
ACCESO A LA JUSTICIA, PRÁCTICAS ABUSIVAS Y EL PARAÍSO DE LOS APOSTADORES: THIRD PARTY FUNDING EN LA PRÁCTICA ARBITRAL INTERNACIONAL

JOAQUÍN GARINO PODESTÁ*
Y SEBASTIÁN PICARDO GONZÁLEZ**

Resumen: en el presente trabajo analizamos el financiamiento de terceros o *third party funding* en el arbitraje internacional. Si bien la regulación sobre el tema es escasa, el *third party funding* es una práctica bien establecida y generalmente aceptada por los tribunales arbitrales. Pero su existencia puede dar lugar a una serie de problemas que los árbitros deben resolver. Así, la presencia de un tercero financiador puede dar lugar a conflictos de interés; a la presentación de demandas abusivas y especulativas; o a que se frustre la ejecución de un laudo adverso sobre costos. Luego de describir en forma general el concepto y cómo funciona el *third party funding*, analizamos cómo los tribunales arbitrales se enfrentaron a estos problemas. En particular, analizamos los distintos deberes de revelación que han impuesto a las partes, y qué peso le han dado a la existencia de un tercero financiador a la hora de obligar a una parte a constituir una garantía por los costos del arbitraje (*security for costs*).

Palabras Clave: arbitraje internacional; financiamiento de terceros; acceso a la justicia; conflictos de interés; deber de revelación; medidas provisionales; costos; garantía por costos.

Abstract: in this paper, we analyze third party funding in international arbitration. Even though its regulation is scarce, third party funding is a well established practice and is generally accepted by arbitral tribunals. But its existence can result in a series of issues that arbitrators must solve. Thus, the presence of a funder may result in conflicts of interest; in the submission of abusive or speculative claims; or in the frustration of the execution of an adverse award on costs. After giving a general concept of third party funding and describing how it works, we analyze how arbitral tribunals faced these issues. In particular, we analyze the different duties of disclosure imposed on parties and the weight given to the existence of third party funding when granting security for costs.

Key Words: international arbitration; third-party funding; access to justice; conflicts of interest; duty of disclosure; provisional measures; costs; security for costs.

* Asociado, FERRERE Abogados. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Internacional Privado en la Universidad de la República. ORCID id: <http://orcid.org/0000-0003-1066-3089>. joaquin.garino.podesta@gmail.com

** Asociado, Guyer & Regules. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Procesal en la Universidad de la República. ORCID id: <http://orcid.org/0000-0002-8388-9452>. spicardo@vera.com.uy

I. Introducción

Los gastos en que incurren las partes en un proceso arbitral internacional son cada vez más gravosos. Con respecto a los arbitrajes internacionales administrados por el CIADI, por ejemplo, un estudio reciente muestra que los costos promedio de la parte demandante exceden los USD 5,6 millones; los de la parte demandada los USD 4,9 millones; y los costos del tribunal los USD 882 mil.¹

En este escenario, han surgido diversas opciones y figuras jurídicas para reducir esta carga económica: la *cuota litis*; los seguros *after the event* y *before the event*; y la *cesión de créditos litigiosos*. Ellas aparecen como antecedentes para el surgimiento a comienzos de siglo—principalmente en Australia, Reino Unido y Estados Unidos—del fenómeno de la financiación por terceros en el arbitraje, más conocido por su denominación en inglés: “*Third Party Funding*” (“*TPF*”).²

El TPF surge así como una herramienta alternativa para afrontar la cada vez más costosa estructura del arbitraje internacional. Desde su aparición, se ha expandido rápidamente, consolidándose como una práctica habitual. Así, se ha formado una verdadera industria de inversión en arbitrajes internacionales, que pese a estar—en el mejor de los casos—escasamente regulada, permanece en pleno crecimiento.

Si esto es beneficioso o no para el arbitraje internacional, continúa siendo controvertido. Pero es indudable que el TPF ya es una práctica difundida en el arbitraje internacional. En palabras de un tribunal arbitral:

“Las opiniones individuales pueden diferir en cuanto a si la financiación de terceros resulta conveniente o beneficiosa o no, ya sea a nivel nacional como internacional, pero, a esta altura, la práctica está [...] bien establecida tanto dentro de muchas jurisdicciones nacionales como dentro del arbitraje de inversión internacional [...]”³

En este trabajo, analizamos concisamente algunos aspectos teóricos y prácticos del TPF. Veremos su concepto y aspectos de su funcionamiento; y algunas de sus implicancias en la práctica arbitral internacional.

II. Generalidades.

En esta sección, veremos algunos aspectos básicos y generales sobre el TPF. Repasaremos el concepto de TPF, cómo está regulado, cómo funciona, y cuáles son algunas de las estipulaciones más comunes que suelen incluirse en los acuerdos de financiamiento

1 Ver COMMISSION, J., “How much does an ICSID arbitration cost? A snapshot of the last five years”, disponible en *Kluwer Arbitration Blog*: arbitrationblog.kluwerarbitration.com (accedido el 13 de febrero de 2019).

2 Ver “Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration”, *The ICCA Reports* No. 4, Abril 2018, pág. 48.

3 *Giovanni Alemanni y otros v. La República Argentina* (caso CIADI N° ARB/07/8), Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, ¶278. Esta conclusión no se limita al arbitraje de inversión; también se extiende al arbitraje comercial internacional.

celebrados entre terceros financiadores y las partes del arbitraje.

A. Concepto y escasa regulación positiva

A pesar de tener una presencia cada vez mayor en el arbitraje internacional, el concepto de financiación por parte de terceros continúa siendo objeto de debate. Los propios financistas difieren a la hora de definirlo, e incluso sobre si es posible brindar un concepto preciso de qué es y qué no es financiamiento de terceros en el arbitraje.⁴

La definición amplia adoptada en el reporte sobre TPF del grupo de trabajo del International Council for Commercial Arbitration y de la universidad de Queen Mary ("*Reporte ICCA-QMUL*") es la siguiente:

"El término 'third-party funding' refiere a un acuerdo por el cual una entidad que no es parte de una disputa brinda a una parte, una afiliada de esa parte o a una firma de abogados representando a esa parte,

a) fondos u otro soporte material para financiar los costos del procedimiento o parte de los mismos, sea en forma individual o como parte de un rango específico de casos, y

b) dicho soporte o financiamiento es otorgado a cambio de una remuneración o reembolso que es parcial o completamente dependiente del resultado de la disputa, o proporcionado a través de una subvención o a cambio de una prima de pago."⁵

La definición de TPF incluida en el Acuerdo Económico y Comercial Global ("*CETA*") señala:

"financiación de terceros [es] toda la financiación facilitada por una persona física o jurídica que no sea parte en la diferencia pero llegue a un acuerdo con una parte en la diferencia para financiar una parte o la totalidad de los costes del procedimiento, ya sea mediante una donación o mediante una subvención, o a cambio de una retribución que dependa del resultado de la diferencia."⁶

De esta forma, esta figura se presenta como un método de financiación de los costos del proceso arbitral. En su forma más básica, se materializa a través de un contrato que vincula a una de las partes de la contienda con un tercero ajeno al proceso arbitral, que financia los costos del arbitraje a cambio de un porcentaje del monto obtenido en caso de éxito. Así, este tercero—ajeno al pacto arbitral y a los derechos sustantivos debatidos en el proceso—adquiere un interés económico sobre el resultado del arbitraje.

4 Ver "Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration", The ICCA Reports No. 4, Abril 2018, pág. 48.

5 "Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration", The ICCA Reports No. 4, Abril 2018, pág. 50 (traducción libre).

6 Artículo 8.1 del CETA.

En materia de arbitraje internacional, las disposiciones en tratados, leyes o reglamentos que se refieren expresamente al TPF son escasas.

El Reporte ICCA-QMUL señala que únicamente la ley de dos Estados, Singapur y Hong Kong, define y regula el uso de TPF en el arbitraje internacional. Ambos Estados modificaron recientemente sus leyes para permitir su uso.⁷

Las referencias en reglamentos institucionales también son pocas. Como se verá,⁸ se refieren principalmente al deber de las partes de revelar la existencia de TPF o a la facultad de los árbitros de ordenar esta revelación. Adelantamos desde ya que los reglamentos de la SIAC y el HKIAC, por ejemplo, incluyen disposiciones de este tipo.⁹ También el proyecto de enmienda del reglamento del CIADI.¹⁰

Finalmente, algunos de los tratados internacionales más modernos incluyen disposiciones específicas sobre TPF. Así lo hace el CETA, cuya definición de TPF transcribimos más arriba. El reciente acuerdo de libre comercio que la Unión Europea celebró con Vietnam, por ejemplo, también incluye una definición de TPF;¹¹ consagra la obligación de revelar la identidad del tercero financiador y la “naturaleza” del acuerdo de financiamiento;¹² y el deber de los árbitros de tener en cuenta la existencia de TPF para otorgar *security for costs*.¹³

B. Algunos aspectos básicos del funcionamiento del TPF

En la gran mayoría de los casos, es la parte demandante la que acude a TPF.¹⁴ Sin embargo, la parte demandada también pueden hacerlo, especialmente cuando pretenda contrademandar. Fuera del caso de la contrademanda, la dificultad para calcular la remuneración del tercero financista explica por qué la financiación de las partes demandadas es poco común. Por otro lado, también se han dado algunos casos donde la parte demandada accede a TPF sin fines de lucro, como veremos.

Los sujetos o entidades no recurren a TPF únicamente cuando tienen dificultades financieras, si bien ésta es la hipótesis más común. Un tribunal arbitral en explicó recientemente:

“[...] los motivos por los cuales se recurre a financiamiento por terceros pueden ser muy variados, incluyendo simples decisiones comerciales, mayor distribución de riesgos, razones de

7 Ver “Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration”, The ICCA Reports No. 4, Abril 2018, págs. 56 y ss.

8 Ver apartado III.B.

9 Ver artículo 24 (l) del reglamento arbitral de la SIAC 2017; artículo 44 del reglamento arbitral del HKIAC 2018.

10 Ver artículo 21 de la propuesta de enmienda de las reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje; artículo 32 de la propuesta de enmienda de las reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje del mecanismo complementario.

11 Ver artículo 3.28 (i) del acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Vietnam.

12 Ver artículo 3.37 del acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Vietnam.

13 Ver artículo 3.37 (3) del acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Vietnam.

14 Ver “Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration”, The ICCA Reports No. 4, Abril 2018, pág. 20.

flujo de caja y otro tipo de motivos que nada tienen que ver con la insolvencia. Pero, naturalmente, dentro de ese abanico de opciones la insolvencia o dificultades financieras son indudablemente algunos de los posibles (y frecuentes) motivos para acudir a financiamiento por terceros.”¹⁵

El Reporte ICCA-QMUL llega a conclusiones similares, y agrega que gran parte de la industria financiadora de disputas en la actualidad se enfoca en la utilización de TPF por entidades que no tienen problemas de disponibilidad de recursos.¹⁶

El TPF puede ser comercial o no comercial. Es decir, con o sin fines de lucro. El TPF puede ser una inversión del tercero financiador, a cambio de la cual espera un retorno económico sobre el resultado. Pero también puede consistir en un respaldo económico gratuito, brindado por un tercero que espera que el arbitraje se resuelva en determinado sentido por estar relacionado con asuntos como, por ejemplo, la defensa y cuidado del medio ambiente, la promoción de la salud pública. Así sucedió en *Philip Morris v. Uruguay*, en el que la fundación Bloomberg y su “Campaign for Tobacco-Free Kids” ayudó a financiar la defensa del Estado uruguayo sin fines de lucro.¹⁷ Naturalmente, el TPF comercial o con fines de lucro es mucho más común que su contraparte.

El alcance material de los acuerdos de financiación, suele ser muy variado tanto en lo que refiere a la amplitud de los costos legales cubiertos por el financiador, como en los porcentajes de ganancia pactados en beneficio de éste.

La cobertura de los costos puede comprender únicamente gastos administrativos o institucionales, hasta la eventual condena en los costos del proceso. Atendiendo a los términos del acuerdo de financiación, es posible que, en caso de que la parte financiada obtenga un resultado desfavorable, no soporte ningún detrimento económico. Por lo general, se acuerda que el tercero financista no tendrá derecho a ningún retorno—ni siquiera sobre el monto desembolsado—en caso de que el reclamo no tenga éxito.¹⁸

Naturalmente, si la parte financiada logra ganar la disputa, el financiador se convierte inmediatamente en acreedor de una parte del monto de la condena. La forma de fijar el monto del retorno dependerá de los términos del acuerdo pactado previamente con el cliente, sujeto la política económica y financiera del financiador. Existen reportes de que la ganancia de los financiadores generalmente oscila entre uno y dos tercios del monto total de la condena dineraria,¹⁹ o entre el 20 y el 50% de los daños otorgados por el tri-

15 Manuel García Armas, Pedro García Armas et al v. La República Bolivariana de Venezuela (caso CPA No. 2016-08), Orden Procesal No. 9, ¶243.

16 Ver “Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration”, The ICCA Reports No. 4, Abril 2018, pág. 20.

17 Ver extracto de la página web de Foley Hoag LLP, “Government of Uruguay Taps Foley Hoag for Representation in International Arbitration Brought by Philip Morris to Overturn Country’s Tobacco Regulations”, disponible en: <https://foleyhoag.com/news-and-events/news/2010/october/uruguay-taps-foley-hoag-for-representation>, (accedido el 27 de febrero de 2019).

18 Ver “Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration”, The ICCA Reports No. 4, Abril 2018, pág. 18.

19 Ver FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “La Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional. Third Party Funding in International Arbitration”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 8, N° 2, 2016, págs. 206-207.

bunal arbitral.²⁰ Por otro lado, el Reporte ICCA-QMUL señala que los financistas suelen apuntar a obtener un retorno que cuadriplique el monto invertido.²¹

Desde la óptica del inversor, no todos los casos son meritorios de una financiación. Algunos autores y reportes señalan que únicamente entre un 5% y un 10% de los potenciales casos son financiados finalmente.²² Señala Fernández Masiá que para financiar una disputa, los financiadores realizan un “*estudio profundo de las pretensiones de la parte financiada, que prueba que la reclamación está bien fundada.*”²³ En forma similar, los autores del Reporte ICCA-QMUL argumentan que los financiadores considerarán financiar un reclamo si sus argumentos son sólidos y si el margen de ganancia es atractivo; y que toman en cuenta diversos factores como los argumentos sobre el fondo del asunto; el monto del reclamo; los obstáculos jurisdiccionales; la naturaleza y duración del procedimiento; las posibilidades de transacción, etc.²⁴

Indudablemente, los financiadores realizan un profundo análisis previo, ponderando las fortalezas y las debilidades del caso. Pero no sólo financian casos “fuertes.” La UNCTAD explica que algunos financiadores tienen un incentivo económico para invertir en casos “débiles”, pero en los que tengan cierta probabilidad de obtener una remuneración alta en un eventual fallo favorable.²⁵ En este sentido, un financiador ha sido citado diciendo: “*La percepción de que se necesita un caso fuerte es errónea—hay un precio para todo.*”²⁶

Finalmente, el TPF da lugar a distintas cuestiones entre el financiador, el cliente y los abogados del cliente. Cuestiones como la confidencialidad de la información compartida con el financiador y el control que el financiador tiene sobre el manejo estratégico del reclamo.

En este sentido, es usual que en los acuerdos de financiación se pacten obligaciones de confidencialidad respecto a la información y estrategia a desarrollar en el caso, proporcionada por el cliente y su abogado al inversionista para su respectiva evaluación.²⁷

La inquietud sobre el control estratégico del caso puede surgir en virtud del interés económico que mantiene el tercero financiador sobre el laudo arbitral. La enorme ma-

20 Ver GAUKRODGER, D., GORDON, K., “Investor-State Dispute Settlement: a scoping paper for the investment policy community”, *OECD Working Papers on International Investment 2012/03*, pág. 36.

21 Ver “Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration”, *The ICCA Reports No. 4*, Abril 2018, pág. 25.

22 Ver FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “La Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional. Third Party Funding in International Arbitration”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 8, N° 2, 2016, pág. 207. Ver también “Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration”, *The ICCA Reports No. 4*, Abril 2018, pág. 25.

23 FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “La Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional. Third Party Funding in International Arbitration”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 8, N° 2, 2016, pág. 207.

24 Ver “Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration”, *The ICCA Reports No. 4*, Abril 2018, pág. 25.

25 Ver UNCTAD “Recent developments in investor-State dispute settlement (ISDS)”, Mayo de 2013, pág. 25.

26 EBERHARDT, P., OLIVET, C., “Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom”, *Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute*, noviembre de 2012, pág. 59 (traducción libre).

27 Ver “Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration”, *The ICCA Reports No. 4*, Abril 2018, pág. 29.

yoría de los acuerdos de financiamiento se estructuran para evitar que el financiador ejerza control sobre el caso o la demandante.²⁸ Al respecto, algunos financiadores celebran acuerdos tripartitos, haciendo partícipe del mismo a los abogados de la parte que será financiada.²⁹

III. Implicancias del TPF en la práctica arbitral.

Tratándose de una práctica relativamente nueva en el arbitraje internacional y con escasa regulación, la inevitable falta de certeza respecto de su funcionamiento ha generado dudas en abogados, árbitros y académicos.

Así, han surgido diversas opiniones acerca de las implicancias del uso de esta figura en la práctica del arbitraje internacional. Existe un sector muy crítico del TPF, al punto de considerarlo como perjudicial para la justicia arbitral y a los terceros financiadores como “especuladores de la justicia.”³⁰

Sin perjuicio de las críticas que han surgido en torno al uso de esta herramienta en el arbitraje, debemos precisar que generalmente los tribunales arbitrales se han mostrado receptivos frente al empleo de este método de financiación.³¹

A. TPF, acceso a la justicia arbitral y prácticas abusivas.

Históricamente, se veía al TPF como una forma de asegurar el acceso a la justicia para los sujetos con problemas financieros.³² El argumento más común en favor del TPF es que posibilita el acceso a la justicia para aquellos que desean acudir a un arbitraje sin contar con los fondos propios suficientes para ello. En esta línea, Fernández Masiá señala que, de no existir la financiación por terceros, muchos reclamos debidamente fundados desde el punto de vista jurisdiccional y sustantivo no podrían ser promovidos en la justicia arbitral. En los hechos, esto dejaría prácticamente sin efecto la declaración de voluntad de las partes de acudir al arbitraje.³³

28 Ver “Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration”, The ICCA Reports No. 4, Abril 2018, pág. 28.

29 Ver conferencia de José Antonio Rivas, “Arbitraje internacional y financiación por parte de terceros o *third party funding*”, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 25 de julio de 2018.

30 Ver EBERHARDT, P., OLIVET, C., “Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom”, Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, noviembre de 2012, págs. 56 a 63. Ver también *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. La República Argentina* (caso CIADI No. ARB/09/01), Decisión sobre Medidas Provisionales, ¶74, donde el Estado argentino catalogó a los abogados de la parte demandante y al tercero financiador como un “círculo fraudulento” y un “comité de buitres y cuervos.”

31 Ver *EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. v. República de Eslovaquia* (caso CIADI No. ARB/14/14), Orden Procesal 3, ¶123 (aceptando que el TPF es una práctica común). Ver también *Giovanni Alemanni y otros v. La República Argentina* (caso CIADI No. ARB/07/8), Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, ¶278.

32 Ver “Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration”, The ICCA Reports No. 4, Abril 2018, pág. 20.

33 Ver FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “La Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional. Third Party Funding in International Arbitration”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 8, N° 2, 2016, pág. 208.

En el mismo sentido, Von Goeler señala que, aunque el TPF también puede cumplir otras funciones, sigue siendo utilizado mayoritariamente por sujetos con problemas financieros:

“[...] uno de los principales argumentos en favor del financiamiento de litigios es que promueve el acceso a la justicia. Si bien el financiamiento puede ser usado para compartir riesgos y mantener liquidez por entidades con finanzas estables, las partes financiadas suelen tener problemas financieros. El financiamiento de litigios puede permitir a una parte con problemas financieros conducir el procedimiento arbitral como si fuera perfectamente solvente.”³⁴

El TPF puede jugar un rol fundamental en permitir el acceso a la justicia arbitral a los sujetos o entidades que no cuentan con recursos propios suficientes. Esta faceta beneficiosa para la práctica del arbitraje internacional es innegable. Pero el TPF tiene una contracara negativa, y es que puede exponer a las partes demandadas a prácticas abusivas.

En primer lugar, el TPF puede incentivar la presentación de demandas especulativas, exageradas, o que no hubieran sido presentadas ante la falta de TPF. La UNCTAD ha expresado su preocupación en este sentido.³⁵ También lo han hecho algunos autores.³⁶

En segundo lugar, el TPF puede exponer a la parte demandada a lo que la doctrina llama un “hit-and-run” arbitral. Se conoce como arbitrajes “hit-and-run” a aquellos en los cuales la parte demandante insolvente—valiéndose de TPF—no tiene éxito en la disputa, pero ni la demandante ni el tercero financiador se hacen cargo de una condena adversa en costos.³⁷ El “hit-and-run” requiere que el tercero no haya asumido la responsabilidad por estos costos en el acuerdo de financiamiento respectivo. La demandada no puede ejecutar el laudo contra la demandante—que no tiene fondos o bienes propios—ni contra el financiador que no es parte del arbitraje. La descripción de este fenómeno por el árbitro Gavan Griffith en *RSM v. Santa Lucía* es apropiada: es el paraíso de los apostadores—cara yo gano, cruz no pierdo.³⁸

Como se verá en el siguiente apartado, el TPF también puede dar lugar a conflictos de interés, afectando la aparente imparcialidad e independencia de los árbitros por sus vínculos con el tercero financiador.

34 VON GOELER, J., *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, International Arbitration Law Library, Volume 35, Kluwer Law International, 2016, pág. 334 (traducción libre).

35 Ver UNCTAD “Recent developments in investor-State dispute settlement (ISDS)”, Mayo de 2013, pág. 25. Ver también EBERHARDT, P., OLIVET, C., “Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom”, Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, noviembre de 2012, pág. 59.

36 Ver, por ejemplo, DARWAZEH, N., LELEU, A., “Disclosure and security for costs or how to address imbalances created by third-party funding”, en *Journal of International Arbitration*, volume 33, Kluwer Law International, 2016, pág. 131.

37 Ver DARWAZEH, N., LELEU, A., “Disclosure and security for costs or how to address imbalances created by third-party funding”, en *Journal of International Arbitration*, volume 33, Kluwer Law International, 2016, págs. 131. Ver también VON GOELER, J., *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, International Arbitration Law Library, Volume 35, Kluwer Law International, 2016, págs. 358-359.

38 Ver *RSM Production Corporation v. Santa Lucía* (caso CIADI N.º ARB/12/10), opinión concurrente del árbitro Gavan Griffith, ¶13.

Ante la existencia de TPF, los tribunales deben ser cuidadosos, y tener en cuenta ambas caras de la moneda. Los mecanismos que vemos en los apartados siguientes permiten corregir, hasta cierto punto, los problemas a que da lugar el TPF.

B. Sobre el conflicto de interés respecto de los árbitros que integran el tribunal, la transparencia y el deber de revelación del TPF.

La existencia de TPF puede dar lugar a conflictos de interés por la existencia de relaciones entre uno o más árbitros y el financiador. Puede darse, por ejemplo, que un árbitro también sea asesor de una entidad que esté financiando a una de las partes del proceso. O que la firma de un árbitro tenga un vínculo fuerte con un financiador involucrado en el caso. Existe un riesgo de que estos vínculos lesionen la aparente imparcialidad e independencia del árbitro en cuestión.

Algunos autores argumentan que estos conflictos de interés podrían ser comunes, considerando que la industria del arbitraje internacional se encuentra altamente concentrada.³⁹ Apuntan al incremento del uso de TPF; al reducido número de firmas financiadoras; la relación “simbiótica” entre financiadores y un pequeño grupo de firmas de abogados; y los vínculos estrechos entre las firmas de *élite* y los principales árbitros internacionales.⁴⁰ El problema es claro cuando vemos, por ejemplo, que un reconocido financista de arbitrajes internacionales promociona abiertamente su empleo de uno de los árbitros más reconocidos a nivel mundial, como parte de su equipo de expertos.⁴¹

La revelación de la existencia de TPF es un principio fundamental para asegurar y preservar la transparencia del proceso como pilar esencial del arbitraje. Sin esta revelación, no es posible comprobar y controlar la independencia e imparcialidad de los árbitros.⁴² En este sentido, el Reporte ICCA-QMUL señala que existe un acuerdo casi universal de que la divulgación de la identidad de un financiador es necesaria para que un árbitro realice un análisis de posibles conflictos de interés.⁴³

En la práctica arbitral, distintos tribunales han requerido la revelación de la existencia de TPF, refiriéndose a la necesidad de evitar potenciales conflictos de interés.⁴⁴ El alcance de las obligaciones de revelación impuestas por los tribunales, sin embargo, ha variado. Algunos han establecido que únicamente debe revelarse la existencia de TPF y la identidad del financiador—una obligación de revelación limitada. Otros han impuesto una

39 Ver DARWAZEH, N., LELEU, A., “Disclosure and security for costs or how to address imbalances created by third-party funding”, en *Journal of International Arbitration*, volume 33, Kluwer Law International, 2016, pág. 132.

40 Ver PARK, W., ROGERS, C., “The arbitration agreement and arbitrability, third-party funding in international arbitration: The ICCA-Queen Mary Task Force”, en *Austrian Yearbook on International Arbitration*, N° 113, 2015, pág. 119.

41 Ver extracto de la página web de Woodsford Litigation Funding, “Arbitration Funding”, disponible en su página web: www.woodsfordlitigationfunding.com, (accedido el 19 de febrero de 2019).

42 Ver DARWAZEH, N., LELEU, A., “Disclosure and security for costs or how to address imbalances created by third-party funding”, en *Journal of International Arbitration*, volume 33, Kluwer Law International, 2016, pág. 132.

43 Ver “Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration”, The ICCA Reports No. 4, Abril 2018, pág. 98. El Reporte ICCA-QMUL también señala que no existe tal consenso respecto a la forma y momento en que debe ordenarse la revelación.

44 Ver *South American Silver Limited (Bermuda) v. El Estado Plurinacional de Bolivia* (caso CPA No. 2013-15), Orden Procesal 10, ¶79; *Muhammet Çap & Şehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti v. Turkmenistán* (caso CIADI No. ARB/12/6), Orden Procesal 3, ¶¶1 y 9.

obligación de revelación amplia, incluyendo información o detalles sobre el acuerdo de financiamiento mismo.

En *South America Silver v. Bolivia*, por ejemplo, el tribunal adoptó una postura restrictiva. El estado boliviano realizó una petición de revelación basándose en la preservación de la transparencia e integridad del arbitraje, la identificación de la verdadera parte interesada en el proceso y la verificación de la existencia de un compromiso asumido por el financiador respecto de la eventual condena en los costos del proceso. La demandante se allanó parcialmente, proponiendo tan sólo la revelación de la identidad del sujeto financiador, pero no de los términos del acuerdo, basándose en razones de confidencialidad. El tribunal ordenó únicamente la revelación de la identidad del financiador, por entender que no existían fundamentos suficientes para ordenar una revelación más amplia.⁴⁵

Los tribunales en *Eurogas v. Eslovaquia*⁴⁶ y *Guaracachi v. Bolivia*,⁴⁷ entre otros, también adoptaron una posición restrictiva, rehusándose a ordenar a la parte financiada a revelar detalles sobre el contenido del acuerdo.

Sin embargo, otros tribunales fueron un poco más allá, abarcando en su mandato la obligación de la parte financiada de revelar la naturaleza y los términos del acuerdo de financiación.⁴⁸ En *Sehil v. Turkmenistan*, el tribunal ordenó a la parte demandante a revelar la identidad del tercero, la naturaleza del acuerdo de financiación y su contenido. En este caso, la amplitud de la orden del tribunal fue motivada principalmente en la preservación de la integridad y la transparencia del procedimiento arbitral.⁴⁹

En *García Armas v. Venezuela*, el tribunal arbitral ordenó a las demandantes a transmitir al tribunal el texto del acuerdo de financiamiento, con fundamento en su deber de tutelar la integridad del procedimiento. Al notar que el financiador no asumió ninguna responsabilidad *vis à vis* la demandante por un eventual fallo adverso en costos, el tribunal decidió dar traslado del acuerdo a la demandada. El tribunal argumentó que, de esta forma, se protegía el interés de la demandada frente a una eventual condena en costos adversa a los demandantes.⁵⁰

Algunos instrumentos internacionales recogen el principio de publicidad de la financiación de terceros. También reconocen que las relaciones de uno o más árbitros con un tercero financiador pueden dar lugar a un conflicto de interés. Con respecto al contenido de la obligación de revelación, las distintas normas—al igual que los tribunales—varían entre la consagración de un deber de revelación limitado a la identidad del financiador y

45 Ver *South American Silver Limited (Bermuda) v. El Estado Plurinacional de Bolivia* (caso CPA No. 2013-15), Orden Procesal 10, 80-84.

46 Ver *EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. v. República de Eslovaquia* (caso CIADI No. ARB/14/14), transcripción de audiencia sobre medidas provisionales, pág. 145.

47 Ver *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC v. Tel Estado Plurinacional de Bolivia* (caso CPA No. 2011-17), Orden Procesal 13, 8.

48 Ver “Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration”, The ICCA Reports No. 4, Abril 2018, pág. 106.

49 Ver *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti v. Turkmenistán* (caso CIADI No. ARB/12/6), Orden Procesal 3, 1 y 9.

50 Ver *Manuel García Armas, Pedro García Armas et al v. La República Bolivariana de Venezuela* (caso CPA No. 2016-08), Orden Procesal No. 9, 1-3.

uno que comprenda mayores detalles sobre el acuerdo de financiamiento.

Así lo hacen las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014 (*“Directrices”*). Si bien estas reglas no tienen carácter vinculante, han sido utilizadas como guía en reiteradas oportunidades por tribunales arbitrales.⁵¹

Las Directrices establecen la obligación de las partes de informar lo antes posible al tribunal, a las demás partes y a la institución arbitral sobre la existencia de cualquier relación entre los árbitros, la parte, y el tercero financiador.⁵²

Por otro lado, las Directrices equiparan al tercero financiador con la parte financiada en el proceso.⁵³ La nota explicativa de la norma general (6)(b) es clara:

“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.”⁵⁴

Esta equiparación tiene importantes consecuencias. Las Directrices, por ejemplo, establecen que existirán dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro—y por lo tanto no deberá aceptar su cargo—cuando: (i) el árbitro sea representante legal o empleado de una parte del arbitraje;⁵⁵ (ii) el árbitro sea gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o tenga una relación de control sobre una de las partes;⁵⁶ (iii) el árbitro o su firma asesore con regularidad a una parte, o a una entidad afiliada con ésta, y el árbitro o su firma perciban por esta actividad ingresos significativos.⁵⁷

Algunos reglamentos arbitrales también han consagrado el principio de revelación de la existencia de TPF, con distintos alcances. El reglamento de la SIAC establece que el tribunal arbitral puede ordenar a las partes a declarar la existencia de sus acuerdos de financiación con terceros; la identidad del financiador; el interés del tercero en el resultado del arbitraje; y si el tercero asumió responsabilidad por una eventual condena en costos.⁵⁸ El reglamento del HKIAC establece en su artículo 44.1 una obligación de revelación limitada: requiere a las partes que revelen la existencia de TPF y la identidad

51 Ver “Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitrajes Internacionales 2014”, pág. i (*“Los árbitros utilizan las Directrices habitualmente a la hora de decidir sobre posibles nombramientos y revelaciones”*).

52 Ver “Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitrajes Internacionales 2014”, Norma General (7)(a), pág. 17 y su Nota Explicativa, págs. 18-19.

53 Ver “Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitrajes Internacionales 2014”, Norma General (6)(b), pág. 13: *“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.”*

54 “Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitrajes Internacionales 2014”, Nota Explicativa sobre la Norma General 6, pág. 17.

55 Ver “Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitrajes Internacionales 2014”, Aplicación Práctica de las Normas Generales, 1.1, pág. 23.

56 Ver “Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitrajes Internacionales 2014”, Aplicación Práctica de las Normas Generales, 1.2, pág. 23.

57 Ver “Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitrajes Internacionales 2014”, Aplicación Práctica de las Normas Generales, 1.4, pág. 24.

58 Ver artículo 24 (l) del reglamento arbitral de la SIAC 2017.

del financiador.⁵⁹ El artículo 27 de las reglas de arbitraje internacional de inversión de la CIETAC prevé una obligación de revelación amplia, que comprende la existencia y la naturaleza de la financiación, así como el nombre y la dirección del tercero financiador.⁶⁰

Los proyectos de enmienda del artículo 21 del reglamento del CIADI y del artículo 32 del reglamento de su mecanismo complementario también establecen una obligación de revelación limitada.⁶¹

Otras instituciones también se han referido al tema, a pesar de que sus reglamentos no contengan reglas al respecto. La CCI, por ejemplo, emitió una nota en la que señala que, a la hora de realizar sus revelaciones, los árbitros deberán tener en cuenta sus relaciones con las entidades que tengan un interés económico directo en la controversia o una obligación de indemnizar a una parte por el laudo.⁶² El CAM-CCB, por otro lado, emitió una resolución en la que establece el deber de los árbitros de revelar sus vínculos con terceros financiadores; y señala que estos vínculos pueden dar lugar a dudas razonables sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros.⁶³

El principio de revelación de la existencia de TPF ha sido recogido en alguno de los tratados internacionales más modernos. El artículo 8.26 del CETA, por ejemplo, consagra un deber de revelación, que se limita a la identidad del financiador.⁶⁴ El acuerdo de libre comercio de la Unión Europea con Vietnam también consagra un deber de revelación, pero con un alcance amplio, comprendiendo además de la identidad del financiador, a la naturaleza del acuerdo de financiación.⁶⁵

En síntesis, en la práctica arbitral existe una clara tendencia en favor de la publicidad de la existencia de TPF, variando el alcance de la obligación. Este quedará al arbitrio del tribunal contemplando las circunstancias del caso concreto y la normativa aplicable. En los casos de ausencia de regulación vinculante, el tribunal podrá igualmente ordenar la revelación del TPF utilizando como guía las Directrices.

C. *Security for costs* o garantía por costos legales

En este apartado analizamos, en primer lugar, el concepto, la regulación y algunos aspectos básicos del funcionamiento de las *security for costs*. Luego nos enfocamos en cómo influye la existencia de TPF para el otorgamiento de este tipo de medida provisional.

59 Ver artículo 44.1 del reglamento arbitral del HKIAC 2018.

60 Artículo 27 del International Investment Arbitration Rules (CIETAC).

61 Ver artículo 21 de la propuesta de enmienda de las reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje; artículo 32 de la propuesta de enmienda de las reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje del mecanismo complementario.

62 Ver “Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje de la CCI”, 1 de enero de 2019, 28.

63 Ver resolución N° RA 18/2016 del CAM-CCB, 20 de julio de 2016, disponible en la página web del CAM-CCB: www.ccbc.org.br

64 Art. 8.26 reglamento del CETA.

65 Ver artículo 3.37 del acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Vietnam.

1. Concepto y aspectos generales

Una garantía por costos o *security for costs*, es un tipo especial de medida provisional,⁶⁶ por la cual un tribunal—si considera que tiene el poder para hacerlo—ordena a una parte a otorgar una garantía suficiente para cubrir una eventual condena a cubrir los costos del arbitraje.⁶⁷ En palabras de Gary Born, mediante el otorgamiento de este tipo de medida cautelar o provisional, el tribunal arbitral:

“[...] requiere que una o ambas partes establezcan una garantía para cubrir el posible monto que le sería adjudicado a su contraparte en un eventual fallo, en caso de que prevalezca en el arbitraje y tenga derecho a recuperar sus costas legales.”⁶⁸

Por lo general es solicitada por la parte demandada y, en caso de que la demandante incumpla la orden del tribunal, el procedimiento puede ser suspendido y—en última instancia—descontinuado.⁶⁹

La facultad de los tribunales arbitrales para otorgar este tipo de medidas provisionales puede ser otorgada expresamente por las partes. Es conocida la importancia que tiene la voluntad de las partes en materia de arbitraje internacional, siendo fuente y límite de las potestades de los árbitros.⁷⁰ Por lo tanto, las partes pueden pactar en su acuerdo arbitral que el tribunal arbitral tendrá o no la potestad de otorgar *security for costs*, salvo que exista una restricción impuesta por normas imperativas de alguna de las leyes aplicables al arbitraje.⁷¹

En la práctica, es muy poco común que las partes se refieren a esta potestad en su acuerdo arbitral, por lo que debe analizarse las potestades otorgadas a los árbitros en otras normas. Es sabido que un conjunto de leyes y reglas pueden llegar a ser aplicables a distintos aspectos del arbitraje. Además del acuerdo particular entre las partes, entra en juego el reglamento procesal elegido por ellas, la práctica arbitral, diferentes leyes nacionales y los tratados internacionales aplicables.⁷² Ahora bien, ¿cómo se regula en estas normas el otorgamiento de una medida provisional del tipo *security for costs*?

66 Ver BLACKABY, N., PARTASIDES, C., *Redfern and Hunter on International Arbitration. Student Version*, Sexta Edición, Oxford University Press, Oxford, 2015, pág. 316.

67 Ver WAINCYMER, J., *Procedure and evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, pág. 642.

68 BORN, G., *International Commercial Arbitration*, Segunda Edición, Kluwer Law International, 2014, pág. 2495.

69 Ver VON GOELER, J., *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, International Arbitration Law Library, Volume 35, Kluwer Law International, 2016, pág. 334.

70 Ver, entre otros, GAILLARD, E., SAVAGE, J. (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, pág. 29 (“El hecho de que el arbitraje es de base contractual no es discutido: las facultades con las que cuenta un árbitro para resolver una disputa se fundan en la común intención de las partes de dicha disputa”) (traducción libre); MOSES, M., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Segunda Edición, Cambridge University Press, Nueva York, 2016, pág. 2 (“El consentimiento de las partes apuntala la facultad de los árbitros de resolver la disputa”) (traducción libre).

71 Ver GU, W., “Security for Costs in International Commercial Arbitration”, en *Journal of International Arbitration*, volumen 22, N° 3, Kluwer Law International, 2005, pág. 171.

72 Ver MOSES, M., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Segunda Edición, Cambridge University Press, Nueva York, 2016, pág. 9.

Las leyes nacionales sobre arbitraje pueden otorgar expresamente al tribunal arbitral la facultad de ordenar este tipo de medidas. Así lo hace, por ejemplo, la English Arbitration Act de 1996.⁷³

Los reglamentos arbitrales, por otro lado, también pueden establecer la potestad de los tribunales arbitrales de otorgar *security for costs*. El reglamento del HKIAC, por ejemplo, establece que el tribunal arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes que establezca una garantía por los costos del arbitraje.⁷⁴ El reglamento de la LCIA, por otro lado, señala:

“A solicitud de parte y luego de dar a las demás partes una oportunidad razonable para responder a dicha solicitud, el Tribunal Arbitral tendrá el poder de ordenar a la parte demandante o contrademandante a proveer una garantía por las costas legales y los costos del arbitraje [...].”⁷⁵

Sin embargo, la mayoría de los reglamentos arbitrales y las leyes nacionales no mencionan expresamente la potestad de los tribunales arbitrales de otorgar este tipo de medidas provisionales.⁷⁶ Pero los tribunales arbitrales internacionales y la doctrina por lo general entienden que la potestad genérica de ordenar medidas provisionales—que suele consagrarse en amplios términos en los reglamentos y leyes arbitrales—comprende la de otorgar *security for costs*.⁷⁷

Así, por ejemplo, un tribunal arbitral regido por el Convenio CIADI y su reglamento arbitral—cuyos artículos 47 y 39, respectivamente, no mencionan esta potestad—explicó:

“El hecho de que estas normas no establezcan la posibilidad de ordenar *security for costs* no excluye la jurisdicción del Tribunal para ordenar dicha medida. Al contrario, dichas normas están redactadas en forma amplia y comprenden ‘cualquier medida provisional’ que el Tribunal, luego de balancear cuidadosamente los intereses de las Partes, estime apropiada para ‘preservar el respectivo derecho de cada parte’ bajo las circunstancias dadas.”⁷⁸

73 Ver sección 38 (3) de la English Arbitration Act de 1996.

74 Ver artículo 24 del reglamento arbitral del HKIAC 2018.

75 Artículo 25(2) del reglamento arbitral de la LCIA, vigentes a partir del 1 de octubre de 2014 (traducción libre).

76 La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (con las enmiendas adoptadas en 2006), sobre la que se han basado numerosas legislaciones sobre arbitraje comercial internacional, no se refiere a este tipo de medidas. En su artículo 17, sí se establece que el tribunal arbitral podrá otorgar medidas cautelares. Y, como una de estas medidas, podrá ordenar a una parte a “[proporcionar] algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente.” Ver también el artículo 26.2.c del Reglamento de Arbitraje de la CNDUMI.

77 Ver BLACKABY, N., PARTASIDES, C., *Redfern and Hunter on International Arbitration. Student Version*, Sexta Edición, Oxford University Press, Oxford, 2015, pág. 317. Ver también, a modo de ejemplo, *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC. v. El Estado Plurinacional de Bolivia* (caso CPA N° 2011-17), Orden Procesal 14; *EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. v. República de Eslovaquia* (caso CIADI No. ARB/14/14), Orden Procesal 3, 121.

78 *RSM Production Corporation v. Santa Lucía* (caso CIADI N° ARB/12/10), Decision on Saint Lucia’s request for security for costs, ¶54 (traducción libre).

El reglamento arbitral de la CCI tampoco se refiere expresamente a la facultad de los tribunales arbitrales de otorgar *security for costs*, sin perjuicio de lo cual se reconoce que los tribunales arbitrales CCI pueden otorgar este tipo de medidas.⁷⁹

Lo mismo puede decirse con respecto al artículo 26 del reglamento de arbitraje de la UNCITRAL y al artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL. Ambos consagran la potestad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales en forma amplia, pero sin referirse específicamente a las *security for costs*. Sin embargo, tanto el reglamento como la Ley Modelo establecen que el concepto de “medida cautelar” incluye a aquellas que “*proporcione[n] algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente.*”⁸⁰ El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación de la UNCITRAL—que estuvo a cargo de la reforma del reglamento de arbitraje—señaló específicamente que esta redacción incluye a las *security for costs*.⁸¹

Esta conclusión es importante para los arbitrajes internacionales con sede en Uruguay. La ley uruguaya sobre arbitraje comercial internacional está basada en la Ley Modelo, e incorpora textualmente esta solución amplia sobre medidas provisionales.⁸²

Con respecto a los extremos que el tribunal arbitral debe controlar para otorgar *security for costs*, distintas autoridades postulan que no deberían ser los mismos que para las medidas provisionales “normales.”⁸³ Reconocidos autores argumentan que no debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos típicamente exigidos por la práctica arbitral en materia de medidas provisionales.⁸⁴ Y señalan que, en cambio:

“[E]l tribunal debe sopesar los costos en que incurrirá la parte demandada para defenderse contra un reclamo en el cual no tiene posibilidad de recuperar dichos costos aunque tenga éxito sobre el fondo del asunto, contra el riesgo de paralizar el reclamo legítimo de un demandante que no cuenta con fondos suficientes, posiblemente por la propia conducta de la parte demandada que dio lugar al arbitraje.”⁸⁵

79 Ver CRAIG, L., PARK, W., PAULSSON, J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, Tercera Edición, Oceana Publications, 2000, pág. 469.

80 Artículo 26.2.c) del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL 2010 y artículo 17.2.c) de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (con las enmiendas aprobadas en 2006).

81 Ver reporte de la Sesión N° 47 del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación, documento A/CN.9/641, Viena, 10 a 14 de setiembre de 2007, UNCITRAL, 48.

82 Ver artículo 17.3.c) de la ley N° 19.636.

83 Como señala Gary Born, si bien la práctica arbitral sobre los requisitos necesarios para otorgar medidas provisionales no es completamente uniforme, los tribunales arbitrales internacionales suelen requerir: (a) la existencia de un riesgo serio o un daño irreparable para el solicitante de la medida; (b) que la medida deba adoptarse en forma urgente; y (c) que no se prejuzgue sobre el fondo del asunto. Otros tribunales también requieren que la parte solicitante de la medida pruebe que es probable *prima facie* que el laudo sobre el fondo del asunto le sea favorable; que el tribunal posea jurisdicción *prima facie* para entender sobre el fondo del asunto; y que el balance de perjuicios (“*balance of hardships*”) se incline en su favor. Ver BORN, G., *International Commercial Arbitration*, Segunda Edición, Kluwer Law International, 2014, pág. 2468

84 Ver BLACKABY, N., PARTASIDES, C., *Redfern and Hunter on International Arbitration. Student Version*, Sexta Edición, Oxford University Press, Oxford, 2015, pág. 316. Gary Born parece postular la misma solución. Ver también BORN, G., *International Commercial Arbitration*, Segunda Edición, Kluwer Law International, 2014, pág. 2468, donde el autor parece postular la misma solución.

85 BLACKABY, N., PARTASIDES, C., *Redfern and Hunter on International Arbitration. Student Version*, Sexta Edición,

Si bien no existe un *test* uniforme en la práctica, el criterio primordial al que debe atender el tribunal arbitral es el riesgo de que la parte demandante incumpla una eventual condena en costos—sea porque no quiere o no puede—atendiendo especialmente a su solvencia o disponibilidad de fondos.⁸⁶

En esta línea, las mejores prácticas en materia de *security for costs* publicadas por el CIARB no requieren a los árbitros que controlen los requisitos típicamente exigidos para el otorgamiento de medidas provisionales. Establecen que los árbitros tengan en cuenta los siguientes factores: (i) las probabilidades que tienen la parte demandante y demandada de tener éxito sobre el fondo del asunto; (ii) la posibilidad de la parte demandante de afrontar una condena en costos, así como la disponibilidad de sus activos para una eventual ejecución; y (iii) si, analizando todas las circunstancias del caso, es justo que se ordene a una parte a constituir una garantía para cubrir los costos de su contraparte.⁸⁷

Con respecto al arbitraje comercial internacional, un tribunal arbitral resumió los criterios aplicados en la práctica como sigue: la parte que solicita la medida debe probar (a) que la situación actual es sustancialmente diferente a la existente al momento de la celebración del acuerdo arbitral; y (b) que la situación actual es de tal naturaleza que sería sumamente injusto que se le requiriera a la solicitante continuar en el arbitraje sin la seguridad de esta garantía. Si la parte solicitante prueba estos extremos, el tribunal arbitral puede ordenar *security for costs*, a menos que la parte contra la que se solicita la medida pruebe (c) que dicha medida le impediría acceder a la justicia arbitral por razones que no le son atribuibles; y (d) que ordenar dicha medida sería sumamente injusto a la luz de las circunstancias del caso y los intereses de las partes.⁸⁸ Naturalmente, para obtener *security for costs*, el TPF no debe haber existido al momento en que se celebró el acuerdo arbitral, porque no se cumpliría con (a). El riesgo de que la contraparte no cumpla con una eventual condena en costos debería analizarse al controlar la prueba de (b) y (d).

En materia de arbitraje de inversión, distintos tribunales arbitrales analizaron el cumplimiento de los requisitos típicos de las medidas cautelares para definir si ordenarían a una parte a constituir *security for costs*. Varios tribunales arbitrales han señalado que las *security for costs* sólo pueden ser otorgadas en circunstancias extremas, como cuando existe un riesgo económico elevado para la demandada, o cuando existe mala fe de parte de la demandante.⁸⁹ Y también han concluido que la escasez de activos o recursos, así como las dificultades financieras del demandante no son elementos suficientes por sí

Oxford University Press, Oxford, 2015, pág. 316 (traducción libre).

86 Ver KIRTLEY, W., WIETRZYKOWSKI, K., "Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?", en *Journal of International Arbitration*, Volumen 30, N° 1, Kluwer Law International, 2013, pág. 20.

87 Ver artículo 1 del documento "International arbitration practice guidelines. Applications for security for costs", disponible en la página web del CIARB: www.ciarb.org

88 Ver caso CCI No. 10032, Orden Procesal 9, ¶45, citado en VON GOELER, J., *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, International Arbitration Law Library, Volume 35, Kluwer Law International, 2016, pág. 336.

89 Ver, por ejemplo, *South American Silver Limited (Bermuda) v. El Estado Plurinacional de Bolivia* (caso CPA No. 2013-15), Orden Procesal 10, ¶59. Ver también *Libanaco Holdings Co. Limited v. República de Turquía* (caso CIADI No. ARB/06/8), Decision on Preliminary Issues, ¶57; *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. v. República de El Salvador* (caso CIADI No. ARB/09/17), Decision on El Salvador's application for security for costs, ¶45.

solos para otorgar *security for costs*.⁹⁰ A pesar de lo cual, la solvencia o disponibilidad de fondos de la parte contra la que se solicita la medida sí es un criterio relevante.

Así, el tribunal arbitral CIADI en *RSM v. Santa Lucía*, por ejemplo, analizó el cumplimiento de los requisitos típicamente exigidos para el otorgamiento de una medida cautelar.⁹¹ En el análisis de este tribunal, el hecho de que la parte demandante no tuviera fondos suficientes para pagar una eventual condena en costos fue tenido en cuenta para el otorgamiento de *security for costs*.⁹² La importancia de este fallo en la materia no puede subestimarse: al día de hoy, es el único tribunal arbitral que ha otorgado *security for costs* bajo el Convenio CIADI y su reglamento.

En forma similar, un tribunal arbitral en un caso reciente aplicó los requisitos establecidos por el reglamento de arbitraje de la UNCITRAL del 2010 para el otorgamiento de medidas cautelares.⁹³ Si bien este reglamento no era aplicable al arbitraje, el tribunal consideró que reflejaba la práctica internacional en la materia.⁹⁴ El tribunal señaló que la solvencia de la parte demandante era una “*cuestión central*” de su análisis.⁹⁵

2. TPF y el otorgamiento de *security for costs*

En la práctica, tribunales arbitrales se han preguntado en diversas oportunidades si el hecho de que una parte se valga de TPF debe influir en su decisión de otorgar *security for costs* en su contra.

El asunto cobra relevancia si el tribunal arbitral debe aplicar la regla de que “los costos siguen el resultado.” Esto es: la parte que tiene éxito sobre el fondo del asunto tiene derecho a que se le reembolsen sus costos legales.⁹⁶ Esta regla ha sido consagrada en algunos de los principales reglamentos arbitrales⁹⁷ y leyes sobre arbitraje internacional.⁹⁸

90 Ver *South American Silver Limited (Bermuda) v. El Estado Plurinacional de Bolivia* (caso CPA No. 2013-15), Orden Procesal 10, ¶63.

91 Ver *RSM Production Corporation v. Santa Lucía* (caso CIADI N° ARB/12/10), Decision on Saint Lucia’s request for security for costs, ¶58. El tribunal analizó el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) la existencia de jurisdicción *prima facie* del tribunal para otorgar la medida requerida; (ii) la existencia de un derecho que requiriera ser protegido; (iii) que la medida solicitada fuera necesaria para tutelar ese derecho y debiera ser otorgada en forma urgente para evitar un daño irreparable; y (iv) que el tribunal no prejuzgara sobre el fondo del asunto.

92 Ver *RSM Production Corporation v. Santa Lucía* (caso CIADI N° ARB/12/10), Decision on Saint Lucia’s request for security for costs, ¶86.

93 Ver *Manuel García Armas, Pedro García Armas et al v. La República Bolivariana de Venezuela* (caso CPA No. 2016-08), Orden Procesal No. 9, ¶191.

94 Ver *Manuel García Armas, Pedro García Armas et al v. La República Bolivariana de Venezuela* (caso CPA No. 2016-08), Orden Procesal No. 9, ¶189.

95 Ver *Manuel García Armas, Pedro García Armas et al v. La República Bolivariana de Venezuela* (caso CPA No. 2016-08), Orden Procesal No. 9, ¶208.

96 KRÖLL, S., LEW, J., MISTELIS, L., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pág. 600: “Los costos en un arbitraje internacional pueden ser considerables. La parte exitosa tiene, por lo general, el derecho a que se le reembolsen los costos del arbitraje y sus gastos en honorarios. La parte demandada tiene un interés en asegurarse de que podrá recuperar por lo menos una parte de estos costos” (traducción libre).

97 Ver artículo 42 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010: “Las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida o las partes vencidas.” Ver también artículo 28 (4) del reglamento de la LCIA, que se refiere a esta regla como un principio general en la materia (“El Tribunal Arbitral basará su decisión sobre los [costos del arbitraje] sobre el principio general de que los costos deberían reflejar el éxito o fracaso de cada parte en el fallo, en el arbitraje, o sobre cada punto [...]”) (traducción libre).

98 En Uruguay, por ejemplo, la ley N° 19.636 (basada en la Ley Modelo UNCITRAL) establece en su artículo 37.1: “[...]”

Y ha sido aplicada por tribunales arbitrales aunque no estén sometidos formalmente a una regla de este tipo.⁹⁹

El derecho de la parte gananciosa a que su contraparte cubra sus costos legales se frustra si la contraparte no cuenta con fondos propios suficientes para hacer frente a su obligación. De esta forma, la parte demandada puede solicitar al tribunal arbitral que requiera a la parte demandante que constituya *security for costs* para cubrir sus eventuales costos.

Ahora bien, el hecho de que una parte se valga de TPF, ¿es un indicio de que esta parte no podría hacer frente a una condena adversa en costos?; ¿es motivo suficiente para que el tribunal arbitral otorgue *security for costs*?

Gary Born argumenta que cuando una parte parece no tener activos para cubrir los costos del arbitraje, pero se vale de TPF para continuar con el arbitraje, existe un fuerte argumento *prima facie* a favor del otorgamiento de *security for costs*.¹⁰⁰ En la misma línea, podría argumentarse que los demandantes suelen recurrir a TPF cuando no tienen recursos o activos propios para financiar sus costos legales, y que la constitución de una garantía permitiría evitar el riesgo de que el demandante incumpla una eventual condena en costos.¹⁰¹

Sin embargo, la mera existencia de TPF no significa que la parte financiada no podría pagar una eventual condena en costos. Las partes pueden acudir a TPF por diversas razones, no solo por falta de fondos (e.g. mantener liquidez; compartir riesgos).¹⁰² También podría argumentarse que la aplicación de un estándar bajo para otorgar este tipo de medidas cautelares podría limitar el acceso a la justicia arbitral.¹⁰³ Por lo tanto, que la parte demandante recurra a financiamiento de un tercero no implica de por sí que deba hacerse lugar automáticamente a una solicitud de *security for costs*.

En este sentido, a los efectos de otorgar *security for costs*, los tribunales arbitrales por lo general requieren que la existencia de TPF sea complementada con otra prueba de que la parte contra la que se solicitó la medida no podría o no querría cumplir con una eventual condena en costos.

Así, el tribunal arbitral en *South American Silver v. Bolivia* señaló que la existencia de TPF—si bien es un elemento a tener en cuenta—no es suficiente por sí sola para ordenar la constitución de *security for costs* y no prueba que la demandante no podría pagar una

las costas del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso." Ver también el artículo 61 (2) de la English Arbitration Act de 1996.

99 Ver *Phillip Morris Brands SÁRL, Phillip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay* (caso CIADI N.º ARB/10/7), Laudo, 585-588.

100 Ver BORN, G., *International Commercial Arbitration*, Segunda Edición, Kluwer Law International, 2014, pág. 2496.

101 Ver HARWOOD, M., BATIFORT, S., TRAHANAS, C., "Third-party funding: security for costs and other key issues", en LEGUM, B. (ed.), *Investment treaty arbitration review*, Segunda Edición, The Law Reviews, 2017, pág. 105.

102 Ver "Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration", The ICCA Reports No. 4, Abril 2018, pág. 20.

103 Ver HARWOOD, M., BATIFORT, S., TRAHANAS, C., "Third-party funding: security for costs and other key issues", en LEGUM, B. (ed.), *Investment treaty arbitration review*, Segunda Edición, The Law Reviews, 2017, pág. 108.

condena en costos. La solución contraria, sostuvo el tribunal, incrementaría el riesgo de bloquear reclamos fundados y el acceso a la justicia arbitral.¹⁰⁴

En *García Armas v. Venezuela*, el tribunal arbitral notó que el tercero financiador no asumió responsabilidad alguna por una eventual condena en costos contra la parte financiada. Estos términos del acuerdo de financiación, junto con la falta de prueba sobre la solvencia de la demandante, llevaron a que el tribunal ordenara la constitución de *security for costs*.¹⁰⁵

En *RSM v. Santa Lucía*, el tribunal arbitral analizó la solvencia de la parte demandante para hacer frente a una eventual condena en costos, teniendo en cuenta la existencia de TPF. Sin embargo, el factor determinante para que el tribunal ordenara la constitución de *security for costs*, fue que el inversor tenía antecedentes de incumplir condenas en costos en otros arbitrajes.¹⁰⁶

En materia de arbitraje comercial, como se vio, la existencia de un cambio sustancial en las circunstancias desde la celebración del acuerdo arbitral es un requisito típicamente exigido para el otorgamiento de *security for costs*. Un tribunal arbitral CCI se preguntó en un caso de 2012 si la existencia de TPF cumplía con este requisito. El tribunal concluyó que sí, basándose esencialmente en que el acuerdo de financiamiento excluía el pago de costos a la parte demandada, y otorgaba al financiador un derecho de recisión unilateral.¹⁰⁷

En definitiva, los antecedentes muestran claramente que la mera existencia de TPF no es la circunstancia excepcional requerida para otorgar *security for costs*. Sin embargo, sí es un factor a tener en cuenta. La existencia de TPF junto a otras circunstancias que evidencien la imposibilidad del demandante para hacer frente a una condena en costos, podría llevar al tribunal arbitral a ordenar la constitución *security for costs*. Entre estas circunstancias, el texto mismo del acuerdo de financiación es fundamental.

Esta práctica ha sido recogida en el reciente acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Vietnam, al establecer que el tribunal arbitral deberá tener en cuenta la existencia de TPF a la hora de otorgar *security for costs*.¹⁰⁸

104 Ver *South American Silver Limited (Bermuda) v. El Estado Plurinacional de Bolivia* (caso CPA No. 2013-15), Orden Procesal 10, ¶¶76-77. Ver también *EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. v. República de Eslovaquia* (caso CIADI No. ARB/14/14), Orden Procesal 3, ¶123.

105 Ver *Manuel García Armas, Pedro García Armas et al v. La República Bolivariana de Venezuela* (caso CPA No. 2016-08), Orden Procesal No. 9, ¶¶224-227.

106 Ver *RSM Production Corporation v. Santa Lucía* (caso CIADI N° ARB/12/10), Decision on Saint Lucia's request for security for costs, ¶¶77-83. Ver también opinión concurrente del árbitro Gavan Griffith, ¶18. El árbitro señaló que, en su opinión, una vez probada la existencia de TPF, recae sobre la parte financiada la carga de probar por qué *no* debería constituir *security for costs*.

107 Ver *X v. Y y Z*, caso CCI, Orden Procesal del 3 de agosto de 2012, citado en VON GOELER, J., *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, International Arbitration Law Library, Volume 35, Kluwer Law International, 2016, págs. 346-349. El autor critica la conclusión del tribunal, señalando que la demandante era insolvente desde el principio—por lo que no existiría el cambio de circunstancias requerido—y que la lectura del tribunal del acuerdo de financiamiento fue errónea, porque no otorgaba un derecho de recisión unilateral.

108 Ver artículo 3.37 (3) del acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Vietnam.

IV. Conclusiones.

El financiamiento de terceros o *third party funding* ya es una práctica difundida en el arbitraje comercial internacional y en el arbitraje de inversión. Pero el debate sobre si su difusión es deseable continúa abierto entre las autoridades.

Es indudable que, en ciertas oportunidades, el TPF permite a una parte con dificultades financieras participar de un proceso arbitral como si fuera perfectamente solvente. En estos casos, el TPF es un instrumento que garantiza el acceso a la justicia arbitral.

Pero en otros casos, el TPF expone a la contraparte de la parte financiada a prácticas abusivas. La contraparte puede quedar expuesta a un “hit-and-run” arbitral—una situación en la que nadie se hará cargo de un eventual fallo sobre los costos contra la parte financiada. También se ha sostenido que el TPF puede incentivar la presentación de demandas frívolas o exageradas, que no hubieran sido presentadas si la demandante no estuviera financiada por un tercero. Esta es la faceta negativa del TPF.

Consideramos que no es posible decidir en forma abstracta si el TPF es beneficioso o perjudicial para la práctica del arbitraje internacional. Los árbitros deberán analizar las circunstancias del caso concreto y tener en cuenta las dos caras de la moneda. Sin dudas, el acceso a la justicia arbitral es un valor tutelable. Esto no quiere decir, sin embargo, que los árbitros deban verificar en cada caso que la parte financiada tenía dificultades financieras, porque el TPF puede cumplir otras funciones. Lo fundamental es que los árbitros mantengan el equilibrio entre ambas partes: los árbitros no pueden permitir a la parte financiada acceder a lo que Gavan Griffith definió como el paraíso de los apostadores—cara gano, cruz no pierdo.

Así, frente a la existencia de TPF, deben tomarse las medidas necesarias para mitigar sus facetas negativas. En particular, los árbitros y las partes deben tener en cuenta la existencia de TPF cuando realicen sus revelaciones. Los árbitros también deberán tener en cuenta la existencia de TPF como un factor relevante para ordenar la constitución de *security for costs*. Atendiendo a las circunstancias del caso en concreto, los árbitros también deberán considerar la posibilidad de obligar a una o ambas partes a revelar (i) si recurrieron a TPF, (ii) la identidad del financiador, y (iii) detalles sobre el acuerdo de financiamiento.

Consideramos que no es necesario que las normas aplicables contemplen específicamente la existencia de TPF y las medidas que los árbitros pueden tomar frente a esta situación. En caso de que no existan normas específicas al respecto, los árbitros pueden basarse en sus facultades amplias para ordenar el proceso. También en su deber de velar por la integridad y la transparencia del procedimiento arbitral, y por la ejecutabilidad del laudo.

Bibliografía

BLACKABY, N., PARTASIDES, C., *Redfern and Hunter on International Arbitration. Student Version*, Sexta Edición, Oxford University Press, Oxford, 2015.

BORN, G., *International Commercial Arbitration*, Segunda Edición, Kluwer Law International, 2014.

COMMISSION, J., "How much does an ICSID arbitration cost? A snapshot of the last five years", disponible en *Kluwer Arbitration Blog*: arbitrationblog.kluwerarbitration.com.

CRAIG, L., PARK, W., PAULSSON, J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, Tercera Edición, Oceana Publications, 2000.

DARWAZEH, N., LELEU, A., "Disclosure and security for costs or how to address imbalances created by third-party funding", en *Journal of International Arbitration*, volumen 33, Kluwer Law International, 2016.

EBERHARDT, P., OLIVET, C., "Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom", Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, 2012.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E., "La Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional. Third Party Funding in International Arbitration", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 8, N° 2, 2016.

GAILLARD, E., SAVAGE, J. (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya, 1999.

GAUKRODGER, D., GORDON, K., "Investor-State Dispute Settlement: a scoping paper for the investment policy community", *OECD Working Papers on International Investment* 2012/03.

GU, W., "Security for Costs in International Commercial Arbitration", en *Journal of International Arbitration*, volumen 22, N° 3, Kluwer Law International, 2005.

HARWOOD, M., BATIFORT, S., TRAHANAS, C., "Third-party funding: security for costs and other key issues", en LEGUM, B. (ed.), *Investment treaty arbitration review*, Segunda Edición, The Law Reviews, 2017.

KIRTLEY, W., WIETRZYKOWSKI, K., "Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs When an Impecunious Claimant Is Relying upon Third-Party Funding?", en *Journal of International Arbitration*, Volumen 30, N° 1, Kluwer Law International, 2013.

KRÖLL, S., LEW, J., MISTELIS, L., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.

MOSES, M., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Segunda Edición, Cambridge University Press, Nueva York, 2016.

PARK, W., ROGERS, C., “The arbitration agreement and arbitrability, third-party funding in international arbitration: The ICCA-Queen Mary Task Force”, en *Austrian Yearbook on International Arbitration*, N° 113, 2015.

VON GOELER, J., *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, International Arbitration Law Library, Volume 35, Kluwer Law International, 2016.

WAINCYMER, J., *Procedure and evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012.

“Report of the ICCA-Queen Mary task force on third-party funding in international arbitration”, The ICCA Reports No. 4, Abril 2018.