismo acuerdo solo debería quedar expuesto en circunstancias excepcionales, determinadas por el Tribunal Arbitral mismo, dejando la transparencia arbitral a salvo como la revelación de la identidad del financista; revelación que consideramos necesaria informar al momento de solicitar o responder el arbitraje.

Se logró determinar que, una parte no siempre recurre a un financiamiento externo por urgencias económicas, ya que podría solicitarlo inclusive en una situación de aparente solvencia económica, motivado únicamente por razones de tipo financieras, no obstante la creencia de que el financiamiento por terceros se da exclusivamente por fines de insolvencia ha quedado desacreditada y por lo tanto se prueba que esta circunstancia no es cuestión suficiente para solicitar cauciones de costos arbitrales.

Por otro lado, se demostró – contrariamente a la práctica - que la confidencialidad del acuerdo de inversión no es absoluta, debido a que puede prescindirse de la misma cuando la parte financiada a través de sus propios actos así lo demuestre, como, por ejemplo, cuando solicita que se reconozcan en los costos arbitrales, los gastos incurridos por sido financiado, supuesto con el que no podría cumplirse si es que los árbitros no tienen a la vista el contrato de inversión.

Un punto de especial importancia fue la revisión de si el financista podría ser atraído al arbitraje, en atención a que evidentemente, el mismo, tiene un interés en el resultado de lo que se resuelve con el laudo arbitral a expedirse, con lo cual podría tener cierta incidencia en la toma de decisiones al interior del arbitraje, no obstante como acreditáramos la participación de un financista – salvo casos completamente atípicos y ajenos al giro de negocio de un fondo de inversión en litigios –no tiene relevancia frente al inicio del arbitraje, con lo cual no podría considerársele una parte no signataria del contrato principal, ya que su participación tampoco se da con respecto al contrato principal, en consecuencia no existiría manera en buena fe para atraer al financista al arbitraje.

Por lo que, la principal utilidad de esta investigación es la incorporación de estos conceptos y planteamientos en la práctica arbitral, tanto de árbitros, abogados y partes, en tanto constituyen buenas prácticas en pro del arbitraje mismo y su fortalecimiento, no siendo necesaria una modificación a la normativa arbitral, lo que terminaría por perjudicar la viabilidad de la institución arbitral.

## VII. RECOMENDACIONES

**PRIMERA:** La transparencia en el arbitraje, cuando media un financista externo, no debe ser usada como excusa para la promoción de solicitudes de mala fe, por lo que se debería fomentar una prevalencia a la revelación anticipada de la existencia y de la identidad del financista, esto es, al momento en el que se promueve el arbitraje y /o contesta el mismo; en caso contrario (es decir, de una omisión de revelación sobre dicha información, de existir) el Tribunal Arbitral deberá meritar dicha conducta al momento de decidir sobre la asunción de los costos y costas del arbitraje.

**SEGUNDA:** El reconocimiento de los gastos del financista podrían ser reconocidos en el laudo arbitral como costos arbitrales – ya que la propia Ley de Arbitraje Peruana lo permite – siempre y cuando, sea solicitado por la parte interesada, se compruebe que este gasto llevaba por finalidad el ejercicio de su defensa en el arbitraje y el reconocimiento sea razonable, para cuyo procedimiento únicamente el Tribunal Arbitral debería tener acceso a los términos económicos del financiamiento, en específico, al pacto de retribuciones con el financista.

**TERCERA:** La disposición de la caución de costos o *security for costs* no debe ser la regla para los árbitros, por lo que la mera existencia de un financista no debe ser razón suficiente para conceder este pedido, debiéndose efectuar un análisis del caso en concreto, teniendo como principal recurso el derecho de defensa de las partes.

**CUARTA:** La extensión del convenio arbitral al financista no debería ser una práctica que abogados, partes y árbitros, promuevan, ello dado principalmente a que - al margen del innegable interés económico del financista en el laudo arbitral a expedirse – el financista no tiene una participación relevante en la relación jurídica sustancial que motive su participación en calidad de parte no signataria, por lo que su atracción al arbitraje carecería de todo sentido y vulneraría la buena fe que rige al arbitraje.

**QUINTA:** No debe presumirse que la razón principal de la obtención del financiamiento a través de un tercero por una de las partes, es la falta de solvencia económica para promover acciones legales en un arbitraje, ya que como explicáramos, si bien es cierto esta razón es la de principal importancia, es cierto que también puede no estar motivada por la misma; ello con el ánimo de que los árbitros – ante un escenario de duda razonable sobre prácticas de mala fe - puedan efectuar un correcto análisis de las circunstancias que rodean al financiamiento externo de la parte.

**SEXTA:** La difusión y promoción de las principales herramientas brindadas por nuestra investigación, generarán que el mercado peruano se alimente de buenas prácticas que apuesten por la transparencia, la buena fe, la eficiencia y la especialidad, en pro del fortalecimiento de la institución arbitral.

## VIII. REFERENCIAS

- Alcalá Zamora y Castillo, N. (1991). *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Mexico: UNAM.
- Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir, QBCMF 97/1288/B (The Supreme Court of Judicature - The Court of Appeal (Civil Division) 19 de Diciembre de 1997).
- 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.
- Amprimo Pla, N. (2008). Naturaleza jurídica del arbitraje y su obligatoriedad en el arbitraje testamentario. *Revista Peruana de Arbitraje*, Magna.
- Barchi Velaochaga, L. (2016). Cesión de Derechos en Controversia. En G. Jurídica, *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas* (Vol. VI, págs. 338-340). Lima: Gaceta Jurídica.
- Born, G. (2009). *International Commercial Arbitration*. London: Kluwer Law International.
- Bravo Orellana, S. (9 de abril de 2018). *Las Sociedades de Propósito Específico en el financiamiento de inversiones*. Obtenido de Gestión - Blog Inversión e Infraestructura: <https://gestion.pe/blog/inversioneinfraestructura/2018/04/las-sociedades-de-proposito-especifico-en-el-financiamiento-de-inversiones.html/?ref=gesr>
- Brekoulakis, S. L. (2016). The Evolution and Future of International Arbitration. *International Law Library - vol. 37*, 1-20.
- Bühning-Uhle, C. (2005). A survey on arbitration and settlement in international business. En C. Drahozal, & R. Naimark, *Towards A Science of International Arbitration* (págs. 31-33). Kluwer Law International.
- Bullard Gonzalez, A. (2008). ¿Es un arbitraje un juicio? En C. A. Coagula, *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión El Arbitraje en el Perú y el Mundo* (pág. 145). Lima: Magna.
- Bullard Gonzalez, A. (2011). Extensión del Convenio Arbitral. En C. Soto, & A. Bullard, *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje* (pág. 203). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Caivano, R. (1998). *Negociación, Conciliación y Arbitraje*. Lima: APENAC.
- Caivano, R. (2018). Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global. *Revista Argentina de Arbitraje*, 4.
- Cantuarias Salaverry, F. (2007). *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Universidad de Ciencias Aplicadas.
- Cantuarias, F., & Caivano, R. (2008). La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad. *Revista Peruana de Arbitraje N° 7*, 58.
- Carnelutti, F. (1994). *Sistema del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Uteha.
- Castillo Freyre, M. (2007). Orígenes del Arbitraje. En M. Castillo Freyre, *Arbitraje y Debido Proceso* (pág. 19). Lima: Palestra Editores.

- Castillo Freyre, M. (2008). La Cesión de Derecho . *APECC Revista de Derecho*, 94-100.
- Castillo Freyre, M., & Vasquez Kunze, R. (2007). *Arbitraje El Juicio Privado: La Verdadera Reforma de la Justicia*. Lima: Palestra Editores.
- Clay, T. (2001). *L'Arbitre*. Paris: Dalloz.
- Clyde & Co. (2019). *El Financiamiento del Arbitraje Internacional Una Guía Práctica* . Londres: Clyde & Co.
- Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines Inc. v. República de El Salvador, ARB/09/17 (23 de junio de 2015).
- Conejero Roos, C. (2006). Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica. *Revista Internacional de Arbitraje* N° 4, 54.
- Conejero Roos, C., & Irra de la Cruz, R. (2012 - 2013). La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado. *Lima Arbitration* N° 5, 88.
- Cremades, B. (2005). Regulación Nacional del Arbitraje y la Convención de Nueva York. *Revista Peruana de Arbitraje* N° 1, 188-189.
- Cremades, B. M. (2011). Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration - Volumen 8 - N° 4. *Transnational Dispute Management* , 14.
- Cremades, B., & Madalena, I. (2010). La abogacía desde la óptica de un árbitro internacional. *Revista Peruana de Arbitraje* N° 10, 22 -23.
- De la Puente, M. (2001). *El Contrato en General* (Vol. I). Lima: Palestra.
- Del Rosal, P. (16 de junio de 2019). *Cinco Días* . Obtenido de El País: [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/06/16/legal/1560711155\\_765291.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/06/16/legal/1560711155_765291.html)
- Department of Economics Policy and Development of the City of Moscow and The Government of Moscow v. Bankers Trust Company and International Industrial Bank, EWCA Civ 314 (The Court of Appeal 25 de Marzo de 2004).
- Derains, Y., & Schwartz, E. (1998). *A Guide to The New ICC Rules of Arbitration*. London: Kluwer Law International.
- Diez Picazo, L. (1979). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Tecnos.
- Eisemann, F. (1974). La Clause D'Arbitrage Pathologique. *Commercial Arbitration - Essays in Memoriam Eugenio Minoli* , 129.
- Essar Oilfields Services Ltd. v. Norscot Management Pvt. Ltd. , EWHC 2361 (High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court 15 de setiembre de 2016).
- EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. v. República Eslovaca, ARB/14/14 (23 de Junio de 2015).
- Eurogas vs. Eslovaquia, Caso CIADI n° ARB/14/14 (2015).
- Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone & Ors. (18 de Noviembre de 2016).
- Feldstein de Cárdenas, Sara; Leonardi de Herbón, Hebe. (1998). *El Arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Fernández Masiá, E. (2016). La Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 8, N° 2, 204-220.
- Fernandez Rozas, J. C. (2009). Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial. *Arbitraje - Volumen II - N° 2*, 338.
- Ferruzo, G., & Cillóniz, B. (5 de Febrero de 2018). *Tácticas de Guerrilla en la Práctica Arbitral Peruana*. Recuperado el 29 de octubre de 2019, de Ius 360: <https://ius360.com/columnas/tacticas-de-guerrilla-en-la-practica-arbitral-peruana/>
- Fouchard Philippe, Gaillard, Emmanuel; Goldman, Berthold. (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*. (E. Gaillard, & J. Savage, Edits.) London: Kluwer Law International.
- Franck, S. D. (2006). The role of international arbitrators. *ILSA Journal of International and Comparative Law*. Vol. 2 n° 2, 499 y ss.
- Gaillard, E. (2013). Las representaciones del arbitraje internacional. En E. Gaillard, & D. Fernández Arroyo, *Cuestiones claves del arbitraje internacional* (pág. 12). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política.
- Galluccio, G., & Mori, P. (2012). *La Extensión del Convenio Arbitral*. Lima: Legales Ediciones.
- Gonzales de Cossio, F. (2004). *Arbitraje* (Primera Edición ed.). Guadalajara: Porrúa.
- González de Cossío, F. (2014). *Arbitraje* (cuarta edición ed.). Guadalajara: Porrúa.
- Graham, J. A. (2010). La tercerización de la financiación del Arbitraje Internacional. *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 10-11.
- Guarachi America Inc. y Rurelec plc v. Estado Plurinacional de Bolivia, PCA N° 2011-17 (2011).
- International Council for Commercial Arbitration. (2013). *Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958*. La Haya: International Council for Commercial Arbitration.
- 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 Reports No. 4)*. London: International Council for Commercial Arbitration.
- Khoury, S., Hurford, k., & Bowman, C. (2011). Third party funding in international commercial and treaty arbitration - a panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third party funding. *Transnational Dispute Management, Special Issue - Vol. 4*, 4.
- King, L., Nugent, E., & Van Dyke, B. (2018). *Negotiated Acquisitions of Companies, Subsidiaries and Divisions*. New York: Law Journal Press.
- Landa Arroyo, C. (2007). *El Arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Themis.
- Ledesma Narváez, M. (2014). *Jurisdicción y Arbitraje* (Tercera ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Leible, S., & Lehman, M. (2007). El arbitraje en Alemania. En S. Barona Vilar, *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI* (pág. 162). Pamplona: Thomson Civitas.
- Lysaught, G., & Hazelgrove, D. S. (2012). Economic implications of Third-Party litigation financing on the U. S. Civil Justice System. *Journal of Law, Economy and Policy - Volumen 8*, 645.
- Maniruzzaman, M. (29 de December de 2012). *Third-Party Funding in International Arbitration - A Menace or Panacea?* Obtenido de Kluwer Arbitration Blog: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/12/29/third-party-funding-in-international-arbitration-a-menace-or-panacea/>
- Mankiw, N. G. (2012). *Principios de Economía*. México: Cengage Learning.
- Mereminskaya, E. (Enero de 2017). Financiamiento de Litigios a través de Terceros y su Aterrizaje en Chile. *Informativo On-Line (Boletín N° 3)*. Santiago de Chile, Chile: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago.
- Merino Merchán, J., & Chillón Medina, J. (2006). *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Civitas.
- Molina Caballero, J. (2002). *La Congruencia en los Laudos Arbitrales*. Malaga: Universidad de Málaga.
- Monroy Cabra, M. G. (1998). *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*. Bogotá D. C.: Legis Editores.
- Morales, M. C. (2005). Efectos del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional. En E. Silva Romero, *El Contrato de Arbitraje* (pág. 697). Bogotá: Legis.
- Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6 (2015).
- Navares González, S. G. (2011). La Función de la Carta de Intenciones en la Interpretación de los Contratos Celebrados por la Empresa. *Iustitia*, 215-241.
- Navarro Perez, J. L. (1988). *La Cesión de Créditos en el Derecho Civil Español*. Granada: Comares.
- Park, W. (2005). Naturaleza cambiante del arbitraje: El Valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad. *Revista Internacional de Arbitraje*, 14.
- Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., & Partasides, C. (2007). *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Buenos Aires: La Ley.
- Requejo Pages, J. L. (1998). La Nueva Configuración del Arbitraje. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 56.
- Robles Trejo, L. (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima.
- Rodham Clinton, H. (2003). *Historia Viva*. (C. Claudia, Trad.) New York: Simon & Schuster Libros en Español.
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Sanders, P. (1999). *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*. La Haya: Kluwer Law International.

- Santistevan de Noriega, J. (2009). Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje. *Revista Peruana de Arbitraje* N° 8, 21.
- Serrano, A. (24 de noviembre de 2018). *Guía para realizar una due diligence con éxito*. Obtenido de Antonio Serrano Acitores: <https://www.antonioserranoacitores.com/guia-due-diligence/>
- Silva García, G. (2008). La Teoría del Conflicto Un marco Teórico necesario. *Redalyc*, 29.
- Silva Romero, E. (2005). El Contrato de Arbitraje examinado a la Luz del derecho de las Obligaciones. En E. S. Romero, & F. Mantilla Serrano, *El Contrato de Arbitraje* (págs. 371-374). Rosario: Legis.
- Silva Romero, E. (2013). De la Confidencialidad del arbitraje internacional y materias aledañas. En E. Gaillard, & D. Fernandez Arroyo, *Cuestiones clave del arbitraje internacional* (pág. 169). CEDEP.
- South American Silver Limited (SAS) vs. Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CPA n° 2013-15 (Zuleta, Eduardo; Orrego, Francisco y Guglielmino, Osvaldo 30 de Abril de 2013).
- Suárez Anzorena, I. (2005). Algunas notas los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional. *Revista Internacionla de Arbitraje* n° 2, 57.
- Szurski, T. (1994). Arbitration in Poland. *ICC Bulletin Special Supplement - International Commercial Arbitration in Europe*, 76.
- Taboada Córdova, L. (2002). *Nulidad del Acto Jurídico*. Lima: Grijley.
- Van Den Berg, J. A. (1989). *The New York Arbitration Convention of 1958*. London: Kluwer International Arbitration.
- Von Goeler, J. (2016). *Third-Party funding in international arbitration and its impact on procedure*. London: Wolters Kluwer.
- Waincymer, J. (2012). *Procedure and Evidence in International Arbitration*. London: Kluwer Law International.
- Washington Post. (1998). *Jones vs. Clinton*. Obtenido de <https://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/special/pjones/timeline.htm>
- Yeoh, D. (2016). Third party funding in international arbitration: A slippery slope or levelling the playing field? *Journal of International Arbitration - Vol 33 N° 1*, 115 y ss.