

El financiamiento por terceros en el Arbitraje,

¿Una figurita difícil?

Por Andrea M. Vissani[1]

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Al momento de considerar cómo alcanzar la solución de disputas, uno de los pilares centrales es optar por dos vías: arbitraje o tribunales jurisdiccionales. El arbitraje es un medio de resolución de disputas privado y de naturaleza hetero compositiva, lo que significa que su puesta en marcha y sustanciación en términos económicos debe ser asumida íntegramente por las partes[2]. Por esta razón, en cuantiosas oportunidades, el acceso al arbitraje se trunca por sus altos costos. En este sentido, basta mencionar que la Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI del año 2012 realizó un estudio en donde demuestra que el 82 % del coste del arbitraje corresponde a los gastos incurridos por las partes, incluidos los honorarios de sus abogados y los gastos relativos a testigos y peritos; un 16 % corresponde a los honorarios de los árbitros, y el 2 % restante, a los gastos administrativos de la CCI[3]. Por lo tanto, esos costos pueden constituir una barrera y actuar como catalizador, exacerbando las dificultades para acceder al arbitraje[4].

En consecuencia, si se opta por la vía del arbitraje, contar con fondos suficientes es un tema relevante a la hora de decidir cómo alcanzar la mejor solución posible a una disputa. No obstante, a lo largo de la historia siempre han existido terceros ajenos a una controversia que han acudido en auxilio a la falta de recursos para asistir a alguna o ambas partes, a modo de ejemplo: préstamos de parientes y amigos, honorarios en caso de éxito de los asesores legales, instrumentos formales de endeudamiento o la cesión completa de los derechos litigiosos, entre otras opciones[5].

En efecto, en la actualidad, se presenta como opción en el arbitraje el Financiamiento por Terceros (Third Party Funding, en inglés, en adelante TPF). Se trata de una industria conformada por actores altamente profesionalizados, que ofrecen productos diversificados y que invierten capital en casos potentes -esto significa que impliquen más de diez millones de dólares-, a los fines de obtener altas tasas de retorno[6]. La presencia de los mencionados financiadores, así como su modelo de negocio, constituyen de manera innegable una realidad cada vez más patente en el mundo del arbitraje, tanto comercial como de inversiones[7]. Sin embargo, a lo largo de estos años su evolución no ha sido pacífica y menos aún uniforme, ni en el contexto mundial, ni en los países de la región. Es un formato negocial que ha sufrido múltiples críticas y embates de quienes lo han considerado como una figura que genera más problemas que soluciones. A modo de ejemplo, el primer y mayor cuestionamiento que se le hace a los fondos actuantes como financiadores de litigios es la ética del negocio[8]. Por otro lado, se encuentran quienes defienden la intervención de estos financistas externos, bajo la justificación de que equilibran, en cierto modo, las desigualdades económicas de las partes permitiendo un acceso más equitativo al valor de la justicia.

En este trabajo se aborda la realidad actual que atraviesa el negocio del TPF en el arbitraje, aspectos prácticos a la hora de lograr que un fondo se interese e invierta en un caso, así como las ventajas y posibles vicisitudes de contar con un financiador. El foco se encuentra en uno de los aspectos más polémicos en la dinámica de este

negocio, vinculado con los principios de transparencia y confiabilidad: el deber de revelar la existencia de un financiador en un arbitraje y si este deber puede alcanzar al contenido del contrato entre financiador y financiado, punto central para resguardar un posible conflicto de intereses entre las partes involucradas en el proceso. Asimismo, se considera jurisprudencia relevante en la materia, las normas de soft law que versan sobre el tema, las Reglas de la IBA y la consagración de la inclusión en las nuevas reglas 2021 de la CCI sobre el deber de revelar la existencia de un fondo en la disputa arbitral. Por último, se reflexiona sobre las perspectivas de crecimiento de este fenómeno en el futuro y su acogida en los países de la región.

II. Una caracterización de los TPF: No win, no fee [\[arriba\]](#)

Los TPF se presentan como un medio alternativo de financiación de los costes tanto de un procedimiento arbitral, ya sea comercial o de inversiones, como judicial. En el caso del arbitraje, el rubro se compone por los honorarios de los abogados de las partes, el fee^[9] de la institución administradora del arbitraje, los informes técnicos y periciales de los expertos, si los hubiese, y las minutas de los árbitros. En efecto, se trata de aquellos gastos razonables y esperados incurridos por las partes para su defensa.

Una de las principales y más relevantes características revestidas por los TPF es que el cliente traslada todo el riesgo del resultado del pleito a un tercero. En caso de perder, nada debe al financiador, de allí la célebre frase: no win - no fee. Por lo tanto si el litigio no se gana, el financista pierde toda su inversión^[10]. Los fondos pueden realizar su intervención en cualquier momento del desarrollo del caso, asistiendo a cualquiera de las partes, esto es demandante o demandado. La peculiaridad de este giro negocial es que se trata de un préstamo sin recursos, o de recursos limitados, lo que se traduce en que si no se realiza ninguna recuperación de la disputa, entonces no hay obligación para reembolsar al financiador sus anticipos o para pagar cualquier retorno de su inversión^[11]. Es por lo anterior que no se financia cualquier caso que pretenda llegar a arbitraje, ni tampoco se trata de un camino fácil lograr que estos terceros vuelquen su dinero en un caso^[12]. A modo de ilustración de las aspiraciones económicas de los fondos de inversión^[13], se estima que para que un fondo asuma una o más demandas, el porcentaje de éxito de la misma debe rondar entre el 65 al 75 %^[14].

En efecto, el cliente no es quien asume los gastos del procedimiento, sino un tercero ajeno a las partes y a la controversia, un fondo especializado y altamente profesionalizado. Este es quien no solo se encarga de los costes del arbitraje sino de todos los riesgos, incluso si resultara perdidoso en la disputa, es quien también puede asumir el pago de las costas a la parte vencedora. En cambio, si el caso que patrocina el financista obtiene un laudo favorable, este recibe a cambio una participación de lo que se obtenga en el litigio. En razón de lo anterior se afirma que se trata de un tercero en estrecha relación con la disputa, con un fuerte, marcado y legítimo interés en el resultado de la misma.

Como consecuencia de lo anterior, se sostiene que no se trata de una financiación propiamente dicha, sino de una verdadera inversión en demandas. Dicha inversión puede hacerse en demandas individuales como de portafolio de litigios, diversificando de esta manera el riesgo del negocio^[15]; porque -tal como se ha expresado- en el supuesto de que el caso se pierda, también se pierde la inversión. Es por lo anterior que se asiste a una especie join venture, en el sentido de que se

produce una asimilación del tercero financista con la parte -actor o demandado- del procedimiento que acaba por transformarse en un socio de la relación.

Cada caso es particular y la ecuación se conforma a partir del riesgo del caso, el tiempo estimado en que se recuperará la inversión, la cuantía del arbitraje y, por supuesto, la probabilidad de éxito del caso. De esto se desprende que los financiadores suelen apuntar a una proporción de 10 a 1 entre (a) una recuperación realista de una resolución de la disputa a (b) la cantidad de financiación requerida. Como la financiación de litigios proporciona un compromiso de capital para pagar honorarios y los gastos asociados con el litigio, el financiador revisará el presupuesto propuesto para comprender los dos tipos de gastos que se pronostica que se incurrirán, así como el calendario previsto de estos desembolsos.

En síntesis, como ya se ha dicho, si el pleito se pierde, el cliente nada debe al fondo; pero si logra ganarlo, se produce lo que se llama el efecto waterfall y el fondo es el primero en cobrar. De esta suerte, se afirma que en rigor de verdad no se trata de un financiamiento sino de verdadera inversión, ya que lo que se pretende es obtener el máximo retorno en la participación.

III. Aspectos prácticos del funcionamiento de los TPF [\[arriba\]](#)

Las empresas dedicadas a financiar litigios judiciales o arbitrales tienen sobre la mesa una multiplicidad de ofertas, “posibles casos” a ser escrutados. Razón por la que resulta una obviedad señalar que no todos alcanzarán el objetivo de ser financiados. Lograr que un inversor decida o se vuelque a financiar un caso no es una tarea sencilla, son muchas las exigencias a la hora de conceder una financiación[16].

En primer lugar, resulta oportuno mencionar que solo se financian casos meritorios. Por cuanto al momento de ser analizados, es importante considerar que las empresas o compañías que estén interesadas en lograr este tipo de financiamiento deben presentar un caso atractivo y destacar las fortalezas del mismo. Para lograr el cometido, resulta imperativo confeccionar una memoria jurídica y una memoria técnica, si fuese el caso y correspondiera, sólidamente elaborada por un equipo de abogados del potencial cliente del TPF. Este primer documento sirve de sustento al inversor y es analizado por sus equipos de abogados para decidir si se continúa avanzando hacia un acuerdo definitivo de financiación. En este primer *due diligence*[17], el posible financiado despliega todas sus armas, pero no solo deben evidenciar las fortalezas del caso, sino también sus debilidades. Es crucial esta primera instancia, ya que el caso debe causar una buena impresión, teniendo en cuenta el alto volumen de casos ofertados a los fondos. Por esto último, la confidencialidad es un requisito que se hace presente. En efecto, inicialmente, divulgar la información sobre el arbitraje al potencial financiador no constituye una violación al deber de confidencialidad. Incluso y a modo de ejemplo, tal como referencia Caivano[18], la nueva legislación de Hong Kong contempla expresamente la anterior situación e incluye como una de las excepciones a la confidencialidad la información que la parte debe proporcionar al financiador con motivo de celebrar y lograr el acuerdo de financiamiento.

En la instancia de evaluación del caso por parte del potencial financiador, rige en la relación cliente-fondo un periodo de exclusividad, donde el primero se compromete a no ofrecer a otros el financiamiento. Los posibles patrocinadores analizarán minuciosamente la solidez del reclamo y el sustento probatorio, junto con las defensas anticipadas y contrademandas con el objetivo de predecir la probabilidad

de éxito que tiene la acción. La extensión de la revisión del financiador dependerá en gran medida del tipo de caso, el estado de la acción, las complejidades de los problemas involucrados, la organización de los elementos jurídicos arrimados al fondo y la capacidad del abogado litigante para articular su caso. Se trata de un exhaustivo y eficiente análisis por parte de los equipos de abogados del fondo. Asimismo, el financiador también podrá examinar el historial de litigios previos para comprender su concepción hacia el litigio, aunque este factor no es tan condicionante. Sin embargo, la principal mira de un fondo es lograr y alcanzar un caso que sea económicamente atractivo.

Cabe destacar que el estudio del caso a cargo del fondo no solo considera los aspectos jurídicos, sino también aquellos que requieran de otros expertos para su estudio. A modo ilustrativo, existen casos que, por su alto grado de complejidad técnica, exigen mayores análisis y consideran -además- los costos demandados por el involucramiento de expertos y sus dictámenes; por ejemplo, aquellos casos devenidos de la industria de la electricidad, construcción, minería, infraestructura, telecomunicaciones, entre otras y por mencionar solo algunas. En efecto, esto implica considerar con debida antelación que los honorarios de los expertos pueden ser iguales o mayores a los de abogados.

Con respecto al tiempo que les insume a los financiadores completar su diligencia preliminar y proporcionar una propuesta acerca de las condiciones a las que sujetaran el posible acuerdo, no existe un criterio unívoco. En palabras de Fernando Marcondes[19], los fondos suelen demorar entre tres a cuatro meses para decidir si toman o no el caso, lo que en su opinión es un plazo demasiado excesivo, debido a la dinámica propia de los litigios.

Finalmente, si el fondo decide financiar el caso, procede a confeccionar un presupuesto del litigio, donde se proporciona un compromiso de capital para sufragar honorarios y los gastos asociados a la disputa. Asimismo se establece un calendario en donde se prevé en qué momentos o instancias se realizarán los desembolsos.

IV. Cuando se recurre a un financiador: posibles ventajas y críticas a la figura TPF [\[arriba\]](#)

Como se ha manifestado en el §I. Introducción, a la hora de resolver o encauzar conflictos propios o de clientes, las empresas y los abogados pueden optar por acudir a los tribunales jurisdiccionales o al arbitraje. Si se pretende acudir a este último, tal como ya se ha explicitado, uno de los principales escollos es su elevado costo[20]. Puede suceder que, en la realidad, una compañía detente un caso meritorio con altas probabilidades de ser ganado, pero puede no contar con los medios económicos a los fines de afrontar un procedimiento que le asegure el éxito.

Así la situación, son múltiples las causas que pueden hacer que las empresas o clientes vayan en busca de terceros financiadores. Entre ellas, la primera es que efectivamente no cuenten con los fondos necesarios para hacer frente a un procedimiento de estas características y la segunda puede derivar en que se beneficien aquellos reclamantes que, contando con amplios recursos, carezcan del apetito por el riesgo. Otro factor de búsqueda de financiador puede constituirse por no querer afectar la liquidez de la compañía, comprometiéndose en un litigio que puede prolongarse en el tiempo; de esta suerte, optan por volcarse a realizar inversiones en bienes de capital o tecnología en sus unidades de producción. En efecto, al fin y al cabo, se debe tomar en consideración que una demanda de

arbitraje es un activo o un pasivo, dependiendo de la posición en la que se encuentre, esto es, de demandante o demandado.

A raíz de lo anterior, se desprende como una de las ventajas más insoslayable de este negocio el de propiciar el tan mentado acceso a la justicia de aquel posible litigante que, teniendo un caso con una alta chance de ganarlo, no posee los medios pecuniarios para poder instarlo[21]. La intervención de estos fondos no solo garantiza el acceso a poder controvertir sus derechos en un procedimiento arbitral, sino que también permite que el caso sea analizado con rigurosidad por expertos. Esto se traduce en que va a recibir una evaluación exhaustiva de la viabilidad objetiva de su caso en cuestión, más allá de que el financista lo acepte o no.

En rigor de actualidad, otro punto importante vinculado con lo ya mencionado y de obligado tratamiento lo constituye el fenómeno de la pandemia mundial originada por COVID-19, que ha desatado un verdadero tembladeral en las estructuras financieras tanto a niveles de la macro como microeconomía en el contexto internacional. A pesar de las diversas y disímiles realidades sanitarias que atraviesan al mundo y a la región, la incertidumbre en el plano económico es una constante. A modo ilustrativo, el Dr. Fernando Marcondes[22] afirma que, en nuestros días, algunas corporaciones que eran muy fuertes en la órbita de sus negocios pre COVID-19, hoy se encuentran en una posición financiera debilitada con respecto a su liquidez y solvencia, lo que ha provocado un marcado aumento e incremento de los pedidos de financiación de casos, aunque resalta que no ha sido el único factor.

Asimismo, y tal como ya se ha reseñado, la participación que despliegan los TPF en el arbitraje y su evolución nunca han sido pacíficas. Esto sucede con total razón, ya que la intervención de estos players en el proceso de arbitraje dista mucho de ser una intervención sin efectos secundarios[23].

Muchas de las debilidades que al inicio se le endilgaban a los TPF, actualmente, han quedado completamente falseadas, puesto que en la práctica no han logrado sustentarse[24]. Entre ellas, una de las críticas más fuertes es la de la ética. Con respecto a esta, se sostenía que la irrupción de los TPF en el mercado de la industria favorecería la radicación de demandas frívolas, promoviendo una verdadera industria del juicio. De ello también se derivaría un abultamiento en las sumas reclamadas, teniendo en cuenta que con la presencia de un financista se podrían escalar las expectativas económicas a la hora de fijar las reclamaciones[25]. Sin embargo, esta hipotética situación y caracterización ha quedado absolutamente desvirtuada por la dinámica misma del negocio y su ADN, en el sigilo de la elección que, metafóricamente, se caracteriza por ser de precisión quirúrgica en la elección de los casos. Además, quienes deciden invertir capital en este negocio solo lo hacen en aquellos casos revestidos de una alta probabilidad de éxito. Los análisis de los potenciales casos son cada vez más exhaustivos y con un alto estándar de rigurosidad, siempre apuntando a lograr la concreción de un laudo favorable.

A lo anterior se le adicionan los potenciales conflictos de intereses que pueden generarse por los árbitros intervinientes en arbitrajes costeados por los fondos de inversión. En esta dirección, Theoduloz[26] señala dos planos sobre los que se ha centrado la discusión ética en torno a los TPF: por un lado, la influencia que pueden tener en la imparcialidad e independencia de los árbitros en sus decisiones y, por otro, cómo este elemento debería influenciar al determinar los security for costs por parte de un determinado tribunal arbitral. A modo de síntesis de lo expuesto en líneas precedentes, estos profesionales de la financiación se aseguran, antes de asumir obligaciones de financiamiento provenientes de un litigio o cartera de litigios,

que los mismos sean viables tanto económica como jurídicamente, con mínimo riesgo de perder la inversión.

Otro de los aspectos que ha recibido cuestionamientos tiene que ver con el control del caso. Las preguntas que se desprenden al respecto incluyen: ¿quién diseña las estrategias y dirección del litigio? ¿Quién elige a los árbitros: el fondo o los abogados del cliente? En primer lugar, vale destacar que todos estos aspectos son de vital importancia para el desarrollo de las relaciones entre financista y financiado, y se encuentran regladas en un minucioso y detallado contrato entre ambos. Es decir, nada queda librado al azar, cabe señalar que las reglas no son estandarizadas, sino que cada caso es particular. Los acuerdos no son homogéneos y en ellos se abarcan tanto los aspectos económicos del caso, como así también aquellos técnicos, estratégicos y de dirección del litigio[27]. En dichos acuerdos es dable que puedan existir cláusulas vinculadas con la posibilidad de decisión del financiador sobre si ejercitar o no remedios contra el laudo; con respecto a un posible proceso transaccional, el financiador puede imponer las condiciones de su viabilidad si considera que sus expectativas económicas se hallan satisfechas y/o establecer las condiciones en que puede activar la cláusula de salida, entre otros aspectos a considerar.

Por último, un punto claro y hasta constante al lograr un financiamiento es el alto flujo de información que se solicita, es decir, cuando el proceso de arbitraje está en marcha, los fondos requieren a los abogados una efectiva comunicación sobre los avances de las etapas y la evolución del caso con una frecuencia casi periódica. En otras palabras, es altamente probable que el acuerdo de financiamiento obligue a la parte a mantener informado sobre el desarrollo del procedimiento al financiador. A pesar del indiscutido interés de los financiadores en el resultado arbitral, aunque mantengan cierto control sobre la información del caso, no están vinculados por el acuerdo arbitral ni forman parte del proceso.

V. El deber de revelación, ¿el talón de Aquiles de los TPF? [\[arriba\]](#)

Uno de los aspectos más controvertidos y que más debates ha suscitado, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, es la obligación de disclosure de las partes en un procedimiento arbitral con relación a la intervención de un tercero financiador[28].

Si se da luz verde para avanzar en la revelación de esta información, punto y seguido se abre otro interrogante: ¿es necesario revelar también los términos de ese acuerdo? Esta pregunta viene a poner en jaque dos valores en los que se asienta el andamiaje del arbitraje: por un lado, la transparencia y por otro, la confidencialidad[29]. En consonancia con este arduo tema, también se hace imperioso responder quiénes son los alcanzados en el deber de revelación: ¿las partes?, ¿los financiadores?, ¿la institución arbitral?, ¿los árbitros?... ¿O acaso todos los mencionados? En adición, pesa sobre todos los protagonistas del procedimiento arbitral, desde el inicio y hasta que concluyan las actuaciones, el deber actuar con lealtad y buena fe[30].

En la anterior pulseada, el camino recorrido no ha sido lineal ni mucho menos sencillo, pero ha dado como resultado un balance entre los dos valores en pugna: la confidencialidad y la transparencia. En consecuencia, se ha logrado determinar que aquella parte que sea asistida por un tercero financiador, en favor de la transparencia, deberá poner en conocimiento del tribunal arbitral en la primera oportunidad procesal la existencia de estos fondos. Así, se deberá revelar la

presencia del financiador externo junto con una de las partes, cuando es probable que de ello derive un conflicto de intereses que ponga en peligro el procedimiento arbitral. Kessedjian[31] propone la elaboración por parte de las instituciones arbitrales de recomendaciones a seguir por los tribunales arbitrales en aquellos casos de intervención de un tercero financiador; entre los contenidos deberían incluir el sometimiento de este último a las mismas reglas de confidencialidad de las partes y una obligación de no incidencia ni control sobre la conducta de la representación procesal de la parte financiada.

Dicho riesgo puede manifestarse en dos direcciones: (a) la posible recusación del árbitro si se encuentra en una situación de conflicto de intereses con el tercero financiador revelado; y (b) la efectividad del futuro laudo que, de ser dictado en incumplimiento al deber de independencia e imparcialidad del tribunal arbitral constituido irregularmente, podrá ser pasible de anulación. Vale destacar que esta última postura también ha sido adoptada por ICC-France y su “Guía práctica para el arbitraje de terceros”, en donde se considera necesario la divulgación de la información sobre la intervención de un financiador ante la constitución del tribunal arbitral.

Con el propósito de sumar un enfoque práctico sobre cómo se concretizan estos principios en el arbitraje, en la entrevista realizada, el Dr. Fernando Marcondes enfatiza en la responsabilidad de indagación del árbitro a las partes sobre si están siendo patrocinadas por un tercero encargado de los gastos demandados por el procedimiento. Así, se pone en relieve la necesidad de anoticiarse tempranamente de un posible conflicto de intereses. El mentado conflicto se pondría de manifiesto si existiese alguna incompatibilidad entre el fondo y alguno o algunos de los miembros del tribunal arbitral. Tal como sostiene Fernandez Rozas[32], la revelación de un conflicto de intereses por parte de los árbitros reviste una importancia primordial, constituye un principio fundamental derivado de la buena fe y su incumplimiento ocasiona la puesta en marcha de medidas de carácter punitivo, tales como la posible anulación del laudo.

Frente a esta situación pueden identificarse dos posturas. Por un lado, algunos consideran que la información sobre la existencia de un tercero financiador sería la solución más protectora del órgano arbitral, evitaría cualquier conflicto de intereses potenciales, y sería la única manera de garantizar un equilibrio de igualdad entre los distintos protagonistas del órgano arbitral. 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”[33]. La Ley Modelo de la CNUDMI, art. 12.1. y 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), y requiere ser interpretado en el sentido más amplio, debiendo las eventuales dudas resolverse a favor de la revelación[34]. De otro costado, y ya entrando en el escabroso terreno de si se hace imperioso revelar el contenido del acuerdo arbitral, el Dr. Marcondes sostiene que no es necesario conocer los términos y alcances de ese contrato de financiación entre fondo y cliente, ya que nada aporta a la sustanciación del arbitraje. Consecuencia de lo anterior es que queda a buen resguardo el tan mentado principio de confidencialidad que rodean las actuaciones de estas relaciones. No es de incumbencia del tribunal arbitral entrar a tallar en los pormenores del acuerdo de financiación, ya que esto es privativo de las partes involucradas en el contrato.

VI. El deber de revelación y su consagración en las normas de soft law: Directrices de la IBA 2014. Reglas CCI 2021 [\[arriba\]](#)

Si bien el deber de poner en conocimiento del tribunal arbitral lo relativo al financing agreement por un tercero ajeno a la controversia ha suscitado acalorados debates, más aún lo ha generado el pretender lograr la divulgación de los términos de dicho acuerdo.

En respuesta a esta problemática en el año 2014 se incorporaron dos reglas a la IBA (International Bar Association), a saber: la 6(b) y 7(a); ambas dictadas en el contexto de resguardar los principios de la imparcialidad e independencia de los árbitros, pero no olvidando que se trata de meras recomendaciones[35].

La primera regla incorporada señala la siguiente directriz: los actores terceros financiadores y aseguradoras vinculados a una disputa, con un posible interés económico en el dictado del laudo y las resultados del caso, deben ser considerados como equivalentes a una parte.

En concreto:

Los financiadores y aseguradores de terceros en relación con la disputa pueden tener un interés económico directo en la adjudicación, y como tal puede considerarse el equivalente de la parte. Para estos fines, los términos “financiador externo” y “asegurador” se refieren a cualquier persona o entidad que contribuya con fondos, u otro soporte material, a la acusación o defensa del caso y que tiene un interés económico directo en, o un deber de indemnizar a una parte por, el laudo que se dictará en el arbitraje.[36]

La segunda regla reseña el deber de información que tienen específicamente las partes y árbitros del proceso. Así, la regla 7(a) atiende a que cada parte en un proceso arbitral debe información relativa a cualquier relación directa o indirecta que las partes tengan con un árbitro o la potencial relación que puedan tener con una persona con interés directo en el arbitraje, entiéndase tercero financiador.

Además, las normas SIAC de 2017 consagran tres artículos diferentes a la financiación de terceros. Entre las facultades adicionales del tribunal, en el art. 24, prescriben el derecho del tribunal a ordenar la divulgación de fondos de terceros. Es decir, los árbitros pueden ordenar la divulgación de la identidad del financiador y/o la fuente del financiamiento. También permite la posibilidad de revelar el interés del financiador en el resultado del proceso. Asimismo, estas reglas tratan la cuestión de las costas del arbitraje, de las partes y otras costas relevantes, en sus arts. 33 y 35, respectivamente.

Más recientemente y en la consagración de las nuevas reglas de la CCI 2021[37], se destaca el art. 11.7:

Con el fin de ayudar a los posibles árbitros y árbitros a cumplir con sus deberes en virtud de los Artículos 11(2) y 11(3), cada parte debe informar de inmediato a la Secretaría, el tribunal arbitral y las demás partes, de la existencia e identidad de cualquier no parte que haya celebrado un acuerdo para la financiación de reclamaciones o defensas y bajo el cual tiene un interés económico en el resultado del arbitraje.

Así queda reflejada la regla por la cual las partes en un litigio que sean asistidas por un tercero deberán manifestar voluntariamente su existencia y la identidad del mismo. El objetivo perseguido por esta disposición viene a echar luz a los dilemas planteados por la revelación, los conflictos de intereses y el cumplimiento de la tan mentada transparencia.

VII. La revelación del financiamiento y los alcances en la jurisprudencia [\[arriba\]](#)

Con el propósito de poder observar los distintos supuestos que se han presentado en la práctica, se registra una breve reseña sobre cómo se ha comportado la jurisprudencia en el tema abordado, es decir, en la revelación de la existencia de un tercero financiador. Por un lado, se nombran algunos casos en que solo se ha exigido que se divulgue la identidad del funder y, por otro, casos en que se ha obligado a mostrar los términos y alcances del financing agreement. Cabe destacar que las diferencias entre unos y otros posiblemente respondan a una petición de security for costs.

Asimismo, la petición de revelación de identidad puede asociarse a una solicitud de caución sobre las costas. En ocasiones, la decisión de no obligar a revelar los términos del contrato de financiamiento fue la consecuencia de no admitir la solicitud de caución.

Algunos casos en los que solo se ordenó revelar la identidad del financiador son los siguientes:

- Oxus Gold plc contra la República de Uzbekistán, un caso de la CNUDMI. El tribunal expresó que el carácter de la financiación no interfirió en el procedimiento. De esta suerte, determinó que los términos del acuerdo de financiación no eran de relevancia[38].

- Euro Gas Inc. y Belmont Resources Inc. c. República Eslovaca (Caso CIADI No. ARB / 14/14)[39], y en RSM c. Santa Lucía (Caso CIADI No. ARB / 12/10). En ambos casos el tribunal ordenó a la Demandante la revelación de la identidad del financiador. Asimismo, no procedió a divulgar los pormenores del acuerdo de financiación. En este punto, las decisiones de los tribunales no han sido uniformes: en “SAS c. Bolivia”, y en “Europas c. Eslovaquia”,[40] los tribunales denegaron la solicitud, limitando la orden a identificar al financiador.

- South American Silver c. Bolivia (Caso de la PCA No. 2013-15). La demandada exigió revelar los términos de la financiación del tercero y la identidad del financiador. En el mencionado caso el tribunal no le hizo lugar[41].

- Ioannis Kardassopoulos & Ron Fuchs c. Georgia (Caso CIADI No. ARB / 05/18). El tribunal resolvió que el acuerdo de financiamiento de terceros era irrelevante para establecer el monto de la recuperación de los costos de la Demandante. Los dos comités de anulación en los dos casos CIADI, RSM c. Granada (Caso CIADI No. ARB / 05/14) y ATA c. Jordania (Caso CIADI No. ARB / 08/2) aplicaron el mismo razonamiento.

A continuación se enlistan casos en los que procedió revelar el acuerdo entre financiador y financiado:

- Muhammet Cap. & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistán (Caso CIADI No. ARB / 12/6). El tribunal ordenó a la Demandante que manifieste la fuente de su financiamiento y la identidad de su financiador. Del mismo modo estableció que debía patentizar los términos del acuerdo con el financiador[42].

- S&T Oil Equipment & Machinery Ltd c. Rumania (Caso CIADI No. ARB / 07/13)[43]. Aquí se instó a revelar la identidad del tercero financiador y la divulgación de sus términos. Este caso también fue litigado ante tribunales estadounidenses. Dado que la disputa se refería al procedimiento del CIADI terminado debido a la falta de pago por parte del financiador, el tribunal de los Estados Unidos consideró relevantes dichos términos.

Las ejemplificaciones enlistadas permiten observar que el fenómeno del TPF va en franco crecimiento en todo el mundo. Por esta razón es imperioso y necesario contemplar los rasgos más controvertidos de la institución e intentar dar respuesta a todos los actores involucrados.

VIII. Situación actual de los TPF en la región latinoamericana [\[arriba\]](#)

Si se pudiera realizar una gran foto que represente la dinámica actual del negocio de la financiación, se visualizaría que el cambio es una constante. Cualquiera sea la opinión que pueda merecer el sistema, es una realidad que parece ir en aumento y ganar cada vez más fuerza. Los factores que lo propician y alientan son múltiples, la post pandemia, el crecimiento de ciertas industrias como las de la construcción y las mineras, solo por mencionar algunas. El negocio de los terceros financiadores se muestra con arrollador ímpetu de evolución en todo el mundo y América Latina no es ajena a dicho fenómeno[44].

No obstante, el crecimiento dista de homogeneidad, por el contrario, el negocio se presenta con resultados dispares en los países de la región. El Dr. Fernando Marcondes, en la entrevista realizada, expresa que en su desempeño profesional ha podido observar que Perú, México y el mismo Brasil son los países que más recurren a esta figura. Considera que el prolífico uso del arbitraje como medio de resolución de controversias, aparejado al gran desarrollo de la cultura arbitral, se basa en múltiples razones. Entre ellas, rescata que en los países mencionados operan diversos fondos que ponen el acento en financiar arbitrajes comerciales internacionales, aunque reconoce que a la hora de seleccionar los casos las exigencias son cada vez mayores. Asimismo, y tal como ya se ha mencionado, admite que la pandemia ha contribuido a que la financiación de los litigios por terceros vaya en aumento, a pesar de que no ha sido este el único factor, al menos a lo que respecta a los arbitrajes vinculados a la construcción, industria en la que desarrolla su expertise.

En contraste con la evolución que experimenta el instituto del TPF en el contexto global, el mercado de la financiación de litigios ajenos en América Latina es relativamente reciente. En la actualidad, los financiadores más potentes se reparten entre Estados Unidos[45] Reino Unido[46] y, en menor medida, Suiza y Canadá.

Como corolario del crecimiento que está tomando el fenómeno en el mundo, en el mes de septiembre del año 2020 vio la luz la Asociación Internacional de Finanzas Legales (ILFA). Esta potente liga se conforma por una docena de firmas líderes en financiamiento de litigios. Si bien en lo inmediato ligas como la citada parecen no tener injerencia en América Latina, en un futuro podrían comenzar a conformarse.

Sus objetivos están dados para robustecer el mercado del TPF y su afianzamiento en las diversas jurisdicciones donde operan. Asimismo ven con buenos ojos la escasa regulación estatal que opera en la materia a nivel mundial, y que los países en donde en algún momento prohibieron el negocio de la financiación de litigios por terceros, poco a poco fueron levantadas. Consecuencia de lo anterior es que se afirma que en esta materia lo mejor es dejar que el mercado se autorregule, y que con la existencia de las normas blandas juntamente con los códigos de conducta, es suficiente. En lo que respecta a los países de la región no existe una prohibición para que opere esta dinámica negocial de la financiación por terceros; por cuanto, la misma está permitida.

Específicamente, a nivel regional latinoamericano, el mercado TPF se desarrolla a un ritmo paulatino, pero constante. Valgan como ejemplos y casos paradigmáticos Perú y Brasil; en el primero opera TPF Lex Finance enfocado en Latinoamérica, Portugal y España, y en el segundo, Leste Litigation Finance. Asimismo, el mercado del financiamiento ha dado nacimiento a otros servicios como los brókeres TPF, que facilitan el contacto de los clientes con los potenciales financiadores, por ejemplo: Westfleet Advisors, The Judge y ClaimTrading.

IX. A modo de síntesis [\[arriba\]](#)

El título de este texto refiere metafóricamente a un juego propio de la infancia: la colección de figuritas, en específico, la dificultad de acceder a aquellas catalogadas como “figuritas difíciles”. El TPF puede caracterizarse como una de estas, muchas veces se trata de aquel elemento faltante para lograr el objetivo final. Cuando alguien poseía aquella figura faltante, quien estaba en su búsqueda desplegaba una serie de estrategias para lograr acceder a la misma. De manera análoga, el TPF viene a favorecer el acceso al propósito de alcanzar el financiamiento del proceso arbitral. Es aquí donde los patrocinadores cobran un rol protagónico motorizando al arbitraje como un sistema de resolución de disputas consolidado y basado en la transparencia. Del otro costado los pretensos financiados que, con sus casos en mano, deberán tentar a los fondos para hacerse al fin de la “figurita difícil”. Con seguridad, la partida no será sencilla, conllevará tiempo y tareas a cumplimentar, tal como se presentó en el desarrollo del texto, pero no será imposible.

La práctica arbitral no ha hecho otra cosa que poner de manifiesto una realidad que es inocultable: la financiación por terceros en el arbitraje con sus luces y sus sombras ha llegado para quedarse. Su recepción, evolución y afianzamiento en los países de América Latina dependerá de una multiplicidad de factores que solo el tiempo y sus protagonistas podrán definir. Por lo pronto, el TPF es una figurita difícil, pero ya “está en juego” y hay que apostar con perspicacia para ganarlo.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] vissaniandrea@hotmail.com

[2] Mullerat Balmaña, R. (2011) El tiempo y coste del arbitraje: cómo mantener el estereotipo, La Notaria, 4, pp. 79-93. Link de acceso: https://dialnet.unirioja.es/ser_vlet/articulo?codigo=3936574

[3] ICC Commission on Arbitration and ADR (2015) Decisions on Costs in

- International Arbitration. Report for ICC Arbitration and ADR Commission, Paris. Link de acceso: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf>
- [4] Von Goeler, J. (2016) *Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*. Kluwer Law International.
- [5] Mereminskaya E (2017) *Financiamiento de litigios a través de terceros y su aterrizaje en Chile*. Boletín Informativo del Centro de Arbitraje y Mediación CAM Santiago 3. Link de acceso: http://www.camsantiago.cl/informativo-online/2017/01/docs/Articulo_Eli na.pdf
- [6] Dos Santos, C. (2017) *Third-party funding in international commercial arbitration: a wolf in sheep's clothing?* *ASA Bulletin* 35(4), págs. 918-936.
- [7] Ayerdi Rivera, J. A., Vasquez Ordoñez, N. A. y Torres Fernandez, F. (2021) *Third Party Funding: Una figura pendiente de una regulación mínima*. Arbanza, Escuela de arbitraje. Link de acceso: <https://arbanza.com/?p=27462>
- [8] Caivano, R. (2018) *Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global*. *Revista Argentina de Arbitraje* 2. Link de acceso: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=181&idediccion=1623>
- [9] Según el art. 36 del Reglamento de la CCI, las partes deben solventar en mitades iguales la suma que la Corte estime que probablemente cubrirá los honorarios y gastos del arbitraje, así como el costo administrativo de la CCI.
- [10] Navarro, S. (2014) *Cuestiones relativas al third party funding en arbitraje*. *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, VII(2).
- [11] Ríos Pizarro, C. (2017). *¿Tres son multitud? Algunas notas sobre el Third Party Funding y su aplicación en arbitrajes comerciales*. *IUS ET VERITAS*, (54), págs. 236-243. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201702.012>
- [12] Von Goeler, J. (2016), *op. cit.*, pág. 25.
- [13] Alonso Cánovas, C. (2016) *Third Party Funding: La Financiación Institucional de Litigios y Arbitrajes*. *Spain Arbitration Review*, 26, págs. 9-22.
- [14] Dato obtenido a partir de una entrevista realizada el día 9/10/2020 al Sr. Diego Sacco Hatchwell, gerente de Lex Finance para América Latina, España y Portugal.
- [15] Rogers, C. (2004) *Ethics in International Arbitration*. Oxford.
- [16] A los fines de la realización del presente texto, con el objetivo de obtener una voz autorizada, reconocida, actualizada y de primera mano, se realizó una entrevista desestructurada e informal al árbitro de origen brasilero y con reconocimiento mundial, Dr. Fernando Marcondes, a quien agradecemos su apertura, sus aportes y buena predisposición al diálogo. La entrevista se realizó en formato virtual, mediante la plataforma zoom, el día 22/11/2021.
- [17] Fernández Masiá, E. (2016) *La financiación por terceros en el arbitraje internacional*. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 8(2), págs. 204-220.
- [18] Caivano, R. (2018) *op. cit.*, §V. *Los intentos regulatorios, y las legislaciones de Hong Kong y Singapur*.
- [19] Entrevista al Dr. Fernando Marcondes, *op. cit.*
- [20] Trusz, J. (2013) *Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration*. *Georgetown Law Journal*, 101.
- [21] Brekoulakis, S. (2016) *The Impact of Third Party Funding on Allocation for Costs and Security for Costs Applications: The ICCA-Queen Mary Task Force Report*. *Kluwer Arbitration Blog* (February 18, 2016). Link de acceso: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/02/18/the-impact-of-third-party-funding-on-allocation-for-costs-and-security-for-costs-applications-the-icca-queen-mary-task-force-report/?doing_wp_cron=1591105145.2486610412597656250000
- [22] Entrevista al Dr. Fernando Marcondes, *op. cit.*
- [23] Júdece, J. M. (2018) *Some notes about third-party funding: a work in progress*.

Arbitraje, XI(1), págs. 55-71.

[24] Para conocer los principales inconvenientes que aquejan al TPF, véase International Council for Commercial Arbitration (2018) Report of the ICCA-Queen Mary Task Force On Third-Party Funding In International Arbitration. Report no. 4, abril. Londres, ICCA.

[25] Caivano, R. (2018) op. cit.

[26] Theoduloz, S. (2019) "Third Party Funding". Su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional. Revista de Derecho, 20(Dic.), págs. 159-187.

[27] Commission financement de procès par les tiers (2014) Financement Du Proces Par Les Tiers Rapport Du Club Des Juristes, pág. 36. Link de acceso:

https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/01/CDJ_Rapport_Financement-proc%C3%A8s-par-les-tiers_Juin-2014.pdf

[28] Harwood, M.K., Batifort, S.N. and Trahanas, C. (2016) Third-Party Funding: Security for costs and other key issues. En B. Legum (Ed.). The Investment Treaty Arbitration Review (págs. 97-118). Law Business Research Ltd, pág. 113.

[29] Organisation for Economic Co-operation and Development Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs (2012) Government perspectives on investor-state dispute settlement: a progress report. Freedom of Investment Roundtable, 14 December 2012. Link de acceso: [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-poli cy/ISDSprogressreport.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/ISDSprogressreport.pdf)

Caivano, R. J. (2010) Una mirada comparativa sobre la confidencialidad en el arbitraje comercial. Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 244(Sep.-Oct.), págs. 609-629.

[30] Von Goeler, J. (2016), op. cit., págs. 125-162.

[31] Kessedjian, C. (2014) Good Governance of Third Party Funding. Columbia FDI Perspectives, n° 130. Link de acceso: <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-130-Kessedjian-FINAL.pdf>

Fernández Masiá, E. (2016) La financiación por terceros en el arbitraje internacional. Third party funding in international arbitration. Cuadernos de Derecho Transnacional, 8(2), págs. 204-220. Link de acceso: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3256>

[32] Fernandez Rozas, J. C. (2013) Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión. Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones, VI(3), pp. 799-839.

[33] Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. Capítulo 3, Art. 27. LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. Ley N° 27.449. Link de acceso: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegIntern et/anexos/310000-314999/312719/norma.htm>

[34] Ver, en general, las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los conflictos de intereses en el arbitraje internacional, aprobadas por el Consejo de la IBA en mayo de 2004.

Caivano, R. J. (2018) Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global. Revista Argentina de Arbitraje, (2). Link de acceso: <https://ar.ijeditores.com/po p.php?opcion=publicacion&idpublicacion=181&id edicion=1623>

[35] La regulación de TPF vía soft law es considerada la más efectiva por los usuarios quienes, acorde al International Arbitration Survey, sugieren el uso de Guías como las de la IBA (58 %) o códigos de conducta (29 %).

White & Case (2015) International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration. Queen Mary University and School of International Arbitration, pág. 47. Link de acceso: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_international_Arbitration_Survey.pdf

[36] International Bar Association (2014) Directrices IBA sobre Conflictos de

- Intereses en Arbitraje Internacional 2014. International Bar Association.
- [37] CIAR Global (2020) Ocho novedades de las nuevas Reglas de arbitraje CCI en vigor en 2021. Link de acceso: <https://ciarglobal.com/las-ocho-novedades-de-las-nuevas-reglas-de-arbitraje-cci-en-vigor-en-2021/>
- [38] Tribunal Arbitral bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Oxus Gold c. República de Uzbekistan, laudo, 17/12/2015.
- [39] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Eurogas Inc. y Belmont Resources v. República de Eslovaquia, laudo, caso ARB/14/14, 18/08/2017.
- [40] Audiencia sobre Medidas Provisionales, 17/03/2014, “Eurogas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic”, ICSID Case No. ARB/14/14 Caivano, R. J. (2018) op. cit., pág. 23.
- [41] Corte Permanente de Arbitraje, South American Silver Limited (Bermuda) c. Estado Plurinacional de Bolivia, No.15-2013, 31/10/2016.
- [42] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri c. Ticared Ltd. Sti v. Turkmenistan, orden procesal número 2, caso ARB/12/06, 23/06/2014.
- [43] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, S&T Oil Equipment & Machinery c. Rumania, caso ARB/07/13, 16/06/2010.
- [44] Larrea Savinovich, A. y Alarcón Peralta, J. M. (2021) ¿No hay nada oculto bajo el sol? El financiamiento de terceros en arbitraje y las obligaciones de revelación bajo el ordenamiento jurídico del Ecuador. Revista Ecuatoriana de Arbitraje, (12), págs. 13-27. DOI: 10.36649/rea1201.
- [45] Se destacan: 1624 Capital, Amicus Capital Services, Bentham IMF, Burford capital, Delta Capital Partners, Financiamiento con tasa justa, Lake Whillans, Lexshares, Longford Capital, Lumius Capital, Parabellum Capital, Pravati Capital y Rembrandt.
- [46] Se destacan: Advantage Litigation Services, Augusta Ventures LLP, Balance Legal Capital, Calunius Capital, Juridica Investments, Ltd, QLP Legal, Soluciones reparación LLP, Therium Capital Management Limited, Universal Legal Protection Ltd, Vannin Capital PCC Ltd y Woodsford Litigation Funding.