

La financiación por terceros en el arbitraje internacional

Alejandro Ignacio Ramírez Padrón*

Resumen

Con la escalada del COVID-19, se han presentado un cúmulo de casos contractuales y situaciones de conflicto a nivel mundial que revisten condición de internacionalidad. Sin embargo, es comprensible que en medio de la debacle económico-financiera que acontece el mundo entero resulte difícil contar con los recursos suficientes para acceder a arbitraje y aun teniéndolos, la utilización de los mismos puede comprometer la operatividad del negocio. Así, es como guarda especial relevancia y resurge la figura del financiamiento por terceros como alternativa de acceso a la instancia arbitral, incitando a la reflexión por parte de la comunidad académica sobre sus principales complicaciones, retos y oportunidades.

Abstract

With the escalation of COVID-19, a number of contractual cases and conflict situations have arisen worldwide that have international status. However, it is understandable that in the midst of the economic-financial debacle that is taking place around the world, it is difficult to have sufficient resources to access arbitration and even having them, the use of them can compromise the operation of the business. Thus, it is how the figure of Third-Party Funding remains relevant and reappears as an alternative for access to arbitration, prompting reflection on the part of the academic community on its main complications, challenges and opportunities.

Palabras clave

Arbitraje. *Third Party Funding*. Métodos de financiamiento.

Sumario

Introducción. I. Aproximación a la figura del *Third Party Funding*. A. Concepto y funcionamiento. B. Origen y evolución histórica. C. Diferencia con otros métodos de financiamiento. D. Ventajas y desventajas de su implementación. II. El TPF en el derecho comparado. III. Problemas asociados al financiamiento por terceros en procesos arbitrales. A. ¿Qué consideraciones precontractuales deben tenerse antes de suscribir un contrato de financiamiento de arbitraje con un fondo especializado? B. ¿Debe existir grado de injerencia por parte de los financiadores en la estrategia procesal a aplicar en el caso? ¿Encuentra límites? C. ¿Existe un deber de revelación de la financiación por terceros? ¿Cuál es su extensión? D. ¿Resulta determinante el TPF para la solicitud de caución? Conclusiones.

Introducción

Resulta ampliamente reseñado en la doctrina los múltiples beneficios que se desprenden de la escogencia del arbitraje como medio de resolución de conflictos. Incluso llegando a ser el método por excelencia seleccionado por las partes al momento de realizar transacciones internacionales comerciales, principalmente por su rapidez, confianza, especialidad y confidencialidad.

* Estudiante del pregrado en Derecho y de la concentración menor en Finanzas Empresariales, ambos en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Auxiliar de investigación en las líneas de Derecho Constitucional y Derecho Corporativo del Instituto de Investigaciones Jurídicas-UCAB; Asistente editorial de la Revista de la Facultad de Derecho (UCAB); Asistente del Consejo Editorial en la Revista Principia (CIERC-UMA).

Sin embargo, no siempre las personas, tanto naturales como jurídicas, disponen de los recursos para acudir a este medio y hacer valer sus derechos, o igualmente para defenderse ante un arbitraje ya iniciado en su contra.

Esto se debe a diversas razones, algunas veces se debe a los elevados costos que se erigen alrededor de un proceso arbitral, sobre todo en arbitrajes internacionales en donde el reto es mayor para el traslado de pruebas, la celebración de audiencias, las dificultades propias de la comunicación, entre otras actividades.

En otras oportunidades los sujetos, aun contando con la capacidad económica de sufragar un arbitraje internacional, deciden recurrir a otros mecanismos ya que la dirección de recursos para la conducción del litigio puede concluir en un riesgo elevado para la operatividad del negocio y de su propia planificación financiera.

Aunado a estos supuestos, que bien se vienen presentando desde hace mucho tiempo, se le agrega una situación de crisis económica actual producto de la escalada del COVID-19 que ha paralizado muchos mercados, desacelerando economías y generado una clara alerta a nivel mundial.

Ante tal situación, se ha vuelto a retomar distintos mecanismos, ahora con más auge, entre ellos el *Third Party Funding* o financiamiento por terceros en procesos arbitrales. Siendo menester revisar las bases sobre las que se sostiene esta figura, cuál ha sido su tratamiento alrededor del mundo, pero sobre todo cuales son los principales retos y oportunidades que presenta.

I. Aproximación a la figura del *Third Party Funding*

A. Concepto y funcionamiento

El financiamiento por terceros de procesos arbitrales es también conocido con el nombre de “sistema de financiación de litigios por parte de terceros”, o en inglés como “*Third Party Funding*”, “*Litigation funding*”, o de forma más breve por sus siglas “TPF”¹.

Este consiste en un sistema de financiación en el cual, por medio de un contrato, un tercero ajeno al conflicto, que generalmente es un fondo de inversión profesional, se compromete a sufragar todos o partes de los costos que devengan del procedimiento arbitral por una

¹ López, Nuria, *Sistema de Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional. Third Party Funding: su Introducción y Aplicación en España*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2020, especialmente p. 15. Disponible en: <https://bit.ly/3mrVIRL> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

de las partes, buscando finalmente obtener un retorno de inversión en función de su participación económica porcentual del laudo definitivo o alguna otra fórmula de retorno².

En la doctrina venezolana, podemos encontrar definiciones como la que realiza el académico Fred Aarons:

El financiamiento de terceros en el arbitraje comercial consistiría en proporcionar los recursos necesarios, a través de diversas modalidades financieras, para facilitar la tramitación a favor de alguna parte interesada en un procedimiento arbitral, cuyos derechos litigiosos se constituyen en activos subyacentes del financiamiento³.

Consecuentemente, en España, Carmen Alonso Cánovas concibe al *Third Party Funding* como un:

Conjunto heterogéneo de métodos de financiación por los que empresas o fondos de inversión especializados proporcionan fondos a potenciales litigantes para costear sus pleitos o arbitrajes (de los que los financiadores no son parte), a cambio de una retribución, calculada habitualmente como un porcentaje (de, normalmente, entre un 20 y un 50 por ciento) sobre la eventual ganancia obtenida en virtud de la sentencia o laudo condenatorios, o, alternativamente, como un múltiplo sobre los fondos proporcionados⁴.

Mientras que Fernández Masiá lo define como

aquel método de financiación que se articula a través de un contrato en virtud del cual un tercero, que suele ser una empresa especializada en estas cuestiones, facilita a una parte que pretende iniciar un litigio los fondos necesarios para afrontar los costes legales de ese litigio a cambio de una retribución⁵.

Si bien la financiación de litigios no es un tema nuevo, lo característico es la institucionalización y el grado de especialidad financiera que alcanza frente a otros medios. Así, como debemos resaltar que, en el TPF, la empresa financiadora no guarda interés en los aspectos sustantivos del arbitraje, su único interés es lograr un beneficio económico al concluir el proceso.

Generalmente los financiadores son empresas cotizadas, empresas privadas que gestionan recursos financieros y fondos privados. En la actualidad existen más de cincuenta fondos

² Cremades, Bernardo, Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration, en: *Transnational Dispute Management*, 2011, Vol. 8, especialmente p. 2. Disponible en: <https://bit.ly/31RWdeH> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

³ Aarons, Fred, Los costos, la falta de pago y el financiamiento de terceros en el arbitraje comercial, en: *Tendencias en el arbitraje financiero en Venezuela y consideraciones sobre los costos y la financiación en asuntos arbitrales*, Caracas, Sabias Palabras, C.A., 2015, pp. 81-106, especialmente pp. 98-99.

⁴ Cánovas, Carmen, Third Party Funding: La financiación institucional de litigios y arbitrajes, en: *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2016, No. 26, pp. 9-22, especialmente pp. 9-10.

⁵ Fernández, Enrique, La financiación por terceros en el arbitraje internacional, en: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, Vol. 8, No. 2, pp. 204-220, especialmente p. 206. Disponible en: <https://bit.ly/2OuabQP> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

especializados alrededor del mundo, en los que resaltan: Calunius Capital LLP⁶, Omni Bridgeway⁷ (cotiza en la bolsa australiana), Burford Capital Limited⁸ (cotiza en la bolsa de Londres), Harbour Litigation Funding Ltd⁹ y Woodsfrod Litigation Funding Limited¹⁰. Se habla incluso de producción de una industria de financiamiento de litigios.

Estos no suelen interactuar directamente con los beneficiarios finales, sino que hacen uso de intermediarios denominados *investment brokers* que contactan a los escritorios de abogados. Los fondos de litigios resultan ideales como instrumentos de diversificación de riesgo de carteras debido a que su retorno se explica en función de las resultas del caso con el laudo definitivo y no a las fluctuaciones del mercado, por esto los fondos realizan análisis porcentuales para determinar las posibilidades de éxito y así invertir.

Sobre su funcionamiento, a grandes rasgos, operan con los siguientes pasos: 1) El cliente, generalmente asesorado por su abogado, presenta su caso al inversor adjuntando toda la información y documentación pertinente; 2) El inversor efectúa un procedo de *due diligence* a fin de evaluar el riesgo, estimado de duración del proceso, y probabilidades de éxito del caso. 3) Si ambos deciden seguir, el financista proporciona al cliente los recursos económicos para iniciar o continuar con el procedimiento arbitral. 4) Luego, el inversor realizará una labor de seguimiento y control de su inversión para asegurarse de que se cumplan los términos. 4) Finalmente, al concluir el proceso, de resultar vencedor la parte que es financiada, se le retribuirá al financiador en el porcentaje y condiciones pactadas; de resultar vencido (“*sharing the upside*”), podría derivar en la pérdida total de la inversión.

Es preciso aclarar que el TPF va dirigido especialmente a partes demandantes, aunque igualmente es posible aplicarse, aunque con menos frecuencia, a la parte demandada con la intención de financiar una reconvencción y/o contestación a la demanda, nada lo prohíbe. Lo importante para el fondo de litigio es que se fijen fórmulas económicamente atractivas.

B. Origen y evolución histórica

En cuanto a los orígenes de esta figura, se ha vinculado a ordenamientos jurídicos del *Common Law*, especialmente en el Reino Unido del siglo XX. Años siguientes se fue expandiendo y alcanzando un gran auge en las dinámicas internacionales.

⁶ Calunius Capital LLP. Disponible en: <http://www.calunius.com> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

⁷ Omni Bridgeway. Disponible en: <https://omnibridgeway.com/litigation-funding/arbitration-financing> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

⁸ Burford Capital. Disponible en: <https://www.burfordcapital.com> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

⁹ Harbour Litigation Funding Ltd. Disponible en: <https://harbourlitigationfunding.com> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

¹⁰ Woodsfrod Litigation Funding Limited. Disponible en: <https://woodsfordlitigationfunding.com/us/> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

Sin embargo, sus inicios fueron complejos y difíciles ya que, en los siglos anteriores, especialmente desde la Edad Media, existía en los países del *Common Law* una prohibición de financiar litigios ajenos. Esta prohibición fue conocida bajo el nombre de *Champerty and Maintenance* que era una doctrina que predicaba que el financiamiento de litigios podría estimular la presentación de demandas infundadas o de mala fe¹¹, así como otras actividades que desviarán el fundamento del acceso a la justicia para convertirlo en un instrumento de descalificación y arbitrariedad.

Esto se fue matizando al punto de considerar oportuno o válido al financiamiento por terceros con la idea de garantizar el real acceso a la justicia. Dentro de las decisiones que permitieron dar paso al TPF, encontramos el famoso fallo del caso *England and Wales Court of Appeals de Londres en el asunto de Arkin c. Borchard Lines Ltd and others*¹².

Hoy en día los países del Derecho Común ya han aceptado esta figura, sin embargo, han tenido cautela reservando la posibilidad de anular dichos contratos cuando el financiador guarde un excesivo control sobre la estrategia y el actuar del litigio, permitiendo así el uso de la herramienta, pero con salvedades que garanticen aquel fin que esbozaba la antigua prohibición¹³.

Explica Bernardo Cremades que un factor que ha favorecido la difusión del TPF en muchos países es la prohibición de los pactos de *quota litis* o *contingency fees* que han obligado a los potenciales litigantes a plantearse otras alternativas de financiamiento y con ello lograr acceder al ente jurisdiccional¹⁴.

C. Diferencia con otros métodos de financiamiento

Resulta posible confundir en la práctica al financiamiento por terceros en procedimientos arbitrales con la cesión de derechos litigiosos y el pacto de *quota litis* o *contingency fee*. No obstante, estas tres instituciones guardan importantes diferencias que permiten concluir que, si bien podrían ser cercanas, no son las mismas ni estas dos últimas son especies del primero.

Con respecto a la cesión de derechos litigiosos, contrato por medio del cual se transmite la titularidad de la acción o derecho a un tercero a cambio del pago de un precio que una vez

¹¹ Bench Nieuwveld, Lisa y Victoria Shannon, Third-Party Funding in International Arbitration, en: *Kluwer Law International 2012*, 2012, Chapter 5, pp. 95-116.

¹² Citado por: Cánovas, Third Party Funding... , ob. cit., p. 14.

¹³ Bin Siddique, Fahad, Champerty vs. Third-Party Funding in Arbitration: A Censorious Debate, en: *SCLS Law Review*, 2020, Vol. 3, No. 3, pp. 66-72. Disponible en: <https://bit.ly/3fUmhOj> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

¹⁴ Cremades Román, Jr., Bernardo, Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration, en: *Transnational Dispute Management*, 2011, Vol. 4, pp. 155-187.

pagado se desprende el titular original del conflicto para pasar a ser el cesionario quien adquiere el control total de la acción y quien se beneficie de sus efectos. Esta figura se diferencia del TPF ya que el financista no guarda en ningún momento la intención de ser parte en el arbitraje, él solo facilita recursos para que la verdadera parte acceda al arbitraje. El financista ciertamente puede tener un margen de influencia en la estrategia procesal, sin embargo, esto ocurre con ciertos límites y no con aquel control total propio de la cesión de derechos litigiosos¹⁵.

Ahora, sobre el pacto de *quota litis* o *contingency fee*, en el cual los honorarios de los abogados quedan condicionados a un laudo favorable, lo cierto es que existen dos diferencias respecto al *Third Party Funding*. Por un lado, en el pacto de *quota litis* no hablamos de un tercero ajeno al conflicto en sentido estricto; por otro lado, el *contingency fee* va dirigido a los honorarios que devengan de los emolumentos del abogado, pero no alcanza, como sí hace el TPF, a los otros costos que se produzcan en el arbitraje distintos a los honorarios correspondientes a los servicios de representación legal¹⁶.

D. Ventajas y desventajas de su implementación

Como se puede observar a lo largo del presente artículo académico, el financiamiento por terceros es una figura que ha causado polémica en el mundo que, si bien la tendencia ha sido su aceptación, también es cierto que aún existen ordenamientos jurídicos que lo rechazan y prohíben expresamente.

Para ello es importante sobreponer y contrastar las ventajas y desventajas que comporta la implementación del mismo de tal forma que se pueda sopesar si guarda alguna utilidad su incorporación en el arbitraje internacional.

El principal beneficio que impulsa al TPF es que fortalece el acceso a la justicia ya que permite saltar las barreras económicas que en la mayoría de los casos ocupan las razones más significativas por las cuales se decide no acudir a este medio de resolución de controversias que posee innumerables beneficios¹⁷.

Además, para el sujeto que es financiado resulta de gran utilidad ya que le permite trasladar los riesgos y gran parte de los gastos asociados al proceso causando certeza y seguridad¹⁸.

¹⁵ Tovar, Ana, Florida: An Approach to Third Party Funding, en: *World Arbitration and Mediation Review (WAMR)*, 2017, Vol. 11, No. 3, pp. 305-352, especialmente pp. 312-313. Disponible en: <https://bit.ly/3fReikX> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

¹⁶ Donde encontramos gastos variados como: honorarios de los árbitros o árbitro único según las reglas de procedimiento aplicables, costas procesales, honorarios de expertos promovidos, costo de traslados de material probatorio, maquinarias requeridas para la presentación de audiencias virtuales, gastos de citación y notificación, tarifas del centro de arbitraje, entre otros.

¹⁷ Fernández, La financiación por terceros..., ob. cit., p. 208.

¹⁸ Fernández, La financiación por terceros..., ob. cit., p. 208.

En cambio, al dirigir la mirada a las desventajas que posee esta herramienta, se ha esgrimido que la admisión del *Third Party Funding* puede producir un aumento exponencial de demandas infundadas y a través de ello un alza en la litigiosidad dentro del arbitraje internacional.

Por otro lado, puede considerarse como desventaja que la presencia de un tercero financiador puede causar situaciones marcadas por un conflicto de intereses entre el financista y los árbitros, lo cual deje en una posición comprometida al último y con ello comprometiendo la totalidad del arbitraje.

También, se ha mencionado en el foro lo delicado que puede ser la inclusión de un tercero y preservar la confidencialidad que es propia del arbitraje ya que muchas veces se logra filtrar información a la cual tuvo acceso el tercero y no supo tratar, así generando un daño para el sujeto litigante que es financiado.

II. El TPF en el derecho comparado

Al adentrarnos en el desarrollo del financiamiento de terceros podemos observar que es una herramienta con múltiples beneficios que en un primer momento se empieza a desarrollar para atender las necesidades de la justicia ordinaria. Sin embargo, por su acrecentado éxito es que se logra extrapolar a la justicia arbitral en donde ha alcanzado una importante consolidación¹⁹.

En sus inicios fue imposibilitado por la doctrina del *Champerty and Maintenance*, la cual como explicamos anteriormente proscibía la posibilidad de financiar litigios ajenos fundamentándose en argumentos de orden éticos²⁰.

Aún con dicha doctrina que en algún momento fue dominante, la interpretación de la aplicación de esta herramienta fue mutando, adaptándose a las necesidades de nuestros tiempos, así como a las modernas técnicas de ponderación y acentuación en fines en lugar de medios.

Por ello, encontramos decisiones, inicialmente de tribunales de países como Inglaterra y Hong Kong que empezaron a aseverar que el *Champerty and Maintenance* no es aplicable a casos que se resuelvan por medio del arbitraje²¹.

¹⁹ Ros, Olga y Elena Sevilla, Financiación por terceros en el arbitraje internacional: regulación, ventajas e inconvenientes, en: *Andersen Global*. Disponible en: <https://bit.ly/3dCowDe> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

²⁰ Tovar, Florida: *An Approach to Third Party Funding...*, ob. cit.

²¹ Theoduloz, Santiago, "Third Party Funding"; su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional, en: *Revista de Derecho*, 2019, No. 20, pp. 159-187. Disponible en: <https://bit.ly/3cUupwr> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

Estas decisiones dejan ver una puerta que se abre hacia la aceptación del *Third Party Funding* que como señala Nuria López:

La reticencia a aplicar este sistema de financiación y su influencia a nivel internacional ha ido desapareciendo paulatinamente por la misma razón por la que se permitió el TPF en Inglaterra y Hong Kong: mediante la correcta elaboración del contrato y una adecuada normativa, pueden salvarse las reticencias de las teorías del “*champerty, barratry and maintenance*”²².

Sin embargo, esa normativa de la cual habla el autor no ha calado en gran medida en el ámbito internacional, pero sí se pueden observar avances en distintos países dentro de su esfera nacional. En el ámbito internacional podemos apreciar regulación del TPF en normativas como: El Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre la Unión Europea y Canadá, tratados de inversión entre la Unión Europea y Singapur, y tratados de inversión entre la Unión Europea y Vietnam²³.

Igualmente, dentro de las normas que regulan el arbitraje internacional de inversiones promovidas por la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (2017) se hace mención al TPF regulando ciertos aspectos.

El mismo autor Nuria López, antes citado, encuentra también un antecedente interesante de normativa internacional que haga mención al financiamiento de terceros en el Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones del 12 de noviembre de 2015 que consagra el deber de revelación de la existencia de acuerdo de financiamiento de tercero a fin de evitar conflictos de intereses²⁴.

Así las cosas, la respuesta posible desde el ámbito político-normativo han sido tres específicas: la regulación, la prohibición expresa y la pasividad o tolerancia hacia el financiamiento de terceros en procesos arbitrales.

Entre los Estados que han optado por la regulación encontramos a Reino Unido quien fue precursor a partir de su *Code of Conduct for Litigation Funders* (noviembre-2011)²⁵, en el cual expresamente regulaban la conducta que debían seguir los fondos de litigios. Esta fue una norma promovida por el Ministerio de Justicia británico y resultó de obligatorio cumplimiento para los pertenecientes a la *Association of Litigation Funders*.

²² López, *Sistema de financiación por terceros*..., op. cit., p. 23.

²³ Theoduloz, “Third Party Funding”..., ob. cit., pp. 159-187.

²⁴ López, *Sistema de financiación por terceros*..., op. cit., p. 24.

²⁵ Code of Conduct for Litigation Funders. Disponible en: <https://tmsnrts/3dH0A1A> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

Otro documento importante fue el *White Paper About Alternative Litigation Financing* en Estados Unidos impulsado por el Comité de Ética de la *American Bar Association*, el cual se encontraba preocupado ante la posibilidad de conflictos de intereses.

En Hong Kong se encontraba prohibido hasta la puesta en vigencia del *Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment)*²⁶ que permitió la posibilidad de recurrir a fondos de litigios para financiar arbitrajes.

El camino de la regulación parece ser el que procura la seguridad jurídica ante la incertidumbre de la desregularización y los riesgos que pueden despertar de la naciente industria que cada vez más se consolida alrededor del mundo. La encuesta realizada en el año 2015 por *Mary International Arbitration* arrojó que los encuestados se tienden por pensar que la mejor opción de las tres presentadas es la regulación, marcando un 71% de la encuesta²⁷.

Sobre los Estados que optan por la prohibición expresa, se fundamentan en aquella vieja doctrina explicada anteriormente que concibe que aceptar el financiamiento de terceros causaría demandas infundadas y aumento de la litigiosidad rebosando la capacidad del sistema arbitral de justicia.

Entre los países que lo prohíben encontramos a: Irlanda (*Maintenance and Embracery Act 1634*²⁸) y Singapur en lo que respecta a arbitrajes internacionales²⁹.

También existen Estados que, si bien no cuentan con regulación específica, tampoco cuentan con una prohibición expresa, llevando a sus tribunales a tomar una posición pasiva o de tolerancia hacia el TPF. Así sucede en la mayoría de los países latinoamericanos que no descansan sobre la premisa del *Champerly and Maintenance* al heredar su derecho de la familia del *Civil Law* y no del Derecho Común, por tanto, ciñéndose por aquel principio del derecho privado de que al no existir prohibición expresa se considera que está permitido, siendo válido recurrir al financiamiento de terceros y viéndose como un contrato resguardado en la libertad contractual.

²⁶ Arbitration and Mediation Legislation. Disponible en: <https://bit.ly/327piD3> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

²⁷ QMUL publishes results of 2015 international arbitration survey. Disponible en: <https://tmsnr.rs/3dGIL2v> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

²⁸ *Maintenance and Embracery Act 1634*. Disponible en: <https://bit.ly/2RhGDH5> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

²⁹ Ellam John, Bilyk Sierra y Elsbeth Cochrane, Overview of third-party funding internationally, en: *Financer Worldwide Magazine*, 2017. Disponible en: <https://bit.ly/3sYXF10> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

III. Problemas asociados al financiamiento por terceros en procesos arbitrales

A. ¿Qué consideraciones precontractuales deben tenerse antes de suscribir un contrato de financiamiento de arbitraje con un fondo especializado?

Antes de celebrar un contrato de financiamiento por tercero de un proceso arbitral, es de vital importancia la adecuada realización de un proceso de *due diligence* acompañado de un acuerdo de confidencialidad que permita evaluar de manera segura la factibilidad, beneficios y consecuencias de llevar a cabo el TPF.

La aplicación de este proceso previo al contrato de financiamiento resulta beneficioso para ambas partes, tanto para el cliente que pretende recibir los fondos como para el tercero ajeno que busca financiar a una de las partes en el proceso arbitral.

En el *due diligence*, el financista evaluará el caso presentado desde dos ópticas, la primera jurídica y la segunda económica-financiera. En el aspecto jurídico se estudiará las posibilidades de éxito del caso al tener un laudo favorable, así como los requerimientos probatorios que serán necesarios traer al caso para lograrlo. Mientras que desde el punto de vista económico-financiero se estudiará los posibles costos y gastos en los que se incurrirá durante el arbitraje, el estado financiero personal de la parte contraria quién en último momento será quién deba pagar lo exigido en el arbitraje de resultar perdidoso, la extensión de la inversión para así estimar conceptos financieros como el valor del dinero en el tiempo, entre otros.

Todo esto requiere un intercambio fluido de documentos e información valiosa, por tanto, debe respaldarse bajo un contrato de confidencialidad que permita resguardar aquella información susceptible de influir en la reputación y en la actividad comercial de ambos sujetos.

Además, debemos tener presente que ambas partes deben actuar conforme al principio de la buena fe y por ello ser honestos y transparentes a fin de determinar con éxito la viabilidad del contrato de financiamiento. Ello es fundamental para definir expectativas realistas, guardando incluso relación directa esta etapa precontractual con la determinación posterior al contrato sobre la existencia o no de un incumplimiento en el mismo o algún tipo de fraude durante el contrato.

B. ¿Debe existir grado de injerencia por parte de los financiadores en la estrategia procesal a aplicar en el caso? ¿Encuentra límites?

Este ha sido uno de los puntos más polémicos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Es comprensible que el inversor al dirigir una importante suma de dinero a su inversión, este se encuentre preocupado y desee no solo conocer el estatus del caso, sino que además desee

controlar y decidir aspectos importantes cuando considere que no se está tomando el camino correcto o más favorable a su inversión.

Entonces, surgen dudas acerca de si es legítima la intervención del tercero en las decisiones del caso. Recordando que, a diferencia de otros mecanismos como la cesión de derechos litigiosos, en el financiamiento por tercero no se es titular de la acción o el derecho, sino que simplemente disponen un capital que invierten a la espera de un retorno económico.

Es posible que existan decisiones distintas entre el financista y el sujeto parte del arbitraje, esto se debe a que el primero busca garantizar su inversión mientras que el segundo persigue hacer valer sus derechos y reequilibrar el orden jurídico quebrantado. Esta dicotomía puede conducir a que uno decida aceptar un posible acuerdo que surja en el proceso, mientras que el otro no, recordando que son sujetos distintos con motivaciones distintas.

Han surgido casos incluso en los que el tribunal sanciona la excesiva intervención del tercero financiador sobre las decisiones del caso, hasta el punto de repuntar como “parte” al mismo tercero, atendiendo al principio de la buena fe inherente al proceso, situación que puede llevar al financista a ser solidariamente responsable con respecto a la imposición de costas procesales³⁰.

El *Code of Conduct for Funders*, ha dispuesto que ante conflictos entre el financista y la parte dentro de un proceso arbitral, ambos se sometan al criterio de un tercero independiente, un *barrister*³¹.

Lo cierto es que siempre va a existir algún grado de control por parte del tercero financiador, incluso una necesidad legítima de estar informado a fin de resguardar su inversión y hacer cumplir su acuerdo entre ellos. Por ejemplo, que el sujeto financiado haya expresado en la etapa del *due diligence* que disponía de una prueba que resultaba esencial para el juicio y por decisión propia sin motivación suficiente decida no presentarla o él no se presente a la audiencia sin excusa válida, ahí el tercero debe estar en conocimiento de lo sucedido para aplicar las respectivas sanciones que hayan estipulado contractualmente ante una falta de diligencia por parte del sujeto que recibió los fondos.

Ahora, tal grado de intervención debe encontrar límites, los cuales dependerán mucho del caso en concreto y deben guiarse en función de la justicia material. Dejándose como última ratio la capacidad de decisión sobre el caso al ser propio de la parte.

³⁰ Tovar, Florida: An Approach to Third Party Funding. . . , op. cit.

³¹ Code of Conduct for Funders, apartado 3.1. Disponible en: <https://bit.ly/3fOxK1M> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

C. ¿Existe un deber de revelación de la financiación por terceros? ¿Cuál es su extensión?

Como mencionamos anteriormente, la implementación del TPF puede traer consigo potenciales conflictos de intereses debido a la relación que puede existir entre el árbitro, el abogado y el financista. Ante tal posibilidad, se ha planteado la pregunta si debe existir una revelación de la financiación por terceros a fin de que se descubran posibles conflictos intereses que pueden perjudicar la pureza del proceso o al menos la confianza de las partes en el proceso que siempre facilitará el cumplimiento voluntario al final del mismo.

Esta necesidad de revelación se ha venido discutiendo en casos como: *South American Silver Limited (Bermuda) vs. Estado Plurinacional de Bolivia*³², *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri vs. Ticaret Ltd Sti. V. Turkmenistan*³³, y en *Eurogas Inc. Belmont Resources Inc. vs. Slovak Republic*³⁴.

En general, existe un consenso sobre el deber de revelar la existencia del contrato de financiamiento por terceros a fin de que se pueda conocer quiénes son las partes del mismo y garantizar que no se presenten conflictos de intereses.

La jurisprudencia también ha comprendido que este deber de revelación no abarca necesariamente la revelación del contenido del contrato ya que en la mayoría de los casos no es necesario para determinar si hay o no un conflicto de intereses que comprometa el proceso.

Sobre ello, la International Bar Association en su normativa sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional ha coincidido sobre la necesidad de revelación de la entidad financiadora cuando exista alguna relación entre esta y el árbitro³⁵.

Finalmente, una parte de la doctrina³⁶, la cual se encuentra reflejada en decisiones como la del caso *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*³⁷, ha entendido que el tribunal arbitral ostenta poderes que le son inherentes y necesarios dentro de los que estaría la posibilidad de ordenar la revelación de la financiación por tercero cuando

³² CIADI, Orden procesal No. 10, 11 de enero de 2016. Disponible en: <https://bit.ly/2RjtaPb> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

³³ CIADI, No. ARB/12/6, Orden procesal No. 3, 12 de junio de 2015. Disponible en: <https://bit.ly/2Rjtnlr> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

³⁴ CIADI No. ARB/14/14, Transcripción de la Primera Sesión y Audiencia sobre medidas cautelares, 17 de marzo de 2015, p. 145. Disponible en: <https://bit.ly/2Q46X6S> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

³⁵ Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. Disponible en: <https://bit.ly/3wzTBJB> (Última consulta 31 de marzo de 2021).

³⁶ Ferrari, Franco y Friedrich Rosenfeld, Límites a la autonomía de las partes en arbitraje internacional, en: *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2017, Vol. X, No. 2, pp. 335-386, especialmente p. 364.

³⁷ CIADI, *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, Caso No. ARB/12/6, Orden Procesal, 2015, No. 3.

pretenda, bajos criterios de extrema necesidad, resguardar los derechos de las partes y la integridad del proceso.

D. ¿Resulta determinante el TPF para la solicitud de caución?

La solicitud de caución, también conocida como *cautio judicatum solvi*, o *security for costs*, es una figura que ha alcanzado cada vez mayor fuerza en el arbitraje, y específicamente en el arbitraje internacional. Consiste en una medida cautelar que viene a garantizar a su solicitante que al final del proceso pueda recuperar las costas procesales si las pretensiones de la parte contraria son rechazadas³⁸.

Esta medida cautelar debe dictarse solo en circunstancias extremas en las que rija la necesidad y la urgencia, al no ser la regla sino la excepción dictarlas. Para alguna doctrina la aparición de un tercero financiador es señal de insolvencia ya que si recurre a un tercero para pagar el proceso es porque no cuenta con los recursos necesarios y por tanto será incapaz de cumplir con sus obligaciones al final del proceso con un laudo en su contra.

Sin embargo, dicha afirmación resulta falsa, ya que la presencia de un tercero financiador como explicamos anteriormente no implica necesariamente la insolvencia o falta de capacidad de pago. Muchas veces se recurre a un tercero por operatividad financiera o por los beneficios de la traslación del riesgo, aun cuando se guarden los recursos suficientes para pagar.

Es así como podemos advertir que la mera presencia de un contrato de *Third Party Funding* no significa necesariamente que deba ordenarse una medida de *security for costs*. Aunque la presencia de este tipo de contratos puede contribuir a la toma de decisión, pero por sí solo no amerita tal decisión.

Conclusiones

En consideración a los argumentos anteriormente expuestos ha sido posible alcanzar las siguientes conclusiones:

Con el avance del derecho internacional, aunado a las circunstancias de alarma mundial relacionadas al COVID-19, debemos tener presente más que nunca aquella frase lapidaria atribuida a Charles Darwin “No es el más fuerte de las especies el que sobrevive, tampoco es el más inteligente el que sobrevive. Es aquel que es más adaptable al cambio”.

Ante un mundo de constante cambio, el único ápice de seguridad posible es el que se encuentra bajo un constante estado de adaptabilidad. El *Third Party Funding* o financiamiento

³⁸ Fernández, La financiación por terceros en el arbitraje. ..., op. cit., pp. 216-217.

por terceros en procesos arbitrales es una herramienta que otorga múltiples beneficios al sistema arbitral internacional.

Se puede observar como este contrato favorece innegablemente a la democratización del arbitraje materializando un mayor acceso a la justicia. Además, colabora en la planificación financiera del litigio en relación a la traslación de riesgos y en la distribución de capital operativo del sujeto potencialmente litigante.

A lo largo de muchos años se consideró que podía ser una fuente de demandas infundadas e incluso un elemento de saturación insana del sistema arbitral. Lo cierto es que con el avance de la humanidad hemos alcanzado un gran desarrollo que nos permite superar aquellas críticas del siglo XIX y lograr los beneficios sin sacrificar las advertencias planteadas.

Pero para ello resulta necesario cada vez más fortalecer la formación y difusión de esta figura ante los árbitros y abogados de parte, saber que existe para poder aplicarla. Sobre su conocimiento es que podremos lograr confianza, hacer incrementar y diversificar tanto los servicios que ofrecen los fondos de litigios como los sujetos quienes los ofrecen.

Porque el compromiso envuelve a todos, incluso a las partes financiadas y a los terceros financistas quienes tienen la pesada carga desde antes que se suscriba un TPF, materializar procesos responsables de *due diligence* con todos los pasos y contratos accesorios que ello implica.

Se debe concebir claramente al TPF y no tratarlo como una cesión derechos litigiosos o un pacto de *quota litis*, que por muy cercano que sean al final son contratos distintos que merecen ser regulados de forma distinta.

Resulta esencial continuar la labor de regulación de esta figura en el campo internacional, pero al mismo tiempo se le debe dar la posibilidad a las partes de autorregularse, siendo la libertad el estandarte por excelencia del arbitraje.

Recalcar el deber de revelación bajo una sana implementación del árbitro en la que se garantice los derechos de las partes, la pureza del proceso, pero al mismo tiempo no se exceda más allá de lo necesario. Del mismo modo ante la solicitud de caución o la fijación de límites en cuanto al control del financista, debe atarse cada análisis a la prudencia y a la justicia adaptada al caso en concreto.

Al final, superar la crisis depende en gran medida de cómo hagamos con los recursos que tenemos a nuestra disposición; de cuánto sepamos entenderlos; y de cuán responsables decidamos ejercerlos.