

Financiamiento por terceros en el arbitraje

Un análisis global

Roque J. Caivano

I. Introducción [\[arriba\]](#)

La práctica del arbitraje internacional, tanto comercial como de inversiones, ha puesto sobre la mesa de debate el rol que cumplen aquellos terceros que financian a alguna de las partes en el proceso, tomando a su cargo todos o parte de los costos de llevar adelante un arbitraje.

Aunque desde siempre existieron mecanismos de financiamiento de litigios[1], 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[2], extendiéndose luego a toda clase de litigios, inclusive arbitrales.

La presencia de estos terceros tiene el ostensible beneficio de hacer posible que una parte, que cree tener un derecho reclamable pero carece de la capacidad económica de afrontar sus costos[3], lo haga valer. Si esta cualidad es importante en el contexto de litigios judiciales -que en muchas jurisdicciones cuentan con mecanismos legales para permitir el acceso a los tribunales a quienes carecen de recursos- lo es mucho más en arbitrajes que, al no tener financiamiento público, hacen necesario que las mismas partes provean los fondos necesarios para solventarlo. Pero, dadas algunas características inherentes al arbitraje, también plantea dificultades que requieren ser consideradas.[4]

En este trabajo, exploraremos algunas de las principales características del financiamiento por terceros, y las dudas que se han presentado en la práctica. Finalmente, haremos una breve referencia a los intentos de solución que se han venido esbozando, y a las regulaciones legales que conocemos sobre el tema: la Ordenanza 6/2017 emitida por Hong Kong en julio de 2017, que modificó la legislación sobre arbitraje y mediación para reglamentar este instituto, y la Ley N° 38/2016 de Singapur, que reformó la legislación civil con el mismo propósito.

II. Conceptos generales [\[arriba\]](#)

Como idea básica, lo que en inglés se conoce como Third Party Funding, consiste en una forma de financiamiento de los costos de litigar: un tercero, generalmente una empresa profesionalmente organizada y especializada en la prestación de este servicio, celebra un contrato con alguna de las partes de un proceso, por medio del cual el tercero aporta los fondos necesarios para sufragar los costos de ese proceso, a cambio de una retribución. A partir de este concepto general, las variantes pueden ser múltiples.

Existen algunas características comunes en la mayoría de los casos de financiamiento “profesional”: el financiador realiza una previa auditoría a través de la cual analiza de manera exhaustiva las características del caso y, especialmente, las probabilidades de éxito que tenga el reclamo del financiado; y las condiciones se

plasman en un contrato que establece los derechos y obligaciones principales de cada una de las partes.[5] También parece ser un rasgo común que, aun variable, la retribución está asociada al éxito del reclamo, y si el caso se pierde, el financiador no obtiene ni siquiera el reembolso de lo aportado.

Pero las modalidades son muchas, y pueden variar de caso a caso: el financiamiento puede abarcar la totalidad de los costos o sólo una parte de ellos; puede convenirse para un solo litigio o para un “paquete” de casos; la retribución del tercero financiador puede consistir en una suma fija o en un porcentaje de lo que la parte financiada obtenga como consecuencia del proceso; el grado de injerencia del financiador en el litigio puede ser mayor o menor.[6]

III. El financiamiento por terceros: su impacto sobre el acceso a la justicia y sobre el acuerdo arbitral [\[arriba\]](#)

La participación de terceros financiando a alguna de las partes en un arbitraje, especialmente cuando se trata de estructuras profesionales y altamente sofisticadas que hacen de ello su negocio principal, no es inocua ni carece de efectos. El más visible de ellos 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.[7]

Conviene recordar que, al ser el arbitraje una forma privada de administración de justicia, su costo debe ser sufragado por las mismas partes. Una de las obligaciones que nacen del acuerdo arbitral es la de afrontar los gastos del proceso.[8] Y ello, usualmente, requiere un desembolso inicial: la mayoría de los reglamentos de instituciones arbitrales prevén que, al comienzo del proceso, las partes deben depositar los anticipos o provisiones que se fijan para atender los honorarios y gastos del juicio. Sin perjuicio de las obligaciones que las partes asumen frente a los árbitros o frente a la institución arbitral por el pago de sus respectivos honorarios,[9] entre sí son recíprocamente deudoras del deber de contribuir al pago de los gastos que el arbitraje ocasione: cada parte se obliga frente a la otra a asegurar que el juicio arbitral se lleve a cabo, lo cual incluye -como parte del genérico deber de buena fe- el de aportar los recursos económicos necesarios para ello.[10] Como se ha señalado, las partes “no pueden acordar someter sus disputas a arbitraje y, al mismo tiempo, retener la libertad para dejar de hacer todo lo que sea necesario con miras a permitir el desarrollo normal del proceso arbitral, pues en tal caso estarían en violación a su obligación de actuar de buena fe. Y evidentemente dentro de las obligaciones que necesariamente deben cumplir las partes se encuentra la de concurrir al pago de los costos asociados al proceso arbitral”.[11]

Siendo ello así, de no mediar la posibilidad de obtener financiamiento externo, la imposibilidad económica de hacer frente a estas obligaciones podría significar lisa y llanamente la privación para alguna de ellas del acceso a la justicia.[12] Ello porque, como es sabido, el principal efecto de un acuerdo arbitral es que, mediante él, las partes renuncian a la intervención de la jurisdicción estatal, vía que, como cuestión de principio, les estaría vedada para promover su reclamo.

Con todo, algunos autores encuentran que la participación de financiadores externos tiene, en este aspecto, un efecto negativo, al favorecer el incremento de la litigiosidad, alentando demandas potencialmente frívolas o infundadas.[13] Aunque ello pueda ser parcialmente cierto,[14] no parece ser una razón suficiente para prohibir esta actividad, pues lo mismo sucedería con un litigante que decida,

cualesquiera sean sus motivaciones, arriesgar su propio dinero para promover un reclamo carente de fundamento. Más allá de lo descripto, la realidad muestra que, en general, solo se financian reclamos en los cuales el financiador encuentre un alto grado de probabilidad de éxito, y que el porcentaje de solicitudes de financiación que son aceptadas luego de la auditoría es escaso.[15]

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”, [16] lo que implicaría que el Poder Judicial reasumiría la jurisdicción estatal renunciada por las partes a través de aquel. [17] Sin embargo, como posible contra-argumento, la existencia en el mercado de terceros que ofrecen el 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.

IV. Los dilemas y desafíos que plantea el financiamiento por terceros [\[arriba\]](#)

Como señalamos, la financiación profesional de arbitrajes no es inocua. El hecho de que exista un tercero, distinto de las partes pero que tiene un evidente interés en el resultado del caso, cambia la dinámica del proceso. Y hace necesario examinar esos aspectos, dado que, cualquiera sea la opinión que pueda merecer el sistema, es una realidad que, lejos de disminuir, parece ir en aumento. [18]

- La posible violación a la confidencialidad del arbitraje

Aunque el tratamiento legislativo en materia de confidencialidad en el arbitraje comercial dista de ser homogéneo [19], es frecuente que las normas legales o reglamentarias, o los acuerdos entre las partes, prevean que al menos la existencia del caso deba ser mantenida en reserva. Por cierto, cuando alguna entidad estatal es parte en el arbitraje la regla es la inversa: tratados, leyes y reglamentos están adoptando una serie de medidas tendientes a lograr que la información de los procesos arbitrales con partes estatales sea accesible al público en general. [20]

Es evidente que, si una parte en un arbitraje desea recurrir al financiamiento de un tercero, deberá suministrarle un importante volumen de información para que éste pueda evaluar si lo otorga o no, o en qué condiciones. Asimismo, es altamente probable que el acuerdo de financiamiento obligue a la parte a mantener informado al financiador del desarrollo del procedimiento. [21] La duda, por tanto, es si al suministrar esa información al financiador, la parte está violando el deber de confidencialidad.

La respuesta no puede ser terminante, habida cuenta de la multiplicidad de circunstancias posibles. [22] Sin embargo, 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 circunstancias la confidencialidad, así sea pactada, cede ante otros principios como la obligación de informar que pesa sobre determinados sujetos, el debido proceso legal y la defensa en juicio, o la publicidad inherente a las actuaciones judiciales.

En función del principio conocido como “excepción de interés público” (public interest exception) se admite que en ciertas situaciones las partes, aun privadas,

pueden legítimamente levantar el velo de la confidencialidad.[23] Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando: (i) La materia o la existencia de una disputa o su resultado debe ser públicamente informado por referirse a la condición financiera de una empresa; (ii) La información es exigida por accionistas, socios, acreedores u otros terceros que tengan un interés legítimo en los asuntos de una de las partes de la controversia;[24] (iii) Existe un deber específico de informar en razón de la condición que revista una de las partes; (iv) La información es exigida por auditores o asesores externos; (v) La información es exigida por los aseguradores; (vi) Es necesario promover una acción judicial; o (vii) Se trata de evidencia de un hecho ilícito que deba ser denunciado a las autoridades.[25]

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.[26] No advertimos diferencias sustanciales, a estos efectos, con la necesidad que la parte tiene de compartir información sobre el caso con sus propios abogados, expertos u otros asesores[27], o aun la que pudiera tener respecto de las autoridades regulatorias a que esté sometida o frente a una posible venta de sus acciones a un tercero.[28] Por lo que, en principio, la divulgación de la información relativa al arbitraje al financiador no constituiría una violación al deber de confidencialidad.[29]

Como veremos, la nueva legislación de Hong Kong contempla esta situación de manera expresa, incluyendo a la información que la parte deba proporcionar al financiador con motivo de la celebración del acuerdo de financiamiento como una de las excepciones al deber de confidencialidad.

- La revelación de la existencia del financiador

Una de las primeras dudas que se planteó, cuando la participación de financiadores comenzó a generalizarse, fue si la parte que era financiada por un tercero debía o no revelar su existencia a su contraparte y al tribunal arbitral. A nuestro juicio, la solución no es siquiera opinable: más que justificada, la revelación parece inevitable.[30] Aunque el financiador no sea parte stricto sensu del proceso, la existencia de un interés directo en su resultado hace necesario que su participación sea exteriorizada. Elementales razones de transparencia exigen que la contraparte, y el tribunal arbitral, conozcan que existe un tercero con un interés en el pleito.

Cómo asegurar la independencia e imparcialidad de los árbitros es uno de los temas más delicados en materia de arbitraje, y uno de los principales desvelos de las partes. 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.[31] De hecho, nadie que carezca de esas condiciones puede, con propiedad, ser llamado árbitro.[32] No llama la atención, por ello, que las normas legales o reglamentarias se ocupen de ellas, no sólo sentando reglas generales declarativas,[33] sino avanzando en proveer instrumentos para garantizar que efectivamente se cumplan (algunos preventivos, otros correctivos y hasta punitivos).[34]

El instrumento preventivo es el deber que se impone a los árbitros, de revelar “todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia”[35] y requiere ser interpretado en el sentido más amplio, debiendo las eventuales dudas resolverse a favor de la revelación.[36] El instrumento que leyes y reglamentos proporcionan como medio correctivo de la independencia e imparcialidad es la recusación: un árbitro puede ser recusado si

existen “circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia”.[37] Y, finalmente, si los remedios anteriores no fuesen suficientes, las normas brindan un tercer instrumento, ya de naturaleza punitiva, consistente en incluir causales que permiten privar de efectos al laudo en caso de haberse visto afectadas la imparcialidad o la independencia de un árbitro.[38] 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;[39] 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.

Como es obvio, los conflictos de intereses que potencialmente pueden afectar la independencia o imparcialidad de un árbitro no se limitan a las relaciones que tenga con las partes en sentido estricto. Y así como el deber de revelación se ha ido extendiendo a los vínculos que el árbitro tenga con los abogados de las partes, y aún con los coárbitros, es lógico que también comprenda los que pudiera tener con el financiador de un arbitraje.[40] Y, como no es menos obvio, para poder revelar esa circunstancia, la existencia (e identidad) del tercero financiador debe ser informada.[41]

Tan clara parece ser la cuestión que en el caso “SAS c. Bolivia”, la demandante ni siquiera resistió la solicitud de la demandada de revelar el nombre del financiador, y al tribunal arbitral le tomó sólo un renglón justificar la decisión, señalando que lo hacía “en aras de la transparencia”.[42] Por similares razones de transparencia e integridad del procedimiento, también en “Sehil v. Turkmenistan” el tribunal arbitral ordenó a la demandante revelar el nombre del financiador.[43]

Por otra parte, parece ser el consenso prácticamente unánime en doctrina que la parte financiada debe revelar al menos la identidad del financiador, como una “buena práctica vital”, sin la cual la independencia de los árbitros no podrá ser garantizada.[44]

No sobra señalar que las Directrices de la International Bar Association sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional (2014) equiparan la situación de los financiadores a la de las propias partes,[45] aclarándose específicamente 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”.[46] Y, simétricamente, las Directrices ponen en cabeza de las partes informar al tribunal y a las demás partes cualquier relación que hubiera entre el árbitro y “la parte”, incluyendo entre ellas a cualquier persona que tuviese interés en el resultado del laudo,[47] y aclarándose que ello comprende de manera particular a los financiadores.[48]

- La revelación de las condiciones pactadas con el financiador

Más controversial es la cuestión atinente a la revelación de las condiciones en que se pactó el financiamiento. En términos generales, cuando la parte contraria solicita la revelación, no se contenta sólo con saber el nombre del financiador, sino que suele pedir también que se hagan conocer los detalles de esa relación.

En este punto, las decisiones de los tribunales no han sido uniformes: en “SAS c. Bolivia”, y en “Eurogas c. Eslovaquia”,^[49] los tribunales denegaron la solicitud, limitando la orden a identificar al financiador; en “Sehil c. Turkmenistan”, en cambio, el tribunal ordenó también revelar “los detalles” y “la naturaleza del acuerdo” incluyendo “si y en qué medida el financiador compartirá con el demandante lo que este pudiera obtener de este arbitraje”. Estas diferencias pueden, quizá, explicarse porque esta petición suele estar asociada a una solicitud de caución sobre las costas, y en algunos casos la decisión de no obligar a revelar los términos del contrato de financiamiento fue la consecuencia de no admitir la solicitud de caución.

Si bien es cierto que la revelación del contenido del acuerdo de financiamiento puede involucrar información protegida por la confidencialidad, es difícil sostener que esa confidencialidad prevalece sobre la necesidad de que la contraparte y el tribunal accedan a datos que les permitan evaluar no sólo los posibles conflictos de interés, sino también una solicitud de aseguramiento de las costas.^[50] En el contexto de procedimientos judiciales, los tribunales han ordenado la exhibición del acuerdo íntegro,^[51] inclusive en casos de acuerdos de honorarios entre las partes y sus abogados.^[52] Y los mismos financiadores admiten que la revelación puede ser justificada, y que una vez que el caso está en manos de un tribunal es éste quien tiene la potestad de determinar en qué casos -y en qué medida- esa revelación es necesaria, no sólo para evitar posibles conflictos de intereses, sino también por razones de transparencia.^[53]

- La cautio judicatum solvi en la práctica arbitral internacional

La cautio judicatum solvi (en inglés, security for costs) consiste en la caución o fianza que debe prestar una de las partes a favor de la otra cuando existe el riesgo de que aquella no tenga solvencia suficiente para hacer frente a los costos generados por su accionar en un proceso.^[54] Es una medida que los tribunales (judiciales o arbitrales) “pueden adoptar con miras a resguardar los intereses de una parte que es forzada a participar en un procedimiento e incurrir en los gastos que el mismo genera, cuando la demanda o pretensión entablada es poco procedente o frívola, y existe una probabilidad importante de que, dado el estado financiero de la parte demandante, no se recobren los gastos arbitrales incurridos”.^[55]

La procedencia de una solicitud de aseguramiento de las costas de un proceso arbitral -y la discusión sobre las facultades del tribunal arbitral para hacerlo- son problemas de naturaleza mucho más general, que han sido objeto de variadas discusiones.^[56] No desarrollaremos aquí este tema por exceder el propósito de este trabajo. Simplemente señalamos que, aunque originalmente era debatido, hoy no se controvierte que los árbitros tienen facultades para ordenar a una parte caucionar las costas que eventualmente llegara a ser obligado a pagar al final del proceso.^[57] Esa orden, en definitiva, reviste la naturaleza de una medida cautelar,^[58] y queda comprendida dentro de las atribuciones cautelares de los árbitros.^[59]

En lo que se relaciona con el tema de este trabajo, la cuestión se presenta cuando se invoca la existencia del tercero financiador como uno de los argumentos tendientes a fundar la insolvencia del demandante, una de las razones principales que el tribunal arbitral debe considerar a la hora de otorgar o no una caución a favor del demandado. El razonamiento suele ser: si la parte ha debido recurrir al financiamiento de un tercero por carecer de recursos para cubrir sus propios gastos

en el arbitraje, es dable asumir que tampoco los tendrá para reembolsar aquellos en que el solicitante se vea obligado a incurrir para defenderse.

Los tribunales arbitrales han sido habitualmente prudentes a la hora de ordenar cauciones o aseguramiento en costas. Ello parece ser razonable, dada la naturaleza de medida cautelar que tiene esta decisión, que requiere la comprobación de los extremos que hacen procedente estas medidas: *bonus fumus iuris* y *periculum in mora*. En definitiva, el tribunal debe sopesar adecuadamente el riesgo de concederla contra el de denegarla, es decir, confrontar la posible afectación del acceso a la justicia del demandante con la posible afectación de la integridad del patrimonio del demandado que, aun triunfando, probablemente deba terminar haciéndose cargo de los costos del proceso.

Una forma posible de evaluar la procedencia o improcedencia de esta solicitud es la que se denomina “teoría del equilibrio de intereses”, que han adoptado los tribunales judiciales norteamericanos. Básicamente, esta teoría contempla que el tribunal debe buscar un adecuado balance entre el interés del demandante, de tener acceso a la justicia arbitral, y el 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.[60] Y para ello, se considera que podría ser atendible esta solicitud cuando se evalúe que existe una alta probabilidad de que el demandado sufra un daño irreparable si no es otorgada, que ese potencial daño es mayor que el que se provocará al demandante, que el demandado ha demostrado una probabilidad razonable de éxito en el proceso, y que el otorgamiento de la medida no afecta el orden público.[61]

El criterio restrictivo de los tribunales arbitrales para ordenar una caución se ha mantenido aun en aquellos casos en que se argumenta que la existencia de un tercero financiador es la demostración de la insolvencia de la parte financiada, y del riesgo de la imposibilidad del solicitante de recuperar los costos del proceso.

En “SAS c. Bolivia”, el tribunal arbitral la denegó, con base en dos razonamientos principales: (i) Que esta medida requiere la comprobación de circunstancias extremas y excepcionales, como la demostración de abusos o incumplimientos de la parte contra quien se pide[62], y (ii) Que el solo hecho de que la demandante haya debido recurrir al financiamiento de un tercero no es una circunstancia determinante per se, sino que debe ponderarse dentro del conjunto de circunstancias que podrían llevar a considerar acreditado el riesgo para el solicitante.[63]

De manera similar, resolvió la cuestión el tribunal arbitral en “Guaracachi c. Bolivia”, al considerar que la mera existencia de financiación por parte de un tercero no demuestra que las demandantes no serán capaces de pagar un laudo final en costas dictado en su contra, especialmente si no existen otros elementos de juicio que permitan justificar esa medida.[64]

La decisión del tribunal arbitral en “RSM c. Santa Lucía”, uno de los pocos casos en que la medida fue concedida, no constituye una excepción a esta tendencia ya que, en este caso, la existencia del tercero financiador no fue la única razón por la que se ordenó al demandante constituir una caución. A juicio del tribunal, RSM tenía una historia de incumplimientos a sus obligaciones financieras que hacía probable el riesgo de que tampoco las cumpliera en este caso: en casos anteriores, la demandante había demorado el pago de una parte de las provisiones fijadas, había incumplido el pago de provisiones adicionales, y no había satisfecho sus obligaciones

pecuniarias.[65] La existencia de un tercero financiador fue, en el caso, un elemento “adicional” que el tribunal tomó en consideración para ordenar la caución.[66]

De hecho, en “Eurogas c. Eslovaquia”, un caso posterior a “RSM c. Santa Lucía”, el tribunal arbitral denegó la solicitud de caución y mantuvo el tradicional criterio restrictivo, haciendo expresamente mérito de que en el caso no se daban las excepcionales circunstancias que habían llevado, en RSM, a otorgarla, y reiterando que la circunstancia de ser el demandante financiado por un tercero no puede ser considerada, per se, un elemento definitorio.[67]

En resumen, el criterio predominante es que una orden tendiente a que una de las partes asegure el pago de las costas a favor de la contraria sólo procede en circunstancias excepcionales, cuando se demuestre el riesgo de que esas obligaciones no se vean satisfechas. Y si bien el hecho de haber recurrido a un tercero para financiar sus propios gastos puede generar una presunción sobre su estado de solvencia, este es uno de los muchos factores que los tribunales deben considerar, y esa sola circunstancia puede no ser reveladora del riesgo que corre el solicitante.[68]

- La cautio judicatum solvi en el derecho argentino

La cautio judicatum solvi está contemplada en el CPCCN, como una de las excepciones procesales de carácter previo (la de “arraigo”), que el demandado puede interponer “por las responsabilidades inherentes a la demanda” cuando “el demandante no tuviere domicilio ni bienes inmuebles en la República” (artículo 348). Como han explicado nuestros tribunales, “el arraigo constituye una garantía exigible al actor -sea nacional o extranjero- que no posee domicilio ni bienes en el territorio de la República, a fin de que afiance el reclamo judicial efectuado, en virtud de las responsabilidades que pudieren caberle por las costas del proceso. Este instituto ha sido establecido a favor de todos los demandados ante tribunales de la República, con el fin de protegerlos de las demandas temerarias de quienes pueden luego eludir su responsabilidad en razón de no tener su domicilio ni bienes inmuebles en el país”.[69]

A pesar de haber sido incorporada al texto legal desde las primeras versiones del Código Procesal, la excepción de arraigo se considera abrogada. En primer lugar, existen tratados internacionales, de los cuales la Argentina es parte, que directamente la eliminan.[70] En segundo lugar, aun en ausencia de tratados, ya venía siendo aplicada con carácter restrictivo por nuestros tribunales judiciales, y la doctrina sostenía que debía ser “desterrada”, en razón de violar el principio de igualdad, la garantía de la defensa en juicio y el derecho de acceso a la jurisdicción.[71] Finalmente, el tiro de gracia lo dio el CCyCN, cuyo art. 2610 la prohíbe lisa y llanamente.[72] Así fue resuelto por la jurisprudencia de la Cámara Federal,[73] y este entendimiento fue compartido por autorizada doctrina.[74]

Aun antes de ello, las pocas ocasiones en que se ha planteado en casos vinculados con el arbitraje, la excepción de arraigo no había sido admitida. En un antiguo fallo, la Corte Suprema juzgó que no correspondía exigir el arraigo a quien procura la nulidad de un laudo arbitral, al ser éste “un incidente de los autos en que se dictó el laudo”.[75] Y, más recientemente, la Cámara de Apelaciones en lo Comercial resolvió que si las partes pactaron contractualmente una prórroga de la jurisdicción en tribunales argentinos, no es exigible el arraigo porque “los actores se han visto

compelidos a ocurrir a esta jurisdicción, por así haberlo fijado las partes en el negocio jurídico que las vinculó”.[76]

- La cautio judicatum solvi contra el financiador, en el derecho judicial inglés

Usualmente, la caución es pedida por la parte demandada contra la demandante sospechada de insolvencia. La cuestión a examinar es si podría ordenarse directamente al financiador del demandante que aporte la caución o asegure el pago de las costas.

Las mismas razones que, como explicaremos más adelante, hacen virtualmente imposible que un tribunal arbitral pueda condenar en costas al financiador - esencialmente la condición de “tercero” que este ostenta respecto del acuerdo arbitral y del proceso- hacen igualmente poco probable que los árbitros puedan ordenarle otorgar la caución. Sin embargo, esta situación es posible, al menos en el derecho inglés, en el marco de procesos judiciales.

En efecto, las Reglas de Procedimiento Civil dan a los tribunales ingleses el poder de ordenar que un tercero asegure el pago de las costas. Conforme el art. 25.14, el demandado puede solicitar una orden contra un tercero distinto del demandante, si este tercero “ha contribuido, o acordado contribuir, a sufragar los costos del proceso a cambio de una porción de lo que el demandante pueda obtener como consecuencia del proceso”.[77]

Aunque esa facultad se considera excepcional, con base en esta disposición, en el caso “RBS”,[78] los tribunales ingleses juzgaron que se daban las condiciones para hacerlo, y ordenaron el aseguramiento a uno de los financiadores. Más recientemente, en “Bailey c. GlaxoSmithKline”,[79] dispusieron que el financiador debía asegurar las costas, inclusive por un monto superior al aportado.[80] La Corte se apartó de los límites establecidos en “Arkin” para condenar en costas al financiador, argumentando que la cuestión a resolver en este caso no era la condena en costas, sino únicamente su aseguramiento, y que la aplicación de aquel precedente podía conducir a una injusticia, dadas las circunstancias del caso.[81]

- La inclusión de la retribución del financiador como parte de los costos del arbitraje

En arbitraje, la regla más frecuente respecto del contenido de las costas es que ese concepto comprende los honorarios y los gastos de los árbitros, los gastos administrativos de la institución que administre el arbitraje y, en general, “los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje”.[82]

Aunque no el único, los honorarios de los abogados de las partes suelen ser el principal rubro que integra este último gasto. Pero, a diferencia de lo que sucede en los procedimientos judiciales, normalmente los tribunales arbitrales no “regulan” ni determinan los honorarios de los abogados, limitándose a verificar si aquellos que cada parte le informa como pagados a, o comprometidos con, sus propios abogados son o no razonables, especialmente cuando deben ser soportados por la parte contraria.

Cuando las costas son impuestas a una de las partes -usualmente la vencida en el arbitraje-, los gastos en que la contraria se vio obligada a incurrir deben ser reembolsados por el vencido. Ello porque la decisión sobre las costas no es una

sanción para el perdedor, sino que persigue, principalmente, resarcir al vencedor de los gastos que debió realizar para obtener el reconocimiento de su derecho.[83]

La procedencia del reembolso de los honorarios de los propios abogados (en la medida determinada como “razonable” por el tribunal arbitral) frente a la parte condenada en costas es cuestión poco discutible: aunque en general el patrocinio letrado no es obligatorio en arbitrajes, puede argumentarse sin demasiado esfuerzo que el vencedor “necesitó” recurrir a un abogado para poder hacer valer su derecho, y que ese gasto debe ser soportado por quien motivó el pleito. La cuestión que se ha planteado, en relación con el tema de este trabajo, es si la parte vencida condenada en costas debe pagar a la otra también los costos del financiamiento al que debió recurrir para litigar.

Si bien ha sido igualmente objeto de controversia, no parece dudoso que corresponde ordenar al vencido el reembolso del pago de las provisiones fijadas por la entidad que administra el arbitraje, aunque estas no hayan sido afrontadas directamente por la parte sino por el tercero financiador. Ello en tanto la parte tiene una obligación de reembolso de ese monto respecto del financiador.[84] La discusión radica, principalmente, en la posibilidad de recuperar la utilidad del financiador, convenida entre éste y la parte en el contrato de financiamiento.[85]

La tendencia predominante, hasta hace poco sin excepciones, era que los costos “adicionales” generados por el financiamiento del tercero no debían ser incluidos dentro de la condena en costas. Ejemplo de esta tendencia es lo resuelto en varios casos, en los cuales el tribunal consideró que la existencia o inexistencia de un acuerdo de financiamiento no es un elemento que debe ser tomado como relevante a la hora de determinar el monto que el demandante tiene derecho a recuperar como gasto para su defensa.[86] Estas decisiones encuentran sustento en el principio conforme el cual una parte no debería recuperar ni más ni menos que los costos en que razonablemente debió incurrir para hacer valer sus derechos.[87]

Sin perjuicio de ello, en el caso “Essar v. Norscot”,[88] los tribunales ingleses han considerado que, bajo ciertas circunstancias, el tribunal arbitral puede incluir la retribución del tercero, así constituya un “honorario de éxito”.

Según se desprende de la sentencia de la Corte de Apelaciones, Norscot Rig Management Pvt. Ltd. [en adelante “Norscot”] había iniciado un arbitraje en Londres, bajo las reglas de la CCI, contra Essar Oilfields Services Ltd. [en adelante, “Essar”]. Norscot había obtenido el financiamiento de los gastos a través de un tercero, por £ 647.000, pactando con el financiador una retribución del 300% de los fondos aportados por éste o el 35% de lo obtenido por Norscot en el laudo. El laudo hizo lugar al reclamo de Norscot e impuso a Essar las costas, incluyendo el honorario de éxito pactado entre Norscot y el financiador.[89] Essar planteó la nulidad de esta decisión ante los tribunales ingleses, con base en dos causales previstas en el art. 68 de la Ley de Arbitraje: que el laudo estaba viciado de una seria irregularidad, al haber incurrido en una injusticia sustancial, y que el árbitro había excedido sus poderes al adjudicar las costas.

La Corte rechazó ambos argumentos y confirmó la validez del laudo. Sustancialmente consideró que el árbitro había actuado dentro de los límites de sus atribuciones, ya que la ley y el Reglamento de la CCI le permiten decidir quién paga las costas del arbitraje y en qué medida. Aunque ello constituye el principal fundamento de la decisión de la Corte, en cuanto a nuestra materia concierne, agregó luego una serie de consideraciones acerca del significado de “costos legales o de otro tipo”

recuperables en un arbitraje.[90] Y, a ese respecto, juzgó que cuando una parte debe ser financiada por un tercero para poder obtener el reconocimiento de sus derechos,[91] es muy difícil entender que ese gasto está excluido de la frase “otros costos”, ya que esta expresión debe ser entendida “funcionalmente”, comprendiendo aquellos gastos que son necesarios para llevar adelante el arbitraje.

La solución, en definitiva, puede resumirse en lo siguiente: para ordenar a la parte vencida condenada en costas el reembolso de los gastos en que ha incurrido su contraparte, el tribunal arbitral sólo necesita comprobar que el costo ha sido o debe ser pagado, y es razonable. De allí que podría incluir como “costo reembolsable” al vencedor no sólo el capital aportado por el financiador sino, eventualmente, su retribución, en la medida que lo encuentre razonable atendiendo a las circunstancias del caso.[92]

- La condena en costas al financiador, en procesos judiciales

Otro tema objeto de debate ha sido si el financiador puede ser condenado a pagar las costas del arbitraje, cuando éstas son a cargo de la parte financiada.

En el contexto de financiamiento de procesos judiciales, la solución parece ser relativamente clara: los tribunales judiciales normalmente tienen facultades para imponer las costas aun a terceros que no son parte en el juicio, y suelen hacerlo al financiador cuando advierten que este tiene un grado importante de control sobre el procedimiento.[93]

En el caso “Abu-Ghazaleh v. Chaul”,[94] la Corte de Apelaciones de Florida, EE.UU., extendió la condena en costas a los financiadores de los demandantes perdedores en el juicio, tomando en cuenta el grado de control que aquellos tenían sobre el caso. La Corte comenzó por explicar que el concepto de “parte” bajo la legislación de Florida, comprende a cualquier persona que participa en el pleito, o lo controla, sea o no parte en sentido estricto.[95] Y, examinando las circunstancias del caso, consideró que se daban las condiciones para asimilar bajo este concepto a los financiadores: éstos aportaban los fondos para financiar el litigio, a cambio de una retribución consistente en el 18,33% de toda suma que los demandantes percibieran, pero retenían facultades para aprobar la designación de los abogados que defenderían a los demandantes, decidir si (y cómo) la demanda debía ser presentada, y se reservaban “la última palabra” sobre cualquier eventual acuerdo conciliatorio que les fuera propuesto. Ello, a juicio de la Corte, permitía concluir que los financiadores podían controlar el curso del procedimiento y, por tanto, debían ser considerados “partes” en él. La Corte, sin embargo, no se pronunció sobre la cuantía de las costas a cargo de los financiadores, limitándose a reenviar el caso a la instancia anterior para que los determinara.

Las decisiones de los tribunales ingleses, con alguna precisión mayor, van en la misma dirección.

En “Arkin c. Borchard”, la Corte de Apelaciones resolvió que si bien los tribunales judiciales tienen facultades para imponer las costas al tercero financiador,[96] no es razonable hacerlo responsable más allá de los fondos aportados.[97] En la instancia anterior se había rechazado el pedido de la demandada de condenar en costas al financiador que había contribuido sólo con una parte de los costos del proceso,[98] argumentándose que el apoyo financiero a litigantes debe ser estimulado para garantizar el acceso a la justicia, y que condenar en costas al

financiadore desalentaría esa práctica. Es interesante mencionar que si bien la Corte impuso las costas al financiador alegando razones de justicia (mantener indemne de ellas al demandado que ganó el juicio), consideró que existía un interés general en limitarlas: si un financiador profesional que sólo participa con fondos para sufragar una parte menor de los costos fuese potencialmente responsable por la totalidad de los costos, el negocio sería inviable y el financiador no contrataría o lo haría con costos superiores, lo que finalmente perjudicaría el acceso a la justicia de litigantes carentes de recursos. La solución de la Corte pretendió compatibilizar dos valores igualmente deseables: el principio de equidad según el cual el perdedor en un litigio debe soportar las costas, y la garantía de acceso a la justicia, aún de litigantes que carecen de recursos.

Más recientemente, en “Excalibur Ventures c. Texas Keystone”, la Corte consideró que la responsabilidad del financiador por las costas del proceso se basa en que no es posible disociarlo completamente de la conducta de la parte a quien financia, dado que finalmente es aquel quien permite a este llevar adelante el litigio y es sobre quien descansa para obtener el retorno a su inversión. Las costas pueden ser impuestas no sólo a la parte, sino a quien actúa en su interés; y si una parte es responsable también por la conducta de aquellos a quienes elige para representarla, analógicamente, es justo que el financiador pueda serlo por la conducta de aquel cuyo litigio elige financiar, y del cual espera obtener una ganancia. Sostuvo que es justo y apropiado cargar las costas a quien financia el pleito y será potencialmente beneficiado por el resultado, no sólo cuando controla el proceso sino también cuando espera obtener un beneficio sustancial de él. A pesar de considerar que la conducta de la demandante era absolutamente injustificada,[99] la Corte mantuvo el criterio de “Arkin”, limitando las costas a su cargo, especialmente juzgando que no había razones para considerar que los financiadores fueran responsables de, o que siquiera conocieran, la conducta abusiva del demandante al iniciar un reclamo millonario completamente infundado.

Estas consideraciones permiten concluir que, en procesos judiciales, el financiador podría ser condenado en costas aun en exceso a sus aportes, si hubiese tenido control sobre el proceso y, por tanto, compartiera con la parte la responsabilidad de llevar adelante un reclamo absurdo. De hecho, en “Excalibur”, la Corte recordó el precedente “Dymocks c. Todd”,[100] en el cual se había establecido que razones de justicia exigen que el financiador que no sólo aporta fondos, sino que controla el juicio, deba soportar las costas si la parte financiada resulta vencida, porque más que permitir el acceso a la justicia para la parte, lo hace en su propio beneficio. Y ello lo convierte en la “verdadera parte” del proceso.

Este riesgo es todavía más evidente desde que, en “Bailey c. GlaxoSmithKline”, la Corte ordenó al financiador caucionar un importe superior al de su aporte. La primera consideración de la Corte para apartarse del precedente “Arkin” fue que no es lo mismo determinar el monto de la caución que condenar en costas, porque una cosa es establecer prima facie el monto de la caución por las costas sin siquiera saber quién resultará obligado a pagarlas, y otra distinta es fijar esas costas al final del proceso. Pero las dudas sobre la supervivencia del límite determinado en “Arkin” se acentúan al mencionar la Corte que ese precedente no ha estado exento de críticas, y que podría ser cuestionado, y eventualmente revisado, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso.[101]

A modo de breve glosa, conviene señalar que estos principios no son propios del derecho anglosajón. En el derecho argentino pueden encontrarse normas cuyo espíritu y finalidad parecen ser similares: según dispone la Ley de Honorarios y

Aranceles, el abogado de una parte en un proceso judicial puede ser obligado a pagar las costas a cargo del cliente cuando haya celebrado un pacto de cuota litis por un porcentaje superior al 20% y esta responsabilidad no haya sido expresamente excluida del pacto;[102] y conforme el CPCCN, puede ser condenado solidariamente con el cliente al pago de una multa, a favor de la contraparte, cuando se verifique una conducta temeraria o maliciosa de la parte a quien representa o patrocina.[103]

- La condena en costas al financiador en el arbitraje

La posibilidad de un tribunal arbitral de imponer las costas al financiador encuentra un obstáculo difícil de superar en la condición de “tercero” que éste detenta en relación con el proceso y, particularmente, con el acuerdo arbitral, del que deriva la jurisdicción de los árbitros.

Conviene recordar brevemente que si bien los árbitros están investidos de una verdadera jurisdicción,[104] ésta tiene fuente convencional: a diferencia de los jueces estatales, su “poder de juzgar” no proviene de la ley sino de un acuerdo de voluntad entre las partes.[105] Y, por tanto, el alcance de su jurisdicción está determinado por el acuerdo arbitral: sólo pueden conocer de las cuestiones que se le planteen, entre quienes fueron parte de esa estipulación y para aquellas cuestiones que ellas acordaron someter a arbitraje. De allí que debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser partes en el arbitraje y quienes han sido partes en el acuerdo arbitral.

Adicionalmente, en tanto sentencia, el laudo sólo puede pronunciarse respecto de aquellas cuestiones que fueron sometidas como pretensiones en el proceso arbitral y, como regla, es vinculante respecto de quienes fueron parte de él.[106] El principio de congruencia exige no solamente que haya identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones introducidas en el proceso, sino también entre quienes las plantearon y se defendieron de ellas, y quienes son alcanzados por la decisión. En principio, una sentencia no puede obligar ni perjudicar a quien no ha litigado, pues nadie puede ser condenado sin haber sido antes oído y vencido en juicio.[107] Por lo que “no podrán ser objeto de condena quienes no sean partes (incongruencia subjetiva por exceso), ni podrá el juez omitir condenar a quien corresponda hacerlo (incongruencia subjetiva por defecto) ni tampoco se podrá incluir en la sentencia a persona ajena al litigio, es decir, distinta a demandante y demandado (incongruencia mixta)”.[108]

Este último problema no parece absolutamente insalvable: el tribunal arbitral podría, eventualmente, sustanciar el pedido de imposición de costas con el financiador y oírlo antes de adoptar una decisión, como sucede en el derecho judicial inglés, cuyas reglas procesales exigen que el juez “haga intervenir” al tercero a quien se pretende extender la responsabilidad en costas (art. 46.2).

El primero, en cambio, no es tan sencillo de sortear. A pesar de que, en ciertas circunstancias, es posible extender los efectos del acuerdo arbitral (y la jurisdicción de los árbitros) a no-signatarios,[109] las posibilidades de aplicar esas doctrinas al financiador son escasas, especialmente si el acuerdo de financiamiento expresamente prevé que aquel no será responsable por las costas.

A juicio de algunos autores, esta conclusión es terminante: “el involucramiento del financiador en el proceso arbitral -bajo la forma de interés económico y control- no es suficiente para establecer jurisdicción sobre ellos, sin importar qué tan

significativo pueda ser el grado de involucramiento”.[110] No creemos que la respuesta al problema que plantea la presencia de un financiador pueda ser tan categórica. Siguiendo el razonamiento de los tribunales en los casos mencionados en el párrafo precedente, si el grado de participación y control que el financiador tiene sobre el proceso fuese tal que resultaría difícil separarlo de la parte a quien financia, podrían existir argumentos para extenderle la responsabilidad sobre las costas.

En efecto, como hemos explicado al analizar la situación de los terceros no signatarios en relación con el acuerdo arbitral,[111] aunque la regla es -y seguirá siendo- que el carácter voluntario del arbitraje impide que alguien sea obligado a someterse a la jurisdicción de los árbitros si no ha consentido en ello, lo que debe examinarse es si no ha existido un consentimiento expresado por medios distintos de la suscripción del acuerdo arbitral. Como lo demuestra la jurisprudencia desarrollada en Francia y en los EE.UU., y como ha sido recogido normativamente en el Perú,[112] bajo circunstancias excepcionales, cuando se comprueben conductas que permitan inferir una aceptación tácita de sus efectos, es posible considerar que un no-signatario del acuerdo arbitral se ve alcanzado por la jurisdicción de los árbitros.

Tanto el acuerdo arbitral como la posición procesal en un juicio son transmisibles. Y es claro que cuando una parte cede los derechos sustantivos y/o las obligaciones nacidos de un contrato que contiene una cláusula arbitral, salvo pacto en contrario o prohibición contractual o legal de ceder, los derechos y obligaciones emanados de ésta se considerarán transmitidos al cesionario, quien adquiere por esta vía también la legitimación procesal para estar en el proceso.[113] Si, antes o después de iniciado el arbitraje, una de las partes cede sus derechos litigiosos a un tercero,[114] no es dudoso que este entrará al arbitraje con la plenitud de los derechos, obligaciones y responsabilidades de una parte.

Esta conclusión permite ensayar -en gracia de discusión- algunos interrogantes en relación con la situación del financiador: ¿se consideraría que éste es un tercero si el contrato de financiamiento tuviera condiciones tales que permitieran equiparlo a una verdadera cesión? Si, para poner un ejemplo extremo, el financiador obtuviera como retribución el 99% del monto que la sentencia reconozca al financiado y tuviese un control total sobre la dirección del caso, ¿seguiría considerándose que es un tercero?

Compartimos, en suma, que la condena en costas al financiador es, en principio, inviable, por ser un tercero en relación con el acuerdo arbitral y con el proceso. Pero no podemos descartar que, en situaciones verdaderamente extremas, pueda ser asimilado a la parte a quien financia. Tal podría ser el caso en que, por el contenido de los derechos que adquiere a través del contrato de financiamiento, sea posible calificarlo como “la verdadera parte” del arbitraje.

V. Los intentos regulatorios, y las legislaciones de Hong Kong y Singapur [\[arriba\]](#)

Desde la relativa generalización de este fenómeno, y con la aparición de situaciones que se revelaban problemáticas y que avizoraban ciertos riesgos, se hizo patente el debate sobre la necesidad de someter esta actividad a ciertas reglas. Así, comenzaron a surgir intentos de auto-regulación o de fijación de normas de soft law, cuando no propuestas para que sea regulado legalmente.

- El Código de Conducta de Financiadores británico

En el año 2011, por iniciativa del Ministerio de Justicia de Gran Bretaña, la Asociación de Financiadores de Litigios (Association of Litigation Funders) adoptó un Código de Conducta que regula ciertos aspectos de la actividad. La última versión de estas reglas data de enero de 2018.[115]

Entre los que la propia Asociación menciona como sus aspectos clave, el Código establece un capital mínimo que las empresas deben mantener para cumplir con las obligaciones asumidas contractualmente y para cubrir sus posibles responsabilidades; impone ciertas normas de comportamiento a los financiadores, por ejemplo, impidiéndoles renunciar a sus obligaciones salvo en ciertas circunstancias; si bien establece el derecho de los financiadores a estar informados del desarrollo del caso, les prohíbe tomar control del proceso o de las eventuales negociaciones tendientes a obtener un acuerdo conciliatorio.

Dentro de las varias obligaciones que el Código impone a los financiadores se mencionan: tomar las medidas razonables para garantizar que la parte financiada ha recibido asesoramiento independiente sobre los términos y condiciones de la financiación; no tomar ninguna medida que cause, o pueda causar, la violación de los deberes profesionales de los abogados de la parte financiada; no influir en los abogados del financiado para obtener el control del proceso; mantener todo el tiempo disponibles los fondos necesarios para cumplir con sus obligaciones; y aceptar auditorías tendientes a verificar la adecuación a estas reglas.

Particularmente, se exige que el financiador aclare si, y hasta qué punto, es responsable frente al financiado por el pago de las costas en que éste resulte condenado; si proveerá eventuales cauciones por costas por cuenta del financiado; si proveerá asesoramiento en caso de eventuales acuerdos conciliatorios; y en qué casos el financiador podrá rescindir el acuerdo de financiamiento (que no podrá ser por su sola determinación).

También prevé que, existiendo una discrepancia entre financiador y financiado sobre un posible acuerdo conciliatorio, o sobre la terminación del acuerdo de financiamiento, deberá solicitarse una opinión vinculante de un abogado independiente, que será designado de común acuerdo entre las partes o nombrado por el Consejo de la Abogacía.

Finalmente, el Código establece que ninguna de sus disposiciones impedirá al financiador llevar adelante un adecuado due diligence, antes o durante el curso del proceso, que incluye el análisis de la legislación aplicable, los hechos y las pruebas del caso, y la revisión periódica del desarrollo del proceso.

- La Ordenanza 6/2017 de Hong Kong

La legislación sobre terceros financiadores en el arbitraje y la mediación recientemente sancionada en Hong Kong,[116] parece tener como principal preocupación dejar en claro que la participación de financiadores en el arbitraje no está prohibida. Desde el inicio, define a éste como uno de sus objetivos: el artículo 98E establece que el propósito de esa ley es asegurar que la financiación por terceros no está prohibida en el arbitraje por ninguna regla o principio del common law, y proveer seguridades en relación con esa intervención. Y luego refuerza esta idea al disponer particularmente que las violaciones a las ancestrales reglas del common

law que pretenden evitar la financiación de reclamos (champerty y maintenance),[117] no aplican a los terceros financiadores en el arbitraje (artículos 98K y 98L).[118] Esta disposición se justifica porque, si bien en el Reino Unido y en otras jurisdicciones del common law ya se habían abrogado las normas que penalizaban estas conductas, Hong Kong había optado por mantenerlas, lo cual hacía que la actividad de los terceros financiadores del arbitraje estuviese prohibida.[119]

La Ordenanza define a un acuerdo de financiamiento como aquel contrato celebrado entre una parte de un arbitraje y un tercero financiador, instrumentado por escrito (artículo 98H), y al tercero financiador como aquella persona que ha celebrado un acuerdo de financiamiento con una parte de un arbitraje (incluyendo arbitrajes no iniciados o ya terminados) y que carece de otro interés en el arbitraje distinto del que surge de ese acuerdo (art. 98J).

La norma prevé que el Secretario de Justicia designará un comité asesor (advisory body), con la finalidad de supervisar y revisar la aplicación de la Ordenanza, y un comité regulatorio (authorized body), encargado de dictar un Código de Conducta que compendie las prácticas y los estándares que los terceros financiadores ordinariamente cumplen (art. 98P).

El contenido de este Código es detalladamente reglado, previéndose que al recoger esas prácticas se exija a los financiadores que aseguren: que la publicidad que realizan sea clara; que los acuerdos de financiamiento establezcan sus características, riesgos y condiciones (incluyendo el grado de control que el financiador tendrá sobre el arbitraje, sus responsabilidades respecto de las costas, el pago de las provisiones u otras obligaciones financieras y las causales de terminación del acuerdo); que la parte financiada obtenga asesoramiento legal independiente sobre el acuerdo de financiamiento antes de celebrarlo; que se suministren al financiado los datos de contacto del comité asesor; que el tercero financiador tenga un capital mínimo suficiente; que el financiador tenga procedimientos efectivos para evitar conflictos de intereses y para manejar las quejas o reclamos del financiado; que el financiador remita informes anuales al comité asesor sobre las quejas o reclamos del financiado y sobre cualquier decisión judicial o arbitral relativa a la falta de cumplimiento del Código de Conducta o de la ley (art. 98Q).[120]

Aunque la Ordenanza aclara que la falta de cumplimiento de las disposiciones del Código de Conducta no implica, per se, responsabilidad en procesos arbitrales o judiciales, señala que el Código es admisible como prueba en esos procesos, y esos incumplimientos podrán ser tomados en cuenta por los tribunales en las cuestiones que deben decidir (art. 98S).

En relación con las cuestiones que hemos analizado en este trabajo, la Ordenanza prevé algunas reglas específicas.

Por un lado, mitiga el rigor de la regla de confidencialidad prevista en el art. 18.1 de Ley de Arbitraje, conforme la cual “salvo acuerdo en contrario de las partes, ninguna de ellas puede publicar, divulgar o comunicar ninguna información relativa al procedimiento arbitral, al laudo”. Históricamente, esta norma ya preveía, como excepciones a esta regla, que la divulgación era permitida cuando fuese necesaria para proteger los derechos o intereses de la parte, para ejecutar judicialmente el laudo, o respondía al requerimiento de una autoridad pública frente a la cual la parte se encuentre obligada, o si era hecha a un profesional para obtener asesoramiento. La Ordenanza ahora recoge expresamente como excepción la

situación del tercero financiador, al disponer que esa información puede ser comunicada por la parte a terceros con el propósito de buscar u obtener financiamiento para el arbitraje, o asesoramiento para ser financiado (art. 98T).

Por el otro, obliga a la parte a revelar en el arbitraje -a cada una de las otras partes y al tribunal- la celebración del acuerdo de financiamiento y el nombre del financiador (artículo 98U); y la terminación del acuerdo de financiamiento cuando éste concluye por causas distintas de la finalización del arbitraje (art. 98V).

- La legislación de Singapur

La Ley N° 38/2016, con vigencia a partir de marzo de 2017, modificó los arts. 5A y 5B de la legislación civil en Singapur,[121] con el principal propósito de permitir la intervención de terceros financiadores en el arbitraje.

De modo similar a lo que ocurrió en Hong Kong, la primera preocupación del legislador de Singapur fue aclarar que las conductas que importen alentar o financiar reclamos (maintenance y champerty) no constituyen infracción a la ley ni generan responsabilidad civil (art. 5A).[122] Este concepto es luego reiterado al señalar que el contrato en virtud del cual un “calificado” financiador provee fondos a una parte con el propósito de financiar todos o parte de los costos de un proceso, no es considerado violatorio de aquellas conductas, sin perjuicio de que pueda ser ilegal o contrario al orden público por aplicación de las reglas generales (art. 5B).

El art. 5B también establece algunas reglas relativas al financiamiento de terceros. Entre las que interesa destacar, se prevé que la autoridad regulatoria podrá dictar normas fijando las calificaciones o condiciones que debe satisfacer una persona para considerarse financiador “calificado”, el tipo de procedimientos en los cuales está permitido, y las obligaciones a que quedan sometidos el financiador y el financiado. Y obliga al financiador a cumplir con esos requerimientos (parágrafos 3 y 8), bajo pena de impedirle ejercer los derechos que surjan de los acuerdos de financiamiento (parágrafo 4), sin perjuicio de los derechos que el financiado tenga contra aquel (parágrafo 7).

Paralelamente, se modificó el Código de Conducta Profesional, que ahora exige al abogado que revele al tribunal la existencia del tercero financiador, así como su identidad y su domicilio. También prohíbe a los abogados mantener intereses económicos en, o recibir honorarios de, los financiadores.[123]

VI. Conclusiones [\[arriba\]](#)

La creciente irrupción en el arbitraje de financiadores externos que prestan este servicio en forma profesional es un fenómeno que requiere especial consideración. En modo alguno nos parece ilegítimo o negativo que una parte -sea por necesidad, sea por pura conveniencia financiera- recurra a este mecanismo. Más bien creemos que en muchos casos es la única forma que existe para garantizar el acceso a la justicia (y a la justicia específicamente concebida por las partes como la más adecuada).

Sin perjuicio de ello, hay cuestiones a las cuales debe prestarse atención.

Si bien es cierto que los financiadores no son parte en sentido técnico, la particular situación en que se encuentran en relación con el litigio hace que, en varios

aspectos, no puedan (ni deban) ser tratados como terceros sino asimilados a la parte a quien financian: la entrega de información que la parte debe hacerle no puede considerarse una infracción al deber de confidencialidad; y su intervención debe ser revelada a la contraparte, al tribunal arbitral y, eventualmente, a la institución administradora del arbitraje.

Parece haber consenso en que el recurso a una financiación por terceros puede representar un indicio o una presunción de la insolvencia de la parte que recurrió a ella. Pero no es razón suficiente para tener por acreditadas las condiciones necesarias para obtener una caución que asegure el pago de las costas. Si la base de sustentación de esta medida es la convicción del tribunal acerca del riesgo cierto de que el vencedor vea frustrado el derecho a recuperar sus costos, el financiamiento será uno más de los varios elementos que el tribunal debe ponderar para convencerse de la conveniencia de otorgarla.

En procesos judiciales no es imposible, como cuestión de principio, que el financiador sea obligado a otorgar la caución por las costas y aun condenado finalmente a pagarlas, si fueron impuestas a la parte que financió. Aunque su procedencia suele apreciarse con carácter restrictivo, es reconocido que los tribunales judiciales tienen facultades para hacerlo, y las han utilizado cuando consideraron que las circunstancias evidenciaban una participación y un control del financiador en el proceso de tal extensión que lo hacía asimilable a la parte.

Estas dos cuestiones se presentan como problemáticas en el arbitraje, dada la naturaleza convencional de la jurisdicción de los árbitros. Aunque tienen un indiscutible interés en el resultado del arbitraje, y aunque en ocasiones mantienen un cierto grado de control sobre el manejo del caso, los financiadores no están vinculados por un acuerdo arbitral, ni son parte en el proceso. Estas dos condiciones, en principio, impedirían a un tribunal arbitral adoptar resoluciones que los afecten, al carecer de jurisdicción sobre ellos. Sin embargo, así como existen situaciones en que un no-signatario del acuerdo arbitral puede ser tenido como parte del arbitraje, dadas ciertas circunstancias excepcionales, podría argumentarse que el financiador no es un verdadero tercero sino una suerte de alter ego de la parte a quien financia.

Las regulaciones legales de Singapur y Hong Kong no abordan la totalidad de los problemas que la financiación por terceros puede presentar.[124] Sin embargo, puede considerarse que constituyen un primer paso, que en esas jurisdicciones era necesario para evitar que sea considerada ilegal, tendiente a sentar las bases para el desarrollo de una actividad que, salvados los dilemas y desafíos que plantea, representa un avance en materia de acceso a la justicia.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Entre las variadas formas “caseras” o “tradicionales” de obtener este financiamiento pueden mencionarse: préstamos de parientes o amigos, pactos de cuota litis o de honorarios en función del éxito con los abogados, préstamos lisos y llanos, cesión de créditos o derechos litigiosos (Mereminskaya, Elina: “Financiamiento de litigios a través de terceros y su aterrizaje en Chile”, Boletín Informativo del CAM Santiago, N° 3, 2016, accesible en <http://www.camsa.antiago>

.cl/informativo-online/2017/01/docs/Articulo_Elina.pdf); o aun seguros de responsabilidad civil, antes o después de producido el evento, mediante los cuales, a cambio de una prima, el asegurado traslada al asegurador inclusive los costos de un posible litigio (Fernández Masiá, Enrique: “La financiación por terceros en el arbitraje internacional”, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 8, N° 2, octubre de 2016, págs. 204 y ss.). En los EE.UU. se mencionan los pre-settlement funding agreements y la figura del syndicated lawsuit, que funcionan como una suerte de préstamo a devolver con el resultado del juicio, o de aporte de capital para financiar el pleito, compartiendo los beneficios que pudieran obtenerse de su resultado. Lyon, Jason: “Revolution in progress: Third-Party funding of American litigation”, UCLA Law Review, vol. 58, 2010, págs. 571 y ss. Puede verse, asimismo, Steinitzt, Maya: “Whose claim is this anyway? Third-Party litigation funding”, Minnesota Law Review, vol. 95, 2010-2011, págs. 1268 y ss.

[2] Lysaught, Geoffrey J. y Hazelgrove, D. Scott: “Economic implications of Third-Party litigation financing on the U.S. Civil Justice System”, Journal of Law, Economy and Policy, vol. 8, 2012, págs. 645 y ss.

[3] Como veremos, este mecanismo no es utilizado solo por quienes están imposibilitados de afrontar los gastos de un arbitraje. Puede suceder también que quien recurra al financiamiento de terceros tenga materialmente la posibilidad de hacerse cargo de los costos por sí mismo, pero prefiera, por razones contables o puramente financieras, recurrir a un tercero para costearlos.

[4] Estas preocupaciones llevaron, en 2013, a la creación de una comisión conjunta del International Council for Commercial Arbitration (ICCA) y el Queen Mary College de la Universidad de Londres. El reporte de las discusiones mantenidas en el seno de la comisión, y sus conclusiones preliminares puede verse en Park, William y Rogers, Catherine A.: “Third-Party funding in international arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force”, Austrian Yearbook on International Arbitration, 2005, págs. 113 y ss. El reporte final fue presentado hace pocos días en el Congreso de la ICCA que se llevó a cabo en Sydney entre el 15 y el 18 de abril de 2018.

[5] En un estudio realizado por una comisión de juristas franceses se ha señalado que este es un contrato innominado o sui generis, de naturaleza aleatoria, que encuentra algunos puntos de contacto con varios contratos típicos (como el seguro, el préstamo o la cesión de créditos) pero que no puede identificarse con ninguno de ellos particularmente: Le club des jurists, Commission financement de procès par les tiers, “Financement du proces par les tiers”, informe de junio de 2014.

[6] El nivel de injerencia generalmente varía en función de la forma pactada para establecer su retribución, pero como mínimo significa el derecho del financiador a estar permanentemente informado de las vicisitudes del proceso.

[7] Yeoh, Derric: “Third party funding in international arbitration: A slippery slope or levelling the playing field?”, Journal of International Arbitration, vol. 33, N° 1, 2016, págs. 115 y ss.

[8] Para algunos, esta es una de las obligaciones principales, a la par de la obligación de arbitrar y la de abstenerse de recurrir a los tribunales judiciales. Fernández Ruiz, Gonzalo: “El acuerdo arbitral en la ley chilena: su naturaleza, requisitos y efectos”, en Soto Coáguila, Carlos A. (ed.): Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral, ed. Instituto Peruano de Arbitraje, Editorial Ibañez y Pontificia Universidad Javeriana, vol. 1, Bogotá, 2011, págs. 313 y ss.

[9] Obligaciones estas que no nacen, estrictamente, del acuerdo arbitral, sino de los contratos que se verifican entre las partes y los árbitros y entre aquellas y la institución administradora del arbitraje. El primero de esos contratos encuentra recepción legislativa en Argentina, al establecer el art. 1662 del Código Civil y Comercial de la Nación [en adelante, “CCyCN”] que “el árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes”. Sobre el tema, remitimos a

Caivano, Roque J. y Sandler Obregón, Verónica: “El contrato entre las partes y los árbitros, en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista Código Civil y Comercial (La Ley), año 1, N° 5, noviembre de 2015, págs. 143 y ss. Respecto del contrato entre las partes y la institución que administra el arbitraje, ver Clay, Thomas: “Ombres et lumières sur le contrat d’organisation d’arbitrage”, Journal du Droit International (Clunet), N°. 2, 2009, págs. 618 y ss.

[10] Fadlalah, Ibrahim: “Payment of advance to cover costs in ICC arbitration: the parties reciprocal obligations”, ICC Bulletin, vol. 14, N°. 5, págs. 53 y ss.

[11] Conejero Roos, Cristián: “Los costos en el arbitraje internacional”, en Silva Romero, Eduardo (dir.): El contrato de arbitraje, ed. Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, págs. 731 y ss.

[12] De ordinario, esto sucederá respecto del demandante, aunque también podría presentarse la dificultad respecto de los gastos que origine, para el demandado, el planteo de una reconvencción.

[13] Darwazeh, Nadia y Leleu, Adrien: “Disclosure and security for costs, or how to address imbalances created by third-party funding”, Journal of International Arbitration, vol. 33, N° 2, 2016, págs. 125 y ss.; Guillerme, Anne-Marie: “Retour d’expérience des juristes d’entreprise”, en Kessedjian, Catherine (dir.): Le financement de contentieux par un tiers, Éditions Pantheon-Assas, París, 2012, págs. 32 y ss.

[14] Dado que los financiadores no tienen interés en la justicia, sino únicamente en las chances de recuperar su inversión y obtener un crédito, no es posible descartar que haya financiadores que decidan solventar demandas cuya probabilidad de éxito sea ínfima a cambio de potenciales mayores ganancias. Mick Smith, co-fundador de Calunius Capital, una de estas empresas financiadoras, reconoce que, en definitiva, “todo tiene un precio”, o para aumentar el valor de su portafolio de inversiones. Burford Group admite que si evitaran los riesgos no podrían maximizar el rendimiento potencial de su cartera. Citados en Eberhardt, Pia y Olivet, Cecilia: Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom, ed. Corporate Europe Observatory y The Transnational Institute, Bruselas/Amsterdam, noviembre de 2012, pág. 59.

[15] Se menciona que menos del 10% de los potenciales casos son financiados y que en general solo se aceptan casos con probabilidades de éxito estimado por sobre un 65% o 70%. Mereminskaya y Fernández Masiá: ops. cit.

[16] Recuérdese que, conforme el art. 8 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la CNUDMI, [en adelante “Ley Modelo de la CNUDMI”], un tribunal judicial al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo arbitral debe remitir a las partes al arbitraje, “a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”. (énfasis agregado)

[17] Este argumento, empero, no fue admitido en un fallo de los tribunales argentinos, que mantuvieron la competencia arbitral. CNCom., sala B, 25/02/2014, “Valdi, Dora Alicia y otro c. Abacy S.A. y otros”, Expte. 48468/2010.

[18] Esta es una industria que está creciendo rápidamente y que indudablemente jugará un rol importante en arbitrajes de inversión. De Brabandere, Eric y Lepeltak, Julia: “Third Party Funding in International Investment Arbitration”, Grotius Centre Working Paper N° 2012/1, 2012, pág. 18, citados en Eberhardt y Olivet: op. cit.

[19] Hay muchas legislaciones que ni siquiera se refieren al tema, y otras que establecen en forma más o menos genérica un difuso deber de confidencialidad, sin mayores precisiones acerca de quiénes se ven alcanzados por esta obligación y qué información está revestida de la condición de confidencial. Caivano, Roque J.: “Una mirada comparativa sobre la confidencialidad en el arbitraje comercial”, RDCO, N° 244, septiembre/octubre de 2010, págs. 609 y ss.

[20] Ver, por ejemplo, las reglas contenidas en los arts. 1128 y 1129 del Tratado de

Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, o NAFTA), las Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11 del Tratado, de fecha 31 de julio de 2001 y la Declaración Conjunta de fecha 7 de octubre de 2003, de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA; las contenidas en los Tratados de Libre Comercio entre EE.UU. y Chile (arts. 10.19.3 y 10.20), y entre EE.UU., América Central y República Dominicana, CAFTA (arts. 10.20.3 y 10.21); o el Reglamento de Arbitraje del CIADI (arts. 32.2, 37.2 o 48.4); el Reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados.

[21] Smith, Mick y Wesolowski, Antonio: “Mechanisms or third-party funding agreements: a funder’s perspective”, en Bench Nieuwveld, Lisa y Shanon Sahani, Victoria (eds.): *Third-party funding in international arbitration*, ed. Wolters Kluwer, 2ª edición, 2017, págs. 21 y ss.

[22] Ello dependerá, entre otras cosas, del alcance del deber de confidencialidad particular de ese caso, y de la información que la parte suministre al financiador.

[23] Ver, en general, Tweeddale, Andrew: “Confidentiality in arbitration and the public interest exception”, *Arbitration International*, vol. 21, N° 1, 2005, págs. 60 y ss.

[24] Uno de los casos en que ello ocurra puede ser, por ejemplo, el de un posible comprador de las acciones de una sociedad que sea parte en un arbitraje, a quien los accionistas de esta deben revelar esa información, a los fines de la correcta evaluación del precio a pagar por las acciones o de la confección del due diligence.

[25] Ver, en general, Burn, George y Pearsall, Alison: “Exceptions to confidentiality in international arbitration”, *ICC Bulletin, Special Supplement, Confidentiality in arbitration*, 2009, págs. 23 y ss.; Thomson, Claude R. y Finn, Annie M.K.: “Confidentiality in arbitration: A valid assumption? A proposed solution!”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 62, N° 2, mayo-julio de 2007, págs. 1 y ss.

[26] Esta suele ser una excepción en las legislaciones o reglamentos de arbitraje, y ha sido reconocida jurisprudencialmente. A modo de ejemplo, la Ley australiana de Arbitraje Internacional permite a una parte revelar información sobre el arbitraje si “la revelación es necesaria para asegurar que una parte tenga plena oportunidad de presentar su caso, siempre que la revelación no exceda lo razonablemente necesario para ese propósito” (art. 23.D); la Ley de Arbitraje de Escocia permite hacerlo cuando pueda “razonablemente considerarse necesaria para proteger legítimos intereses de las partes” o es “necesaria en el interés de la justicia” (art. 26.1); el Reglamento de la London Court of International Arbitration prevé que la obligación de confidencialidad cede “en la medida que su revelación sea consecuencia de la solicitud de una parte en ejercicio de su legítimo derecho para perseguir o proteger cualquier derecho” (art. 30.1). En similar sentido, ha sido resuelto por los tribunales ingleses: English Court of Appeal, Civil Division, 1998, “Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir”, (1998) 2 All. E.R. 136 (C.A. Civ. Div.); English Court of Appeal, Civil Division, 12/03/2008, “John Forster Emmott v. Michael Wilson & Partners Ltd.” [2008] EWCA Civ 184, All ER (D) 162 (Mar).

[27] En las recomendaciones del Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la International Law Association se menciona que, entre las razonables excepciones a la regla de la confidencialidad en el arbitraje comercial, deberían incluirse la necesidad de contar con asesoramiento legal, contable o de otra naturaleza, o de satisfacer requerimientos de información de potenciales adquirentes, inversores o prestamistas.

[28] Denoix de Saint Marc, Valéry: “Confidentiality of arbitration and the obligation to disclose information on listed companies or during due diligence investigations”, *Journal of International Arbitration*, vol. 20, N° 2, 2003, págs. 211 y ss.

- [29] Von Goeler, Jonas: *Third-Party funding in international arbitration and its impact on procedure*, ed. Wolters Kluwer, 2016, pág. 306.
- [30] La revelación de la existencia del financiador tiene el mismo objetivo general de la obligación de revelar que pesa sobre los árbitros: “nivelar la cancha” en materia de información y permitir que salgan a la luz eventuales conflictos de interés. Frignati, Valentina: “Ethical implications of third-party funding in international arbitration”, *Arbitration International*, vol. 32, 2016, págs. 505 y ss.
- [31] Se ha dicho que la integridad y legitimidad del arbitraje internacional dependen, en gran medida, de la percibida integridad de los árbitros, así como de su independencia e imparcialidad. Franck, Susan D.: “The role of international arbitrators”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 12, N° 2, 2006, págs. 499 y ss.
- [32] La independencia es inherente a la definición de árbitro. El-Kosheri, Ahmed S. y Youseff, Karim Y.: “The independence of international arbitrators: An arbitrator’s perspective”, en *Independence of arbitrators, ICC Bulletin, Special Supplement*, 2008, págs. 43 y ss.
- [33] La Ley Modelo de la CNUDMI, por ejemplo, dispone que todo aquel a quien se encomiende la designación de un árbitro “tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial” (art. 11.5).
- [34] Ver Caivano, Roque J.: “La independencia e imparcialidad de los árbitros y la buena fe procesal de las partes”, *Rev. La Ley* 8/11/2013.
- [35] Ley Modelo de la CNUDMI, art. 12.1. En nuestro derecho, el CCyCN obliga a los árbitros a “revelar cualquier circunstancia previa a la aceptación o que surja con posterioridad que pueda afectar su independencia e imparcialidad” (art. 1662, inc. a).
- [36] Ver, en general, las Directrices de la International Bar Association [en adelante, “IBA”] sobre los conflictos de intereses en el arbitraje internacional, aprobadas por el Consejo de la IBA en mayo de 2004.
- [37] Ley Modelo de la CNUDMI, art. 12.2.
- [38] Osmanoglu, Burcu: “Third-Party funding in international commercial arbitration and arbitrator conflict of interest”, *Journal of International Arbitration*, vol. 32, 2015, págs. 325 y ss.
- [39] Ley Modelo de la CNUDMI, art. 34.2.a), parágrafos ii) y iv). Y estas mismas causales también pueden invocarse, con independencia de la suerte que hubiese corrido el planteo de nulidad ante los tribunales de la sede del arbitraje, como motivos para oponerse al reconocimiento y ejecución del laudo en cualquier otro Estado (conf. Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjerías, art. V.1, parágrafos b) y d).
- [40] De hecho, en la “Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional [en adelante “CCI”]” del 30 de octubre de 2017, en relación con el alcance de la obligación de revelar de los árbitros, la CCI hace notar que “las relaciones entre árbitros, así como las relaciones con cualquier entidad que tenga un interés económico directo en la controversia o una obligación de indemnizar a una parte por el laudo, deben también tenerse en cuenta en las circunstancias de cada caso” (parágrafo 24) [Énfasis añadido].
- [41] Rogers, Catherine A.: *Ethics in International Arbitration*, ed. Oxford University Press, 2014, pág. 201; Trusz, Jennifer A.: “Full disclosure? Conflicts of interest arising from third-party funding in international commercial arbitration”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 101, 2013, págs. 1649 y ss.
- [42] Orden Procesal N° 10, 11/01/2016, “South American Silver Ltd. c. Estado Plurinacional de Bolivia”, caso CPA N° 2013-15, parágrafo 79. Como se verá infra, el tribunal arbitral, sin embargo, denegó el pedido de Bolivia de que le sea exhibido el contrato de financiamiento, y de que se obligue a la demandante a

constituir una caución por las costas

[43] Aunque, en este caso, el tribunal fue un paso más allá, al ordenar que también se revelen “los detalles” del financiador y “la naturaleza del acuerdo celebrado con este, incluyendo si y en qué medida el financiador compartirá con el demandante lo que este pudiera obtener de este arbitraje”. Orden procesal N° 3, 12/06/2015, “Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan”, ICSID Case No. ARB/12/6.

[44] Harwood, Miriam K., Batifort, Simon N. y Trahanas, Christina: “Third-party funding: security for costs and other key issues”, en Legum, Barton (ed.): The Investment Treaty Arbitration Review, ed. Law Business Research Ltd., Londres, 2016, págs. 97 y ss., y doctrina allí citada

[45] En las Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional, adoptadas por el Consejo de la IBA el 23 de octubre de 2014, se señala puntualmente 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” (Norma general 6.b)

[46] Nota explicativa sobre la Norma General 6. Asimismo, allí se aclara que “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”.

[47] “Cada parte deberá informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las demás partes y a la institución arbitral o a cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) sobre cualquier relación directa o indirecta que hubiere entre el árbitro y la parte (o cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades o un individuo con una relación de control sobre la parte en el arbitraje), o entre el árbitro y cualquier persona o entidad con un interés económico directo en, o un deber de indemnizar a una parte por, el laudo que se emita en el arbitraje. Cada parte informará a iniciativa propia lo antes posible” (Norma General 7.a).

[48] “El deber de las partes de revelar cualquier relación directa o indirecta entre el árbitro y la parte (o cualquier otra sociedad del mismo grupo de compañías o un individuo con una relación de control sobre la parte en el arbitraje) se ha ampliado a relaciones con personas o entidades con un interés económico directo en el laudo que será emitido en el arbitraje, tales como una entidad que financie el arbitraje, o que tenga un deber de indemnizar a una parte por el laudo” (Nota explicativa sobre la Norma General 7).

[49] Audiencia sobre Medidas Provisionales, 17/03/2014, “Eurogas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic”, ICSID Case No. ARB/14/14.

[50] De hecho, los tribunales canadienses, que venían sosteniendo que algunos aspectos del contrato de financiamiento estaban protegidos por la confidencialidad, han comenzado a privilegiar la transparencia y el principio de publicidad de los procedimientos judiciales, al considerar que el interés de las partes es superior a los efectos perjudiciales que podrían derivarse de la divulgación del acuerdo de financiamiento. Así lo hizo la Corte Suprema de Ontario, en un caso judicial vinculado con una acción de clase: Ontario Superior Court of Justice, 7/05/2012, “Fehr v. Sun Life Assurance Company of Canada”, 2012 ONSC 2715, court file 10-CV-411183 CP.

[51] US District Court for the Northern District of California, 22/10/2008, “Berger v. Seyfarth Shaw LLP”, 2008 U.S. Dist. LEXIS 88811 (N.D. Cal.2008); Superior Court of Delaware, 27/02/2014, “Charge Injection Technologies, Inc. v. E.I. DuPont De Nemours & Co., 2014 WL 891286, N° . 14.

[52] US Court of Appeals for the Third Circuit, 30/04/1999, “Montgomery County v. Microvote Corporation”, 175 F.3d 296 (3d Cir. 1999), pág 304; US Court of Appeals for the Second Circuit, 9/01/1986, “In re Grand Jury Subpoena served upon John Doe, Esq. (Slotnick), Richard Roe (Colombo) v. United States of America”, 781 F.2d 238 (2d Cir. 1986), págs. 247-248.

[53] Scherer, Maxi, Goldsmith, Aren y Fléchet, Camille: “Third party funding in international arbitration in Europe: Party 1: Funder’s Perspectives”, International Business Law Journal, vol. 2, 2012, pág. 218.

[54] En el Derecho Romano, la cautio iudicatum solvi era un fianza exigible generalmente al demandado en las acciones reales en las que este debía garantizar la restitución de la cosa demandada si existía sentencia condenatoria. Palacio, Lino E.: Derecho Procesal Civil, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, 4ª reimpression, tomo VI, pág. 120.

[55] González de Cossío, Francisco: Arbitraje, ed. Porrúa, México, págs. 294/295.

[56] Ver, en general, Redfern, Alan y O’Leary, Sam: “Why it is time for international arbitration to embrace security for costs”, Arbitration International, vol. 32, N° 3, septiembre de 2016, págs. 397 y ss.

[57] Rubins, Noah: “In God we trust, all others pay cash: Security for costs in international commercial arbitration”, The American Review of International Arbitration, vol. 11, 2000, págs. 11 y ss.; Berger, Bernhard: “Security for costs: Trends and developments in Swiss arbitral case law”, ASA Bulletin, vol. 28, N° 1, 2010, págs. 7 y ss.

[58] Victoria Andreu, Francisco: “La cautio iudicatum solvi: especificidades en el arbitraje internacional”, en Mantilla Espinosa, Fabricio y Pizarro Wilson, Carlos (coords.): Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet, ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, págs. 35 y ss.; Gu, Weixia: “Security for costs in international commercial arbitration”, Journal of International Arbitration, vol. 22, N° 3, 2005, págs. 167 y ss.

[59] En el derecho comparado estas facultades son ya explícitas en las legislaciones de arbitraje (ver, en general, el art. 17 de la versión 2006 de la Ley Modelo de la CNUDMI). En el derecho argentino, ello fue expresamente recogido en el art. 1655 del CCyCN). Sobre el tema, remitimos a Caivano, Roque J.: “Sistemas cautelares en arbitraje”, Revista de Derecho Procesal, ed. Rubinzal-Culzoni, vol. 2010-1, abril de 2010, págs. 255 y ss.

[60] González de Cossío: op. cit., pág. 298.

[61] Sandrock, Otto: “The cautio iudicatum solvi in arbitration proceedings or the duty of an alien claimant to provide security for the costs of the defendant”, Journal of International Arbitration, vol. 14, N° 2, 1997, págs. 17 y ss.

[62] “Existe consenso en que el estándar para otorgar la solicitud de la medida es bastante estricto, ya que solo se debe conceder cuando se presentan circunstancias extremas y excepcionales, por ejemplo, cuando se prueba la existencia de un abuso o un incumplimiento constantes que podrían causar un daño irreparable si no se otorga la medida”. Elemento que consideró no estaba probado en el caso, al no haber la demandada acreditado que la demandante haya incurrido en alguna conducta que permita presumir que no cumplirá sus obligaciones financieras. Orden Procesal N° 10, 11/01/2016, “South American Silver Ltd. c. Estado Plurinacional de Bolivia”, caso CPA N° 2013-15, parágrafo 68.

[63] “[L]as decisiones de los tribunales de inversión que han condenado a la parte demandante en costas han afirmado 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 esa 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 iudicatum

solvi (...) El Tribunal considera que si bien la existencia de un tercero financiador puede ser un elemento a tener en cuenta al decidir sobre una medida como la que solicita Bolivia, ese elemento, por sí solo, no puede llevar a la adopción de la medida [ya que] la presencia del tercero financiador por sí sola no demuestra imposibilidad de pago o insolvencia. Es posible obtener la financiación por otras razones. El solo hecho de tener financiación no significa riesgo de no pago (...) En síntesis, la existencia de un financiador es un elemento que se puede tener en cuenta, pero los tribunales han sido claros en que la sola presencia del financiador no es suficiente para que se otorgue la cautio judicatum solvi”. Orden Procesal N° 10, 11/01/2016, “South American Silver Ltd. c. Estado Plurinacional de Bolivia”, caso CPA N° 2013-15, párrafos 73 y ss. Adicionalmente, el tribunal afirmó que “si la sola presencia de estos terceros, sin considerar otros factores, se convierte en determinante para otorgar o denegar una solicitud de cautio judicatum solvi, las demandadas podrían solicitar y obtener cautio judicatum solvi de forma sistemática, aumentando el riesgo de obstaculizar reclamaciones que pueden ser legítimas” (párrafo 77).

[64] “El Demandado, sin embargo, no ha sido capaz de proporcionar evidencia suficiente para justificar la extraordinaria medida que él mismo solicita. De hecho, el Demandado no ha demostrado una relación de causalidad suficiente para que el Tribunal pueda inferir que de la mera existencia de financiación por parte de un tercero las Demandantes no serán capaces de pagar un laudo final en costas dictado en su contra, sin perjuicio de que el patrocinador sea responsable de los costes o no. El análisis del Demandado respecto de los balances de Rurelec y otros documentos contables relacionados tampoco demuestra de forma suficiente que Rurelec carecerá de los medios para hacer frente al pago de un laudo en costas o para obtener financiación (adicional) para dicho fin. Al contrario, Rurelec parece ser una compañía en curso que dispone de activos más allá de aquellos involucrados en este arbitraje y las Demandantes han procedido a pagar sin demora todos los depósitos requeridos en materia de costas sin que haya existido ningún tipo de sugerencia respecto de que las mismas tuvieran problemas a la hora de encontrar los fondos necesarios para efectuar los mismos”. Orden de Procedimiento N° 14, 11/03/2013, “Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia”, caso CPA N° 2011-17, párrafo 7.

[65] “El Tribunal concluye, por la conducta de la demandante [en los procedimientos reseñados] que no quiso o no pudo pagar las provisiones. Por lo tanto, no acreditándose un cambio en las circunstancias, el tribunal encuentra probado que, en este caso, existe un riesgo material de que no vaya a reembolsar los gastos en que incurra la demandada, debido a su falta de voluntad o de posibilidad de cumplir con sus obligaciones”. Decision on Santa Lucia’s request for security for costs, 13/08/2014, “RSM Production Corporation v. Santa Lucia”, ICSID case N° ARB/12/10, párrafo 81 [traducción libre del autor].

[66] “A mayor abundamiento, la admitida existencia de un tercero financiador apoya la preocupación del tribunal de que el demandante no cumplirá con la condena en costas, por lo que, de no proveer garantías, es dudoso que el tercero asuma la responsabilidad de cumplir con ella. Frente a este escenario, el tribunal considera injustificado que el demandado deba soportar la incertidumbre acerca de si el tercero cumplirá o no con el pago de las costas”. *Ibidem*, párrafo 83 [traducción libre del autor].

[67] “Como ha sido regularmente resuelto por tribunales arbitrales de inversión, una solicitud de aseguramiento de los costos solo puede ser concedido en circunstancias excepcionales, como por ejemplo, cuando se evidencian abusos o serios incumplimientos (...) Si bien es cierto que en ‘RSM v. Saint Lucia’ el tribunal la ordenó, los hechos subyacentes en ese caso eran excepcionales, ya que el demandante no solo era insolvente y estaba financiado por un tercero, sino que

además se probó una historia de incumplimientos a órdenes de pago, circunstancias que fueron consideradas por el tribunal en forma acumulativa. Estas circunstancias excepcionales no se han probado en este caso. El demandante no ha incumplido sus obligaciones de pago en este proceso ni en otros casos. El tribunal considera que las dificultades financieras y la existencia de un tercero que financie a una parte -lo que ha devenido una práctica usual- no necesariamente constituyen, por sí solas, las circunstancias excepcionales que justifican admitir una orden de caución.” Procedural Order N° 3, Decision on the parties’ requests for provisional measures, 23/06/2015, “Eurogas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic”, ICSID Case N° ARB/14/14, parágrafos 121 y ss. [traducción libre del autor].

[68] Von Goeler: op. cit., pág. 341.

[69] CNCom., sala C, 15/02/2008, “Miracle S.A. c. Fernández Juan Carlos”, MJ-JU-M-25189-AR; MJJ25189; Rev. ED, 228-283.

[70] La Convención de La Haya de 1954 sobre Procedimiento Civil (ratificada por Ley 23.502) que vincula a la Argentina con 34 países; el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (ratificado por Ley N° 24.578); y diversos tratados bilaterales de cooperación, con Brasil, Italia y Uruguay).

[71] Argerich, Guillermo: “El arraigo y su supresión por los tratados internacionales”, DJ 1996-2, 631.

[72] CCyCN, art. 2610: “Los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina. Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado. La igualdad de trato se aplica a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero”.

[73] CNFed. Civ. y Com., sala I, 2/05/2017, “General Motors LLC c. Red Link S.A.”, LL on line AR/JUR/24674/2017, Rev. La Ley, 19/06/2017, pág. 9.

[74] “El instituto del arraigo o cautio iudicatum solvi ha quedado eliminado del ordenamiento jurídico a partir de la entrada en vigencia del CCyCN”. Masud, Pablo R.: “La excepción de arraigo luego del Código Civil y Comercial”, Rev. La Ley, 31/08/2017, págs. 4 y ss.

“El art. 2610 del Código Civil y Comercial de la Nación de 2014 debe ser interpretado en el sentido de que ha derogado el art. 348 del CPCCN y todas las normas contenidas en los códigos procesales provinciales que permitían la oposición de la excepción de arraigo”. Noodt Taquela, María Blanca: “Argentina: réquiem para el arraigo en el Código Civil y Comercial”, 01/02/2016, en <https://cartasblogatorias.com/2016/02/01/argentina-requiem-para-el-arraigo-en-el-codigo-civil-y-comercial/>.

[75] CSJN, 26/09/1888, “La S.A. de Construcciones Mecánicas de San Quintín c. Pinto, Luis G.”, Fallos, 34: 295.

[76] CNCom., sala C, 15/02/2008, “Miracle S.A. c. Fernández Juan Carlos”, citado. En el caso, el mismo tribunal rechazó la excepción de incompetencia fundada en la existencia de un acuerdo arbitral, y declaró la competencia de los tribunales judiciales argentinos.

[77] “(1) The defendant may seek an order against someone other than the claimant, and the court may make an order for security for costs against that person if (a) it is satisfied, having regard to all the circumstances of the case, that it is just to make such an order; and (b) one or more of the conditions in paragraph (2) applies. (2) The conditions are that the person (a) has assigned the right to the claim to the claimant with a view to avoiding the possibility of a costs order being

made against him; or (b) has contributed or agreed to contribute to the claimant's costs in return for a share of any money or property which the claimant may recover in the proceedings; and is a person against whom a costs order may be made" (Civil Procedure Rules, 25.14).

[78] England and Wales High Court (Chancery Division), 9/03/2017, "The RBS Rights Issue Litigation", [2017] EWHC 463 (Ch).

[79] England and Wales High Court (Queen's Bench Division), 7/12/2017, "Sandra Bailey & Others v. GlaxoSmithkline UK Limited", [2017] EWHC 3195 (QB), Case Number: HQ07X04076.

[80] El financiador había provisto £ 1,2 millones para financiar el juicio, y la Corte le ordenó asegurar las costas por £ 1,75 millones.

[81] La Corte fundamentalmente consideró que el financiador no era miembro de la Asociación de Financiadores de Litigios (Association of Litigation Funders), que ha puesto en vigencia para sus socios un Código de Conducta; que era intrínsecamente insolvente y dependía de los aportes de sus accionistas, y que éstos no tenían obligación contractual de financiarlo. Todo lo cual hacía dudosa la protección que tendría la demandada, en caso de ganar el pleito, para recuperar las costas.

[82] Por ejemplo, el art. 38.1 del Reglamento de Arbitraje de la CCI vigente a partir del 1° de marzo de 2017, dispone que "Los costos del arbitraje incluirán los honorarios y los gastos de los árbitros, así como los gastos administrativos de la CCI determinados por la Corte de conformidad con los aranceles vigentes en la fecha de inicio del arbitraje, los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el tribunal arbitral y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje".

[83] Si el vencedor es el demandante, se justificará que el demandado cargue con las costas en razón de haber obligado -con su negativa previa a admitir el derecho que luego se le reclamó en el juicio- a aquella a demandarlo. Si, por el contrario, el vencedor es el demandado, habrá con ello demostrado que fue llevado innecesariamente a juicio. En cualquier caso, el vencedor se ha visto obligado a litigar, sea a causa de una acción positiva o negativa de su contraparte, por lo que es justo y conforme a derecho que se lo mantenga indemne de los costos del proceso.

[84] Del mismo modo, normalmente son recuperables no solo los honorarios de los abogados que la parte ya haya pagado, sino los que se comprometió a pagarles.

[85] Como hemos señalado, el financiador usualmente obtiene, a cambio de su prestación, una compensación, que puede consistir en una suma fija (adicional al monto aportado) o en un porcentaje de lo que la parte financiada obtenga como consecuencia del proceso.

[86] "El tribunal no conoce ningún principio en virtud del cual un acuerdo de financiamiento por un tercero deba ser tomado en consideración para determinar el monto del recupero de los gastos de una parte". Order taking note of the discontinuance of the proceeding, Annulment Proceeding, 11/07/2011, "ATA Construction, Industrial and Trading Co. v. The Hashemite Kingdom of Jordan", ICSID Case N° ARB/08/2, parágrafo 34, con cita de otros precedentes en igual sentido: Laudo de fecha 3/03/2010, en "Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. Georgia", ICSID Cases N° ARB/05/18 y ARB/07/15, parágrafo 691; Order Discontinuing the proceedings and decision on costs, Annulment Proceeding, 28/04/2011, "RSM Production Corporation v. Grenada", ICSID Case N° ARB/05/14, parágrafo 68.

[87] Von Goeler: op. cit., págs. 392/393.

[88] High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, 15/09/2016, "Essar Oilfields Services Ltd v. Norscot Management Pvt. Ltd.", [2016] EWHC 2361 (Comm), CL-2016-000188.

[89] El árbitro consideró relevante que Essar había asfixiado financieramente a Norscot, que este no podría haber financiado su reclamo sin recurrir a un tercero, y que la retribución convenida por este con el financiador estaba dentro de los parámetros habituales. Una parte de las costas era la suma, cercana a £ 2,0 millones, que Norscot debía pagar a su financiador.

[90] El art. 59.1 de la Ley inglesa de arbitraje dispone que las costas del arbitraje comprenden, además de los honorarios y gastos de los árbitros y de la institución arbitral que hubiese intervenido, “los costos legales u otros de las partes” (“the legal or other costs of the parties”).

[91] Especialmente si la necesidad de recurrir al financiamiento externo fue causada o agravada por la conducta contractual de su contraparte quien, al incumplir sus obligaciones, ahogó financieramente al demandante, como parece haber sido el caso.

[92] ICC Commission Report, “Decisions on costs in international arbitration”, ICC Dispute Resolution Bulletin, 2015, N° 2, párrafos 92 y 93.

[93] “Cuanto mayor es el beneficio obtenido de una sentencia favorable y mayor control tiene sobre el proceso, más expuestos están los financiadores a ser condenados a pagar las costas impuestas a la parte financiada”. Von Goeler: op. cit., pág. 418. [traducción libre del autor]

[94] District Court of Appeal of Florida, 2/12/2009, “Mohammed Abu-Ghazaleh v. Gerardo Martin Demerutis Chaul”, 36 So. 3d 691 (Fla. Dist. Ct. App. 2009), Docket Number: 3D07-3128, 3D07-3130.

[95] “La noción de parte abarca a cualquiera involucrado en la conducción del procedimiento o que de cualquier forma toma parte en él, sea dando asesoramiento a una de las partes, contribuyendo al pago de los gastos o manteniendo un control tal que le permita dirigir el curso del proceso, aunque no sea mencionado en los registros como tal”.

[96] El art. 51 de la ley que regula los procesos ante los tribunales superiores (Supreme Courts Act) prevé que la Corte tiene “plenos poderes para determinar quién y en qué medida debe pagar las costas del proceso”. Sin embargo, conforme las Reglas de Procedimiento Civil, cuando el tribunal pretenda ejercer esta facultad respecto de quien no fue parte en el proceso, debe hacer intervenir a ese tercero en el proceso a los efectos de discutir las costas y darle oportunidad suficiente de ser oído a ese respecto (art. 46.2).

[97] “Consideramos que un financiador profesional que financia una parte de los costos del demandante, debería ser potencialmente responsable por los gastos de la contraparte solo hasta el límite de los fondos provistos”. England and Wales Court of Appeal (Civil Division), 26/05/2005, “Yeheshkel Arkin v. Borchard Lines Ltd.”, [2005] EWCA Civ 655.

[98] El tercero había financiado solo los costos de las pericias, a cambio de un 25% del monto de condena que resultara a favor de Arkin.

[99] Excalibur Ventures, una compañía constituida en Delaware que no tenía -ni había tenido nunca- recursos ni activos, inició una demanda por US\$ 1.600 millones contra Texas Keystone, y todos sus reclamos fueron rechazados al considerar que ni siquiera existía una relación contractual entre ambos. En la instancia anterior se había determinado que la demanda era “esencialmente especulativa y oportunista”, con argumentos y pruebas “extravagantes”, y habiendo el demandante inflado groseramente el reclamo.

[100] Privy Council, 21/07/2004, “Dymocks Franchise Systems (NSW) Ltd v. John Todd”, [2004] 1 WLR 2807.

[101] England and Wales High Court (Queen's Bench Division), 7/12/2017, “Sandra Bailey & Others v. GlaxoSmithkline UK Limited”, [2017] EWHC 3195 (QB), Case Number: HQ07X04076. La Corte recordó que, en “Arkin”, el financiador solo había participado con un aporte menor destinado a sufragar los costos de una pericia, e

insinuó que el criterio podría ser diferente en casos donde se hubiese financiado la totalidad del proceso.

[102] Ley N° 21.839, art. 4, párr. 3: “Cuando la participación del profesional en el resultado del pleito sea superior al 20%, los gastos que correspondieren a la defensa del cliente y la responsabilidad de este por las costas estarán a cargo del profesional, excepto convención en contrario”.

[103] CPCCN, art. 45: “Cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por alguna de las partes, el juez le impondrá a ella o a su letrado o a ambos conjuntamente, una multa valuada entre el 10% y el 50% del monto del objeto de la sentencia. En los casos en que el objeto de la pretensión no fuera susceptible de apreciación pecuniaria, el importe no podrá superar la suma de \$ 50.000. El importe de la multa será a favor de la otra parte. Si el pedido de sanción fuera promovido por una de las partes, se decidirá previo traslado a la contraria.

Sin perjuicio de considerar otras circunstancias que estime corresponder, el juez deberá ponderar la deducción de pretensiones, defensas, excepciones o interposición de recursos que resulten inadmisibles, o cuya falta de fundamento no se pueda ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad o encuentre sustento en hechos ficticios o irreales o que manifiestamente conduzcan a dilatar el proceso”.

[104] Caivano, Roque J.: Arbitraje, ed. Ad Hoc, 2ª edición, Buenos Aires, 2000, pág. 100; Oppetit, Bruno: Teoría del arbitraje, ed. Legis, Bogotá, 2006, pág. 57; CSJN, 27/12/1974, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Sargo S.A.”, Fallos, 290: 458; CSJN, 11/11/1997, “Yacimientos Carboníferos Fiscales”, Fallos, 320: 2379; CSJN, 31/05/1999, “Rocca, J. C. c. Consultara S.A.”, Fallos, 322: 1100.

[105] “El juez decide en nombre del Pueblo o del Rey o de la República, pero en todo caso, a nombre de una soberanía para la cual la Justicia es un atributo esencial. Su autoridad le es delegada en forma permanente (...) El árbitro, al contrario, no está investido más que de una competencia atribuida; del carácter mixto de su naturaleza deriva una ambigüedad en cuanto al origen de sus poderes: la ley, de una parte, y la voluntad de las partes, de la otra”. Lazareff, Serge: “L'arbitre est-il un juge?”, en Liber Amicorum Claude Reymond, ed. Litec, París, 2004, págs. 173 y ss. [Traducción libre del autor]

[106] Aunque en ocasiones una sentencia pueda ser “oponible” a terceros (por ejemplo, el fiador, respecto de la sentencia dictada contra el deudor afianzado), el efecto de cosa juzgada solo se produce respecto de quienes fueron parte en el proceso. Ver Goutal, Jean-Louis: “L'arbitrage et les tiers, Rapport général”, Revue de l'arbitrage, 1988, págs. 439 y ss.

[107] Manresa y Navarro, José María: Comentarios al Código Civil Español, ed. Reus, Madrid, 1914, pág. 104.

[108] Frenchia, Andrea Verónica: “La congruencia. Principio que no debe ser flexibilizado”, Revista Latinoamericana de Derecho Procesal, N° 10, diciembre de 2017, IJ-XD-866.

[109] Ver, en general, Caivano, Roque J.: “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, Revista Lima Arbitration, N° 1, agosto de 2006, págs. 121 y ss.

[110] Von Goeler: op. cit., págs. 419/420.

[111] Caivano: “Arbitraje y grupos de sociedades...”, op. cit.

[112] “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 relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos” (Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo

1071/2008, art. 14).

[113] Caivano, Roque J.: “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene”, *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, edición especial 2012, págs. 3 y ss.

[114] Como vimos al comienzo, esta es una de las formas que históricamente se utilizaron para financiar litigios.

[115] <http://associationoflitigationfunders.com/code-of-conduct/>

[116] Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment), Ordinance 6/2017, del 22 de junio de 2017.

[117] “Maintenance” y “Champerty” son figuras históricamente consideradas ilegales o prohibidas en el common law, cuya prohibición apunta a prevenir litigios frívolos. La primera consiste en la intermediación de un tercero para fomentar o incentivar un pleito, sin ningún interés ni justificación. La segunda es, más específicamente, la financiación del pleito por un tercero a cambio de compartir los beneficios que la parte obtenga de aquel.

[118] De cualquier manera, la norma aclara que estos dos artículos no afectan ninguna regla de derecho en virtud de las cuales un contrato pueda considerarse contrario al orden público o ilegal (art. 98M).

[119] Chan, Melody: “Hong Kong”, en Perrin, Leslie (ed.): *Third Party Litigation Funding Law Review*, ed. Law Business Research Ltd., 2017, págs. 78 y ss.

[120] Se aclara también que el Código de Conducta podrá contener términos o condiciones específicas a incluir en los acuerdos de financiamiento, o reglas particulares que deberán seguir los financiadores en los procedimientos a que se refiere la norma.

[121] Civil Law Act (Amendment) 2017, puesta en vigencia por Ley N° 38/2016.

[122] De todas maneras, antes de su formal abrogación, los tribunales habían declarado que esas conductas no eran ilegales en Singapur: Singapore High Court, 1996, “Jane Rebecca Ong v. Lim Lie Hoa”, [1996] SGHC 140.

[123] Secomb, Matthew y Wallin, Adam: “Singapur”, en Perrin, Leslie (ed.): *Third Party Litigation Funding Law Review*, ed. Law Business Research Ltd., 2017, págs. 125 y ss.

[124] Este enfoque es considerado el más adecuado, habida cuenta de que el exceso de regulaciones podría poner en peligro el desarrollo de la industria. Gayner, Oliver y Khouriy, Susanna: “Singapore and Hong Kong: International arbitration meets third party funding”, *Fordham International Law Journal*, vol. 40, N° 3, 2017, págs. 1032 y ss.