

Estándares mínimos y buenas prácticas en los acuerdos de financiamiento por terceros en el arbitraje internacional

Andrés Gerónimo Hernández Estévez*

Principia No. 8–2023 pp. 11–31

Resumen: Dado el crecimiento a nivel mundial de la financiación de terceros en arbitraje internacional, se ha comenzado a desarrollar legislación que regule esta materia, principalmente en los países y territorios anglosajones (Reino Unido, Australia, Estados Unidos y Hong Kong). De igual forma, los centros de arbitraje de estos países se han encargado de generar normativas que permitan fijar regulaciones en este tipo de relaciones. El objetivo del trabajo consiste en abordar el funcionamiento del financiamiento por terceros o Third Party Funding (TPF), su regulación, sus desafíos y las tendencias globales hacia la creación de estándares mínimos que regulan la estructura, el contenido y el alcance de los acuerdos de financiamiento. Estos aspectos son fundamentales para sentar las bases de una relación favorable, dejando claras las responsabilidades, limitantes, beneficios y alcance de las partes, evitando posibles conflictos en un futuro entre el financiador y el financiado. Estos estándares deben estar dirigidos a tres factores prioritarios: establecer claramente el objeto del acuerdo; establecer cláusulas de confidencialidad; establecer cláusulas de terminación y resolución de controversias.

Abstract: Given the worldwide growth of third-party funding in international arbitration, legislation has begun to regulate this matter, mainly in Anglo countries and territories (United Kingdom, Australia, United States and Hong Kong). In the same way, the arbitration centers of these countries have overseen generating regulations that allow the setting of regulations in this type of relationship. The objective of the work is to address the operation of financing by third parties or Third-Party Funding (TPF), its regulation, its challenges and global trends towards the creation of minimum standards that regulate the structure, content and scope of this financing agreements. These aspects are essential to lay the foundations of a favorable relationship, making clear the responsibilities, limitations, benefits, and scope of the parties, avoiding possible conflicts in the future between the funder and the funded party. These standards should be

* Socio del Escritorio Estévez, Misle & Asociados (desde el 2016). Licenciado en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (2001), con Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración en Universidad Central de Venezuela (2022), y Master en Derecho de Negocios Internacionales en la Universidad Complutense de Madrid (2007). Abogado Senior con amplia experiencia en Derecho Corporativo y Comercial, Propiedad Intelectual, Gerencia Litigios y complejos contratos comerciales, con trayectoria en empresas de consumo masivo, habiendo ejercido los cargos de Legal Manager Venezuela & Middle Americas Antitrust Expertise Group Leader en Unilever Andina Venezuela, S.A. y de Gerente de Asuntos Legales en Nestlé Venezuela, S.A.

directed at three priority factors: clearly establish the object of the agreement; establish confidentiality clauses; establish termination clauses and dispute resolution.

Palabras Claves: Arbitraje internacional | Financiamiento de terceros | Estándares mínimos

Keywords: International arbitration | Third-party funding | Minimum standards

Sumario: I. Introducción, II. Aproximación al financiamiento por terceros o Third-Party Funding (TPF) en el arbitraje comercial internacional, A. Concepto y funcionamiento del financiamiento por terceros o TPF, B. Características legales de este concepto, los pros y los contras de su uso en la práctica, III. Escasa regulación sobre el financiamiento por terceros o TPF, sus desafíos y las áreas de preocupación que pueden ser identificadas, IV. Tendencias globales hacia la creación de estándares mínimos que regulan la estructura, contenido y alcance de los acuerdos de financiamiento, A. Objeto del Acuerdo, B. Obligaciones de las partes, C. Garantía y control sobre el proceso, D. Confidencialidad del acuerdo, E. Conflicto de intereses, F. Cláusulas de terminación y resolución de controversias, V. Conclusiones

I. Introducción

Las particularidades del desembolso de costos iniciales, ausentes en otros mecanismos de solución de controversias¹, además de la carencia de recursos de algunas personas para responder ante los honorarios profesionales, el costo del arbitraje² e incluso la pérdida de la demanda, representan un gran riesgo económico que en ciertos casos el demandante no está dispuesto a asumir. En estos casos existe la posibilidad de suscri-

bir un acuerdo de financiamiento con un grupo de inversionistas³ que ofrecen pagar los honorarios y costos del litigio a cambio de un porcentaje de las resultas. Esto es denominado financiamiento por terceros o Third Party Funding (TPF) de los arbitrajes, una figura jurídica que viene desarrollándose considerablemente a nivel mundial.

Recientemente se ha observado la aparición y rápido desarrollo del financiamiento por terceros o Third Party Fun-

¹ Según el diccionario de términos de comercio del Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE) de la Organización de los Estados Americanos, la resolución alternativa de controversias se define como el “procedimiento de solución de controversias, por medios alternativos a un litigio, tales como arbitraje, mediación, o juicio abreviado.”

² El Dr Hernando Díaz-Candia en su trabajo Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica publicado en la Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. VIII, n° 2, 2015, pp. 413–442, define arbitraje ordinario como “una institución jurídica con antecedentes en métodos políticos de resolución de conflictos entre comerciantes, mediante la cual un tercero ajeno a la estructura del Estado se constituye excepcionalmente en autoridad, por el consentimiento de las partes y en concurrencia con la jurisdicción estatal, para resolver de manera jurídicamente vinculante un conflicto con la aplicación de normas o principios preexistentes. El arbitraje no es excepcional ni está supeditado jerárquicamente al Poder Judicial. Debe conservar ciertas propiedades que lo caracterizaron en su origen y que lo deben diferenciar del funcionamiento de procesos judiciales; en particular, la flexibilidad en la interpretación y extensión, subjetiva y material, de los acuerdos de arbitraje, en la valoración de las pruebas, y –en general– en el método de razonamiento jurídico.”

³ A nivel regional en Latinoamérica, opera en Perú el Lex Finance, que se define como el primer fondo de inversión en arbitrajes enfocado en Latinoamérica e Iberoamérica. Han surgido, asimismo, servicios complementarios de compañías bróker que facilitan a los clientes el acceso a los diversos TPF, por ejemplo, Claim Trading.

ding (TPF) en el arbitraje internacional. Hasta la fecha, el financiamiento por terceros en el arbitraje internacional ha funcionado adecuadamente sin una regulación prolífera, a pesar de que poco a poco, algunos Estados⁴ e instituciones arbitrales⁵ están introduciendo modificaciones legislativas y enmendando sus reglamentos con la finalidad de regular esta figura.

Hoy en día la regulación sobre esta materia sigue siendo escasa, pero dado el aumento del número de casos financiados, el número de nuevos financiadores⁶ que ingresan al mercado y la globalización de la industria, puede haber motivos para la introducción de una regulación externa. Sin embargo, la preocupación deriva del posible establecimiento de estándares distintos en diferentes jurisdicciones, que a su vez poseen diferentes reglas arbitrales; por lo cual sería deseable apuntar hacia la creación de estándares mínimos comunes.

Esta falta de regulación engloba varios inconvenientes: i) los conflictos de interés y la revelación de la existencia de financiación a las partes y al tribunal arbitral; ii) la posible ruptura de la confidencialidad en el arbitraje; y iii) la estruc-

tura, contenido y alcance del acuerdo de financiamiento. Este último amerita un particular análisis, pues dependiendo de la estructura, el contenido y el alcance que las partes definan en el acuerdo de financiamiento, muchos de los inconvenientes que pudiesen suscitarse por la falta de regulación podrían ser solventados en dicho acuerdo.

A pesar de que cada acuerdo de financiamiento es único y se adapta a los requerimientos del cliente, el financiador y el abogado involucrado; la creación de normas de referencia basadas en el conocimiento acerca de los acuerdos de financiamiento y las leyes nacionales en relación al financiamiento por terceros reduce la incertidumbre que surge ante la falta de regulación. La esperanza es que, al proporcionar una línea de base para el financiamiento por terceros, los reguladores puedan empujar a los actores hacia comportamientos óptimos para garantizar la integridad del sistema de resolución alternativa de controversias.

Por ello la recomendación de regular la estructura, contenido y alcance del acuerdo de financiamiento, mediante normas básicas que garanticen su ejecución a través de leyes, asociaciones priva-

⁴ En Junio de 2017, el órgano legislativo de Hong Kong aprobó la enmienda a la Ley de Arbitraje y Mediación, según la cual expresamente permite los acuerdos de financiamiento por terceros (Third Party Funding) (Amendment) Bill 2016.

⁵ En Junio de 2018, la Association of Litigation Funders of England & Wales elaboró el Code of Conduct for Litigation Funders, que establece los estándares de práctica y comportamiento que deben ser observados por los inversionistas.

⁶ Actualmente se cuenta un número aproximado de 80 instituciones dedicadas a esa actividad: Bentham IMF, Burford Capital Limited, Harbour Litigation Funding, Vannin Capital, Woodsford Litigation Funding, Calunius Capital, para nombrar solo algunas. Ver listado más completo en <http://third-party-funding.org/list-of-funders/>

das de TPF o asociaciones profesionales. Al crear algunos estándares básicos, se puede obtener información valiosa sobre acuerdos de financiamiento exitosos y alentar el crecimiento constructivo de la industria.

Procederemos a analizar la importancia, forma y viabilidad operativa de regular la estructura, contenido y alcance del acuerdo de financiamiento por terceros en el arbitraje internacional, mediante principios y normas básicas sobre estándares mínimos que garanticen su ejecución y confiabilidad, desde la perspectiva de las recientes innovaciones y cambios introducidos por la comunidad del arbitraje comercial internacional. Adicionalmente analizaremos los problemas y posibles soluciones respecto a la falta de regulación del financiamiento por terceros en el arbitraje comercial internacional como principal inconveniente que impacta en la ejecución de los acuerdos de financiamiento, con el objetivo de propiciar reglas básicas sobre su estructura, contenido y alcance, enfocado en: la independencia y obligaciones de las partes; garantía y control sobre el proceso; confidencialidad y conflicto de intereses; y determinar la institución a través de la cual se realizaría la regulación así como las ventajas y desventajas de cada institución reguladora.

El análisis de los aspectos señalados permitirá determinar si la regulación de la estructura, contenido y alcance del acuerdo de financiamiento impulsará la utilización del arbitraje internacional como instrumento de resolución alternativa de controversias.

II. Aproximación al financiamiento por terceros o *third-party funding* (TPF) en el arbitraje comercial internacional

A. *Concepto y funcionamiento del financiamiento por terceros o TPF*

El profesor Enrique Fernández Masía define la figura del financiamiento por terceros como:

... aquel método de financiación que se articula a través de un contrato en virtud del cual un tercero, que suele ser una empresa especializada en estas cuestiones, facilita a una parte que pretende iniciar un litigio los fondos necesarios para afrontar los costes legales de ese litigio a cambio de una retribución⁷.

Por su parte, Victoria Shannon Sahani, profesora de la Escuela de Derecho de la Universidad de Washington, aporta el siguiente concepto:

Third-party funding is a controversial business arrangement whereby an outside entity—called a third-party funder—finances the legal representation of a party involved in litigation or arbitration or finan-

⁷ Enrique Fernández Masía, en “La Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional”. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2016), Vol. 8, Nº 2, pp. 204-220 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3256>.

ces a law firm's portfolio of cases in return for a profit⁸.

También podemos tomar como referencia definiciones desde el punto de vista regulatorio, como la que aparece en el Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) entre Canadá y la Unión Europea, según el cual:

Third party funding means any funding provided by a natural or legal person who is not a party to the dispute but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings either through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the dispute⁹.

Otras aproximaciones regulatorias al concepto de TPF, como el intento realizado mediante las negociaciones del Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), que según lo establecido en su artículo 1.2, Sección 3, del Capítulo II Inversión, señala:

Third Party funding means any funding provided by a natural or legal person who is not a party to the dispute, but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings, in return for a remuneration dependent on the outcome of the dispute or in the form of a donation or grant¹⁰.

Una de las más innovadoras definiciones regulatorias de TPF la podemos encontrar en la Ley de Arbitraje y Mediación (Ley de Financiamiento de Terceros) (Enmienda) 2016 (la Ley de 2016), aprobada el 14 de junio de 2017, por el Consejo Legislativo de Hong Kong que, entre otras cosas, pone fuera de duda que la financiación de arbitraje y mediación de terceros es permisible bajo la ley de Hong Kong. Esta Ley define el TPF en su Parte 10A, División 2 98C, en los siguientes términos:

(1) Third party funding of arbitration is the provision of arbitration funding for an arbitration— (a) under a funding agreement; (b) to a funded party; (c) by a third

⁸ Victoria Shannon Sahani, en "Reshaping Third Party Funding". Tulane Law Review (Febrero 2017), Volumen 91, N° 3, pp. 405-472. [El financiamiento por terceros es un arreglo de negocios controversial donde una entidad externa —denominado tercero, financiador— financia la representación legal de una de las partes involucradas en el litigio o arbitraje, o financia el portafolio de casos de un bufete de abogados a cambio de una ganancia].

⁹ Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) entre Canadá y la Unión Europea, Artículo 8.1., Sección A, Capítulo 8 (Inversión). [El financiamiento por terceros es cualquier financiamiento provisto por una persona natural o legal que no pertenezca a ninguna de las partes en disputa, pero realiza un acuerdo con una de estas partes, a fin de financiar una parte o todo el costo de los procedimientos, mediante una donación, subvención o a cambio de una remuneración dependiente del resultado de la disputa].

¹⁰ Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), actualmente negociado mediante acuerdo entre los Estados Unidos y la Unión Europea. La información acerca del proceso y contenido del TTIP esta disponible en: <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/about-ttip/> [El financiamiento por terceros se refiere los fondos dados por una persona natural o legal que no sea parte de la disputa, pero posee un acuerdo con una de las partes en disputa a fin de financiar una parte o todo el costo de los procedimientos a cambio de una remuneración dependiente del resultado de la disputa, o en forma de donación o subvención].

party funder; and (d) in return for the third party funder receiving a financial benefit only if the arbitration is successful within the meaning of the funding agreement. (2) However, third party funding of arbitration does not include the provision of arbitration funding directly or indirectly by a person practicing law, or providing legal services, whether in Hong Kong or elsewhere¹¹.

Las definiciones propuestas indican que el concepto de TPF es amplio y puede abarcar diferentes relaciones entre una parte que tiene un reclamo legal y un financiador que busca oportunidades para invertir capital. Es una situación en la que aceptar ayuda financiera externa puede ser la única opción para que el reclamante presente un reclamo mediante el arbitraje, mientras que para el financiador es una forma de ganar capital. Además, el TPF sirve como una herramienta de gestión de riesgos al compartir el riesgo asociado con el arbitraje entre una parte y un financiador.

Un aspecto característico del TPF es que la empresa financiadora no tiene interés en los aspectos sustantivos del arbitraje, sino que invierte con la expectativa de lograr alguna ganancia al terminar el arbitraje. Esta ganancia suele ser variable y consistente en un múltiplo de los fondos desembolsados o bien, generalmente, un

porcentaje del resultado que se obtenga en el arbitraje. Por el contrario, si el arbitraje se pierde, el financiador pierde también su inversión. Dos aclaraciones pueden ser precisas en relación con las anteriores definiciones, en función de la tipología y la práctica sobre la realización de este tipo de acuerdos de financiación.

En primer lugar, aunque generalmente la posición procesal de la parte financiada es la de demandante en el procedimiento arbitral, nada impide que también pueda ocurrir que sea la parte demandada la que pueda ser financiada por un tercero, si ésta tiene la intención de reconvenir y el tercero financiador evalúa positivamente la opción de que dicha reconvencción pueda estimarse finalmente por parte del tribunal arbitral en su laudo.

En segundo lugar, la amplitud de los costes procesales cubiertos por el acuerdo de financiación es variable. El desembolso por parte de la empresa financiadora puede ir desde simplemente los gastos en que puede incurrir la parte financiada en el proceso pasando por los honorarios de los árbitros y las tasas de la institución arbitral, hasta la posible futura condena en costos, si aquella ve totalmente rechazada sus pretensiones en

¹¹ [El financiamiento por terceros en el arbitraje es la prestación de financiación del arbitraje a un arbitraje—(a) bajo un acuerdo de financiamiento; (b) a una parte financiada; (c) por un tercero, financiador; y (d) a cambio de que el tercero, financiador, reciba un beneficio financiero únicamente si el arbitraje es exitoso, dentro del significado de esto en el acuerdo de financiamiento. (2) Aun así, el financiamiento de terceros en el arbitraje no incluye la prestación de financiamiento del arbitraje directa o indirectamente, por parte de una persona que practica el derecho o que provee servicios legales, en Hong Kong u otro lugar].

el laudo y el tribunal así lo estima conveniente.

El International Council for Commercial Arbitration (ICCA) y la Queen Mary University of London (QMUL) armó un grupo de trabajo en el 2018, en el cual se determinó que los security costs deben establecerse en caso de que sea aplicable, sin importar si existe o no un acuerdo de financiamiento (Ashurst, 2020). En este caso, es importante que la parte en el arbitraje que está siendo financiada por un tercero, informe a los árbitros la posición en que se encuentra, para que éstos evalúen la condiciones y situación del financiador. Igualmente, la otra parte participante en el arbitraje, puede solicitar a los árbitros la implementación de unos security costs si: (1) exista duda de que la parte financiada por un tercero pueda cancelar los costos asociados al arbitraje en caso de que sea la que pierda el caso; (2) exista desconfianza en que el financiador, al no formar parte directamente del arbitraje, se retire si el proceso no le es favorable; (3) dudas sobre el récord financiero de la entidad que está financiando el arbitraje¹².

Los términos de cualquier acuerdo de financiación pueden ser relevantes si los árbitros requieren establecer que el demandante (o demandado) puede cumplir

con cualquier adjudicación de costos adversos (incluidos, en particular, los derechos de terminación de contrato por parte del financiador). De esta forma, pueden determinar qué tan necesario sea implementar security costs a la parte que está siendo financiada.

En el caso entre The Australian Derivatives Exchange Ltd v Doubell, el acuerdo de financiación proporcionó al liquidador una indemnización total contra cualquier orden de costos adversos. El Tribunal determinó que los security costs no se ordenarán en ese momento del procedimiento, basándose en lo establecido en los términos y condiciones del acuerdo de financiamiento, siempre y cuando el liquidador proporcione la información apropiada para: (1) informar a las partes si el acuerdo de financiación fue rescindido (para que puedan renovar su solicitud de security costs); y (2) recuperar el financiador en caso de que éste no haya pagado voluntariamente ninguna orden de costos adversos¹³.

De igual forma, en otro caso reciente del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, entre RSM v St. Lucia, la parte demandante estaba siendo financiada por un tercero para proceder contra St. Lucia. La mayoría de

¹² Parker, C., Wong, E., Satryani, G., & Kantor, E. (01 de Febrero de 2017). A global perspective on availability of security for costs and claim in international arbitration mirage or oasis? Obtenido de <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/a-global-perspective-on-availability-of-security-for-costs-and-claim-in>

¹³ Third party funding sub-committee for Arbitration de Hong Kong, obtenido de: https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf. Página 58.

los árbitros determinaron, con base en el historial de incumplimiento de órdenes de pago del financiador, que existía la posibilidad de que la parte demandante pudiera incumplir con posibles órdenes de pago que le fueran impuestas¹⁴.

Dicho esto, se plantea que el proceso de TPF inicia con un acuerdo de financiamiento¹⁵, que es el documento fundamental que lo sustenta. Si se toma la Ley de Hong Kong de Arbitraje y Mediación de 2016 como referencia, en su artículo 98H se puede encontrar la siguiente definición del acuerdo de financiamiento:

Meaning of funding agreement: A funding agreement is an agreement for third party funding of arbitration that is— (a) in writing; (b) made between a funded party and a third party funder; and (c) made on or after the commencement date of Division 3¹⁶.

Por lo general, la perfección de un acuerdo de financiamiento supone un previo estudio profundo de las pretensiones de la parte financiada, que prueba que la reclamación está bien fundamentada; también se estudia la probabilidad de cumplimiento o ejecución forzosa de un eventual laudo arbitral favorable. Las entidades financiadoras suelen ser empresas con una estructura compleja y que

tratan de financiar únicamente los casos tras un análisis minucioso de los méritos de las reclamaciones. Estos estudios se realizan a través de una auditoría legal, incorporando, en muchas ocasiones, dictámenes jurídicos de expertos independientes respecto a las pretensiones que se pueden hacer valer en un hipotético procedimiento arbitral futuro. Por lo tanto, se estudia de manera completa la situación, haciendo énfasis en determinar el origen del conflicto, la situación de las partes, los árbitros, la solidez del fundamento legal de la acción e incluso, dependiendo de cuál sea el país, las facilidades procesales existentes para el caso de que no se cumpla voluntariamente el laudo y sea precisa su ejecución forzosa. De esta manera, las entidades financiadoras se encuentran en una posición favorable para poder gestionar su negocio, que consiste en decidir la financiación o no de un caso, tras haber determinado que puede existir una posibilidad razonable de éxito, y que justifique asumir importantes gastos económicos y financieros.

En países como Inglaterra o Gales, las partes involucradas en el financiamiento, prevén situaciones en los acuerdos de financiamiento para que la parte finan-

¹⁴ Parker, C., Wong, E., Satryani, G., & Kantor, E. (01 de Febrero de 2017). A global perspective on availability of security for costs and claim in international arbitration mirage or oasis?

¹⁵ Hong Kong Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Bill 2016:

“98G Meaning of third party funding of arbitration (1) Third party funding of arbitration is the provision of arbitration funding for an arbitration— (a) under a funding agreement; (...)”

¹⁶ [Significado de acuerdo de financiamiento: Un acuerdo de financiamiento es un acuerdo para el financiamiento de terceros de un arbitraje— (a) escrito; (b) hecho entre una parte financiada y un tercero, financiador; y (c) hecho en o después de la fecha de inicio de División 3]

ciada retenga el control total del proceso¹⁷. De esta forma, se evita que un tercero ajeno al arbitraje ejerza un control absoluto sobre el litigio, abusando de sus atribuciones. En contraparte, en Australia es común que los financiadores ejerzan cierto grado de control sobre la parte en disputa. El financiador puede tener influencia en decisiones estratégicas generales del arbitraje, como la discusión de la estrategia legal a seguir o la elección del abogado. Esto, con la finalidad de maximizar las posibilidades de ganar el arbitraje y obtener un retorno de la inversión¹⁸.

Para mantener un arbitraje imparcial y evitar abusos en el proceso, debe tenerse en cuenta que la parte financiadora será siempre un tercero en el arbitraje, por lo que no deberá tener influencia sobre la parte en disputa. Es ésta verdaderamente la que deberá tomar decisiones y acciones en conjunto con su abogado, por lo que la participación del financiador en el arbitraje debe limitarse a financiar los costos de una de las partes en disputa. En todo caso, el financiador podría participar en una simple asesoría a la parte financiada, siempre y cuando ambos estén de acuerdo y así lo hayan establecido en el acuerdo de financiamiento.

Una vez finalizado el arbitraje, le corresponderá a la entidad financiadora cobrarle a la parte financiada en los térmi-

nos fijados en el acuerdo de financiamiento.

B. Características legales de este concepto, los pros y los contras de su uso en la práctica

Hay tres razones principales del crecimiento del financiamiento por terceros en todo el mundo.

Primero, los financiadores ayudan a personas, compañías insolventes y pequeñas empresas a introducir reclamos que de otro modo no podrían permitirse presentar, aumentando el acceso al sistema judicial de arbitraje, a pesar de que éste no sea el objetivo principal del TPF.

En segundo lugar, muchas grandes compañías que son demandadas con frecuencia, desearían una forma de igualar la línea del litigio en sus balances, y los financiadores pueden ofrecerles un sistema de pago fijo para administrar sus costos de litigio como demandados.

En tercer lugar, la volatilidad del mercado mundial ha causado que muchos inversores busquen inversiones que no dependen de los mercados financieros, los precios de las acciones o las valoraciones de las empresas, considerándose cada arbitraje una inversión discreta e independiente de las condiciones del mercado.

Las ventajas de esta forma de financiar los costes procesales son el motivo fundamental para su expansión a nivel mun-

¹⁷ Regla 9.3 del Code of Conduct for Litigation Funders de la Association of Litigation Funders.

¹⁸ Third Party Funding Sub-Committee of the Law Reform Commission, 2015.

dial. En efecto, muchas de las demandas bien fundamentadas no se interpondrán – por falta de recursos económicos – si no existiese un tercero que esté dispuesto a asumir todos o algunos de los posibles costes futuros.

Por otro lado, cuando perfeccionan un acuerdo de financiamiento consiguen trasladar parcialmente el riesgo de iniciar un litigio, así como la gran mayoría de los gastos –pues se puede incluso incluir una hipotética condena en costas, lo que les aporta un importante ahorro y una dosis muy relevante de seguridad y certidumbre. Igualmente, el acuerdo establece las expectativas del resultado de la disputa que está a punto de iniciarse, pues habrá requerido la previa realización de una evaluación independiente y objetiva de las opciones de éxito.

No obstante, el TPF también engloba varios inconvenientes entre los que deben destacarse: (i) los posibles conflictos de interés; (ii) la revelación de la existencia de financiación a las partes y al tribunal arbitral; y, (iii) la confidencialidad en el arbitraje. Con la existencia del TPF en un procedimiento arbitral, se abre la posibilidad de que surjan conflictos de interés en el supuesto de que la sociedad inversora haya mantenido o esté manteniendo alguna relación con el árbitro. De existir entre el fondo de inversión y el árbitro una relación previa, la imparcialidad e independencia del árbitro podrían

verse afectadas. Para evitar estos posibles conflictos de interés, las IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration¹⁹ obliga a las partes a revelar la existencia de alguna relación entre el árbitro y cualquier persona física o jurídica que tenga un interés económico directo en el resultado del procedimiento.

El alcance de la obligación de revelación de la existencia de ese financiamiento por terceros puede ser más o menos amplia. En ocasiones, el deber de revelación únicamente engloba la identificación del tercero, pero en otras, puede llegar a ser requerido a la parte que facilite el contrato de financiación. Así, el tribunal arbitral podrá analizar el contenido del mismo, del que podrán llegar a revelarse determinadas limitaciones impuestas por el tercero a la parte, como, por ejemplo, la necesidad de que exista una aprobación por parte del tercero para que la parte pueda desistir del litigio.

Otro de los inconvenientes a los que puede dar lugar el TPF es el de la confidencialidad en el arbitraje. Las sociedades de inversión, antes de decidir si invierten o no en el procedimiento judicial o arbitral, realizan un proceso de auditoría. Durante este proceso, el tercero tiene acceso a una información confidencial sobre el cliente y el asunto, por lo que la confidencialidad ya no quedará li-

¹⁹ https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_ENews_ArbitrationMultipleLang.aspx

mitada a las partes, sus abogados y los árbitros. A estos efectos, resulta determinante incluir un acuerdo de confidencialidad en el contrato de financiamiento.

Por otro lado, la figura jurídica de las medidas cautelares está siendo integrada cada vez más en la práctica arbitral internacional. Existen normas (sobre todo en el reglamento de arbitraje del CIADI) que otorgan poder a los tribunales para implementar medidas cautelares contra la parte financiada por un tercero, en caso de que sean solicitados algún tipo de security costs²⁰.

No obstante, los tribunales arbitrales no se han mostrado muy propensos a otorgar este tipo de medidas cautelares cuando se les ha requerido. En muchos casos, las medidas cautelares se utilizan para solicitar security costs. Sin embargo, los tribunales determinan que, a pesar de tener la potestad de ordenar dichas medidas, sigue siendo un recurso muy raro y excepcional. Establecen que, para poder implementar este tipo de medidas, se requiere que la parte solicitante suministre evidencias que demuestren la posibilidad de incumplimiento de las obligaciones financieras de cualquiera de las partes en disputa, permitiéndole al tribunal tomar una decisión favorable²¹. Por ello, se considera que las pretensiones de las partes se ven alteradas en función de una cuestión que debería ser considerada accesoria, como es el finan-

ciamiento para el ejercicio de dichas pretensiones.

También se ha señalado que este mecanismo de financiamiento puede provocar un aumento sin precedentes de la litigiosidad en el ámbito del arbitraje internacional. Tomando en consideración la manera de actuar en la práctica de las entidades financiadoras, así como el escrupuloso estudio y análisis de los casos antes de decidir sobre la posible financiación, esta crítica debería convertirse, en la mayoría de las ocasiones, en un peligro más hipotético que real. Sin embargo, esto no siempre es así, pues con el objetivo de buscar el máximo beneficio, existe el incentivo de tomar mayores riesgos para maximizar el valor de la cartera de inversiones.

La falta de una regulación expresa y clara sobre el TPF y los posibles problemas e inconvenientes señalados por su existencia sobre el desarrollo de un procedimiento arbitral están planteando dudas y cuestiones que poco a poco tanto los tribunales como las instituciones arbitrales tratan de dar respuesta.

III. Escasa regulación sobre el financiamiento por terceros o TPF, sus desafíos y las áreas de preocupación que pueden ser identificadas

La falta de regulación o pautas en el TPF, crea una situación en la que las partes que buscan asegurar el financiamiento

²⁰ Parker, C., Wong, E., Satryani, G., & Kantor, E. (01 de Febrero de 2017). A global perspective on availability of security for costs and claim in international arbitration mirage or oasis?

²¹ International Council for Commercial Arbitration & Queen Mary London University, 2018

por terceros no tienen forma de saber qué financiadores son acreditados y cuáles no son confiables, las formalidades que se deben cumplir, ni el alcance del financiamiento. La regulación del mercado ayudaría a informar a las partes sobre los recaudos básicos para que un tercero cumpla con los requisitos y formalidades para ser un financiador. De igual forma, pondría al tanto a los financiadores de los aspectos que deben cumplir, suponiendo que quieran mantener el negocio de clientes bien informados o al menos evitar sanciones.

Dada la falta de regulación del financiamiento por terceros, sería conveniente crear un marco para armonizar, al menos, tres aspectos: (i) las normas procesales, (ii) transaccionales y (iii) éticas para el financiamiento por terceros. Un marco regulatorio armonizado incluiría regulaciones clave dentro de cada una de estas tres categorías, pudiéndose vincular a través de referencias cruzadas. Este enfoque daría una red de seguridad reguladora, que proporciona estándares mínimos para los comportamientos e interacciones de los principales actores en el financiamiento por terceros. También aseguraría la integridad de un sistema de resolución de disputas que involucra a los financiadores y estabiliza cualquier producto financiero que pueda derivarse del financiamiento por terceros. De esta forma, las regulaciones abordarán las formas en que los financiadores pueden participar o influir en el procedimiento

de litigio o arbitraje. Esto incluye, por ejemplo, abordar conflictos de intereses o posibles exenciones de privilegios probatorios para la información revelada a un financiador.

Las regulaciones propuestas abordarán la estructura de una transacción de financiamiento por terceros y promulgarán requisitos para garantizar la viabilidad del financiador: de capitalización, la licencia y las divulgaciones a clientes potenciales. Adicionalmente, se tratarán los aspectos asociados a los conflictos de intereses que pueden surgir durante la negociación del acuerdo de financiamiento y el efecto del financiador en la relación abogado-cliente.

Se podría argumentar que los estándares armonizados son innecesarios, ya que cada transacción de financiación es única y se adapta a las necesidades del cliente, el financiador y el abogado involucrado. Sin embargo, ya se comienza a formular un marco con las normas reguladoras de referencia para el financiamiento por terceros.

Existen infinitas posibilidades para implementar estos estándares regulatorios mínimos. Las regulaciones deberían especificar los estándares corporativos mínimos requeridos para que un tercero financiador de litigios opere legalmente. Uno de los temores sobre el financiamiento por terceros, es que los financiadores no tendrán los fondos suficientes para financiar completamente su cartera

de inversiones en disputas y se retirarán de los casos o se quedarán sin fondos sin haberse dictaminado un veredicto, dejando partes sin financiamiento.

Poner requisitos de capital a los financiadores o exigirles que tengan pólizas de seguro que cubran el monto de sus contribuciones prometidas a los gastos de litigio, por ejemplo, ayudaría a minimizar riesgos. Existen estándares adicionales que podrían ser útiles según las buenas prácticas existentes de corporaciones y deberes fiduciarios de directores corporativos. También deben especificar cualquier divulgación de referencia que los financiadores deben hacer al cliente y el formato para dichas divulgaciones.

Por otro lado, las regulaciones deberían exigir a los financiadores la entrega al cliente de un documento que detalle la cantidad de recuperación que recibiría el financiador, en función de los parámetros que éste está utilizando para calcular su retorno, como el tiempo de recuperación, un múltiplo de monto invertido, un porcentaje del monto recuperado, si el caso resulta en un acuerdo o juicio. Igualmente, una solución sería requerir que los financiadores revelen claramente si existe un límite en la cantidad de dinero que gastarán en la representación legal y, de ser así, especificar la cantidad.

La importancia de este documento radica en que permitirá tener previamente definida la estrategia en que será distribuido el dinero a ambas partes (financiada y financiadora), en caso de que el laudo arbitral sea favorable. También es común que en el documento se vincule el rendimiento del financiador a la duración del caso (o la cantidad de capital que se ha utilizado), lo que significa que el rendimiento es menor si el caso se resuelve antes de lo previsto, pero aumenta a lo largo del mismo. Dicha estructura facilitará un acuerdo rápido y justo para el reclamante, al tiempo que asegurará que el retorno de la inversión al financiador sea proporcional al riesgo de capital real asumido si el caso se resuelve antes de lo previsto²².

En cuanto al formato para la divulgación, un ejemplo útil sería crear una casilla de divulgación estandarizada, similar a la utilizada para revelar los términos de los acuerdos de tarjeta de crédito. De hecho, los financiadores más acreditados utilizan buenas prácticas similares, por lo que algunos han argumentado que la regulación es innecesaria. Sin embargo, a medida que el mercado crece, los nuevos actores que ingresan pueden no tener la misma inclinación por mantener prácticas comerciales de buena reputación. Esto no sugiere regular la estructura de las transacciones, porque ésta

²² Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, elaborado por International Council for Commercial Arbitration & Queen Mary London University, disponible en: https://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf. Página 27

puede adaptarse a un cliente en particular, además de ser muy dependiente de los hechos. Asimismo, las regulaciones tienen como objetivo proporcionar una línea de base, pero no reprimir la creatividad en el diseño de acuerdos financieros innovadores, útiles y confiables para agregar opciones disponibles para las partes.

El desarrollo de estándares mínimos es el siguiente paso lógico para la industria, considerando que, hasta cierto punto, ya existen ciertas regulaciones a través de códigos de conducta y buenas prácticas. Un código de conducta universal o buenas prácticas, como el del Reino Unido²³, puede implementarse con éxito. Sin embargo, puede no ser tan efectivo, a menos que la participación de las partes fuera obligatoria de alguna manera o que las partes que hubiesen optado por no participar, fueran marginadas en el mercado. Por ejemplo, la American Legal Finance Association (ALFA) es un grupo voluntario de membresía para financiadores estadounidenses que ha promulgado una lista de buenas prácticas²⁴. Según su sitio web, ALFA actualmente tiene más de 30 miembros financiadores²⁵.

Como se observa, la regulación del financiamiento por terceros aún se encuentra en su etapa inicial, contrastando con los niveles de desarrollo que tiene en la práctica. Su regulación vía soft law está avanzando, aunque aún no se ha propuesto un instrumento internacional más omnicompreensivo. Lo anterior significa que las partes que deseen contar con el financiamiento por terceros, deben tomar una actitud cautelosa, informándose de la manera más completa posible sobre el tema y prestando especial atención a las condiciones del contrato que celebre.

IV. Tendencias globales hacia la creación de estándares mínimos que regulan la estructura, contenido y alcance de los acuerdos de financiamiento

A. Objeto del acuerdo

Como fue expuesto anteriormente, los acuerdos de financiamiento dentro del ámbito del arbitraje internacional deben mantener una holgura para poder ajustarse a cada situación en la cual sean necesarios, promoviendo la creatividad contractual que permita la obtención de un beneficio para ambas partes. Se debe recordar, además, que a pesar de que ambas partes posean importancia, el interés

²³ <http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>

Este código establece estándares de práctica y comportamiento que deben ser observados por los financiadores que son miembros de la Asociación de financiadores de litigios de Inglaterra y Gales con respecto a la financiación de la resolución de disputas.

²⁴ <https://americanlegalfin.com/alfa-code-of-conduct/>

²⁵ <https://americanlegalfin.com/alfa-membership/alfa-member-companies/>

de la parte involucrada en la disputa debe ser priorizado para evitar que aquella organización o persona dadora de fondos, inflencie las decisiones tomadas en el arbitraje con la finalidad de asegurar una ganancia.

Esto no niega que en el acuerdo de financiamiento se le pueda dar al financiador, voz y voto en las decisiones tomadas a medida que discurre el arbitraje, pudiendo tomar parte en los procesos de asesoría, aprobación o veto de acuerdos para la parte involucrada en la disputa. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que el abogado que provee los servicios legales debe trabajar de forma independiente, respondiendo única y exclusivamente a los intereses de su cliente y no de la tercera parte involucrada en el arbitraje²⁶.

En cuanto a la naturaleza del acuerdo de financiamiento, en países como Australia, a pesar de no poseer una normativa específica para regular el TPF, el financiador actúa como un proveedor de servicios y productos financieros, por lo que está sujeto a la normativa de protección al consumidor, contra condiciones contractuales injustas, conductas desmesuradas y engañosas hacia la parte financiada²⁷.

El único objeto del acuerdo debe ser una transacción entre dos partes, una finan-

ciada y otra financiadora, tomada a forma de inversión –pues los fondos a utilizar no aseguran el retorno esperado. Pudiendo la parte financiadora tomar parte en la toma de decisiones del proceso de arbitraje si así lo declara el acuerdo.

B. Obligaciones de las partes

Solo una cierta cantidad de obligaciones generales pueden ser definidas para todos los casos del TPF. Tratar de definir generalmente todas éstas es una tarea fútil, dada la versatilidad de los intereses que puedan presentarse al momento de realizar estos acuerdos.

Este pequeño grupo de obligaciones contractuales se enfoca principalmente en proteger el proceso de arbitraje y sus costos. Considerando esto, se contemplan:

1. Obligaciones financieras: Ambas partes (financiadora y financiada) deben precisar de forma explícita en el acuerdo, la forma en que será cancelada la deuda en caso de que la parte en disputa obtenga una resolución favorable (porcentaje del monto de la demanda, intereses sobre la inversión, acciones de la compañía en disputa, bonos, entre otros), así como también definir las obligaciones del financiador, que debe

²⁶ Nieuwald, L. & Shannon, V. (2012). Third Party Funding in International Arbitration.

²⁷ Geisker, J., & Tallis, J. (24 de Julio de 2018). Claims Funding in Australia: Litigation funding in Australia: a year of review and change? Obtenido de <https://claimsfundingsaus.com.au/news/litigation-funding-australia-year-review-and-change>

asumir las responsabilidades económicas del proceso –costos del arbitraje, de trámites, honorarios para el proveedor de servicios legales, etc., asegurándose de que los costos serán cubiertos por la totalidad de la duración del proceso²⁸. Ello, con la finalidad de evitar posibles futuras disputas entre el financiador y la parte financiada²⁹.

2. Obligaciones procesales: Al financiado, debe atenerse a la resolución obtenida mediante el arbitraje, y si esta es favorable a lo acordado como ganancia atribuible, de retribuir al financiador.
3. Obligaciones éticas: A ambas partes, deben mantener un proceso ético dentro del marco legal internacional, más allá de los intereses propios. Importante resaltar que el abogado que representa a la parte que está siendo financiada, debe ser independiente, leal y res-

ponder únicamente a su cliente, y nunca a la tercera parte involucrada (el financiador), tal como sucede en la legislación francesa³⁰. Además, el financiador deberá comprometerse a no incurrir en conductas injustas de persuadir al abogado o defensor de la parte en arbitraje, a que ésta le ceda control o influencia en la disputa³¹. Adicionalmente, los abogados solo pueden recibir pagos provenientes de su cliente o de alguien con un poder otorgado éste³².

Mediante el cumplimiento de estas obligaciones se espera generar confianza en el proceso del TPF para el arbitraje internacional y aumentar las regulaciones, a fin de hacer que el mismo se convierta en una práctica con atribuciones de calidad y seguridad como proceso legal extrajudicial.

C. Garantía y control sobre el proceso

Debido al conjunto de reglas y estándares que están cercanos a implementarse y han sido implementados, ha aumen-

²⁸ Obtenido del Code of conduct for litigation funders de la Association of Litigation Funders, disponible en: <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>. Páginas 2-3, par. 9.4 y 9.5.

²⁹ Third party funding sub-comitee for Arbitration de Hong Kong, obtenido de: https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf. Página 108.

³⁰ Third party funding sub-comitee for Arbitration de Hong Kong, obtenido de: https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf. Páginas 79-80.

³¹ Obtenido del Code of conduct for litigation funders de la Association of Litigation Funders, disponible en: <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>. Página 2, par. 9.3.

³² Third-party Funding: snapshots from around the globe, página 28.

tado la necesidad de controlar y garantizar que estos procesos legales sean realizados a través de los métodos correspondientes y siguiendo los estándares requeridos.

La garantía y el control del proceso se puede lograr mediante la creación de instituciones y entes cuyo único fin sean estas acciones de control de calidad de los acuerdos de TPF. A escala menor, la educación de árbitros y equipos legales en este tema es indispensable. De igual forma, y siguiendo los estándares propuestos por la Sociedad Legal de Singapur³³, la divulgación de los casos en los cuales haya un financiamiento por terceros ante la parte contraria en el proceso de arbitraje y el árbitro ayudan a garantizar un proceso fidedigno.

Por último, mediante los acuerdos de financiamiento es posible garantizar y controlar el TPF, dado que ambas partes deben certificar que el acuerdo mantenga una legalidad y estandarización base para la optimización de los beneficios individuales y mutuos, previendo que la falta de alguno puede retrasar el proceso de arbitraje.

D. Confidencialidad del acuerdo

Un elemento en común dentro de las leyes de arbitraje en diferentes jurisdicciones, es el de la confidencialidad del proceso arbitral, lo sucedido bajo el mismo y las identidades de las partes involucra-

das. Guiándose por la sección 14 de la Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda³⁴, estas restricciones son inválidas si se comparte la información con el equipo de asesoramiento de alguna de las partes —estando sujetas al privilegio de confidencialidad entre abogado y cliente—. Aun así, los terceros, financiadores, no son considerados por muchos como parte del equipo de asesoramiento en los procesos de arbitraje, por lo tanto, la información a entregar debe ser redactada de forma que se mantenga la confidencialidad.

A pesar de que un abogado nunca debe divulgar información de su cliente, existen ciertas excepciones en el caso de que un tercero esté involucrado, las cuales deben estar lo suficientemente claras en el acuerdo de financiamiento entre ambas partes. El tercero involucrado en la disputa puede determinar que la divulgación de cierta información aportaría positivamente en el arbitraje, además de darle viabilidad comercial al caso, beneficiando tanto a la parte involucrada en el arbitraje como a él mismo. Sin embargo, para que ello ocurra, el cliente debe dar su consentimiento para la divulgación de la información y el abogado debe asegurarse de que las cláusulas de confidencialidad establecidas en el acuerdo de financiamiento así lo permiten. Igualmente, deberá asegurarse de que se cumplen con todos los requerimientos y procedimientos de consentimiento de divulga-

³³ The Law Society of Singapore, Guidance Note 10.1.1, Third Party Funding

³⁴ Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda, páginas 20-23, sección 13 y 14.

ción de información de la legislación respectiva³⁵.

E. Conflicto de intereses

Los proveedores de servicios legales y asesores que refieran a una parte involucrada en el arbitraje a un financiador, no deben tener relación con los mismos más allá de lo profesional; de igual forma que no deberán recibir comisiones o beneficios por referir a estos. De ser así, podemos observar un conflicto de intereses que no permite al proveedor de servicios legales, o al financiador llevar a cabo su cometido profesional.

De igual forma, se debe hacer notar que aquella parte involucrada en el proceso del arbitraje debe ser el único en tomar las decisiones legalmente vinculantes, dado que el financiador —que puede actuar como asesor también— posiblemente solo busca un retorno de la inversión, no un acuerdo resolutivo beneficioso para las partes involucradas en la disputa.

En muchos países anglosajones, el manejo del conflicto de intereses es uno de los principales aspectos a tener en cuenta. En Australia, la normativa establece que antes de llegar a cualquier acuerdo, se debe asegurar que el finan-

ciador debe implementar estrategias para gestionar conflictos de intereses³⁶.

Recientemente, el entonces Fiscal General de Australia para la *Commonwealth*, George Brandis (2014), planteó su rechazo a que grandes firmas de abogados puedan funcionar como financiadores en litigios, debido al conflicto de intereses que pudiese existir, al fungir como defensa y financiador en un mismo caso³⁷.

F. Cláusulas de terminación y resolución de controversias

Tomando en cuenta que el tercero, financiador, es parte del equipo de la parte involucrada en la disputa, es normal pensar que puede haber desacuerdos en ciertos puntos, para lo cual otro asesor independiente se encarga de resolverlos —sea debido a alguna inconformidad, diferencia de ideas, eventos no previstos en el acuerdo de financiamiento, etc.—.

Pocas veces querrá un financiador terminar el contrato y abandonar el pago de los servicios legales, dado que esto implicaría un incumplimiento de contrato. Aun así, es posible la terminación de contrato por parte del mismo según el acuerdo de financiamiento y sus cláusulas específicas. Sin embargo, es importante que la

³⁵ Obtenido del Code of conduct for litigation funders de la Association of Litigation Funders, disponible en: <https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>. Páginas 2-3, secciones 7 y 9.

³⁶ Third party funding for Arbitration de Hong Kong, obtenido de: https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf. Páginas 51-52.

³⁷ Third party funding for Arbitration de Hong Kong, obtenido de: https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf.

parte que está siendo financiada se vea protegida en este aspecto y no quede desamparada durante el transcurso de la disputa. Si se diera el caso de que el financiador quiere romper el acuerdo durante la disputa, la parte financiada pudiera verse obligada a ceder a las pretensiones del financiador para evitar su retirada³⁸.

Observando esto, es posible una cláusula de terminación para el financiador dependiendo de la situación.

V. Conclusiones

Luego de haber evaluado el contexto mundial del financiamiento de terceros en un arbitraje comercial internacional, se pudo determinar que efectivamente debe existir una serie de normativas que regulen este aspecto, tal como se ha implementado en otras partes del mundo (sobre todo anglosajones), como Hong Kong, Australia o Reino Unido. Estas normas deben estar dirigidas a la obligación de realizar un acuerdo de financiamiento, claro y transparente, entre las partes interesadas que gobierne las vicisitudes previsibles para el litigio. De esta forma, ambas partes podrán acordar los puntos en común, así como las formas y aspectos que deben ser incluidas en el acuerdo para proteger sus respectivos intereses.

Estas normativas y regulaciones deberían ser emitidas independientemente

por las distintas cámaras de arbitraje de cada país. Son ellas quienes conocen la legislación respectiva, así como las necesidades o aspectos importantes que deben ser regulados. Sin embargo, transcurrido algún tiempo, se podría establecer una norma general a nivel mundial, ya sea mediante el ICCA, el CIADI u otro ente regulador de los arbitrajes comerciales internacionales, basándose en los casos de éxito y buenas prácticas implementadas a lo largo del mundo por las distintas cámaras de arbitraje.

Los acuerdos de financiamiento por terceros en el arbitraje comercial internacional deben contener unos estándares mínimos que garanticen la seguridad jurídica de ambas partes, no dejando lugar a ambigüedades que puedan servir para futuras malas interpretaciones.

Los estándares mínimos para la celebración de acuerdos de financiamiento por terceros deben estar dirigidos a:

- a. Establecer claramente el objeto de acuerdo, el cual va a permitir que se establezcan el punto central tal que ambas partes resulten beneficiadas de forma justa al final de la disputa.
- b. Establecer cláusulas de confidencialidad, tal y como es recomendado por la Sociedad Legal de Singapur, la cual men-

³⁸ Third party funding for Arbitration de Hong Kong, obtenido de: https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf. Páginas 125-127.

ción que es aconsejable adjuntar al acuerdo de financiamiento un documento de confidencialidad para asegurar este aspecto legal.

- c. Establecer medidas que permitan garantizar un control sobre el litigio. Estas deben ir dirigidas en tres aspectos fundamentales:
 - i. Creación de instituciones dedicadas a ejercer un control de calidad sobre los procesos;
 - ii. Educación de árbitros y equipos legales en materia de financiamiento por parte de terceros;
 - iii. Cuando se presente el caso de que un tercero financie a una de las partes, la divulgación debe ser obligatoria tanto para la parte contraria en la disputa como para los árbitros, de forma que se pueda establecer un proceso limpio y confiable.
- d. Adicionalmente establecer cláusulas de terminación y resolución de controversias. Estas le permitirán a la parte afectada asegurarse de que el tercero o financiador no incumpla y abandone el caso durante la resolución del mismo.

En todo caso, estas regulaciones estandarizadas no deberían ser vinculantes para las partes que están firmando el acuerdo de financiamiento, pues el proceso perdería flexibilidad, dando lugar a menores posibilidades de que un tercero esté interesado en financiar un arbitraje.

Se recomienda hacer extensivo el uso de la Ley de Hong Kong en el que se establecen las pautas para el financiamiento de terceros en el proceso de arbitraje comercial internacional.