

# LA FINANCIACIÓN POR TERCEROS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL\*

## THIRD PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Castilla-La Mancha*

Recibido: 24.05.2016 / Aceptado: 07.06.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3256>

**Resumen:** Este trabajo estudia el fenómeno de la financiación por terceros y su impacto en el procedimiento arbitral en el arbitraje internacional. Tras una descripción general acerca de cómo funciona y una comparación de sus ventajas e inconvenientes, el artículo analiza algunos problemas reales que la presencia de un tercero financiador puede crear y el actual estado de la regulación sobre esta cuestión. La necesidad de un deber de revelación de la existencia de esta financiación y las solicitudes de caución y de asignación de costas, son cuestiones clave que los tribunales arbitrales han de decidir de una manera creciente.

**Palabras clave:** financiación por terceros, arbitraje, revelación, caución, costas.

**Abstract:** This article studies the phenomenon of third party funding and its impact on the arbitral proceeding in international arbitration. After a general description about on it works and a comparison of its advantages and disadvantages, the article analyses some actual problems that the presence of a third party funder can create and the current status of the regulation. The need of a mandatory disclosure of the existence of the third party funding and the allocation for costs and security for costs applications, are key issues that the arbitral tribunals are being confronted to decide in an increasing way.

**Keywords:** third party funding, arbitration, disclosure, security, costs.

**Sumario:** I. Introducción. II. Aproximación a la financiación por terceros en el arbitraje internacional. 1. Concepto y Funcionamiento de Third Party Funding (“TPF”). 2. Ventajas e inconvenientes. III. El deber de revelación de la financiación por terceros: la existencia del acuerdo y ¿también su contenido? 1. Identidad del tercero financiador. 2. Los términos del acuerdo de financiación. IV. El impacto de la presencia de “TPF” sobre una solicitud de caución y una condena en costas. 1. Las solicitudes de caución. 2. Condena en costas. V. Valoración final.

### I. Introducción

1. No siempre las personas físicas o jurídicas tienen la capacidad económica para hacer valer sus derechos en un procedimiento arbitral debido a la costosa estructura construida alrededor del arbitraje internacional<sup>1</sup>. Y es que hoy en día, podemos señalar que, junto con las ventajas que tradicionalmente se predicaban del arbitraje como método alternativo de resolución de controversias, se erige también como un

---

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto titulado “ADR y justicia: ¿globalización o localización?”, PROMETEO II/2014/081 (GV).

<sup>1</sup> J. A. TRUSZ, “Full Disclosure?: Conflicts of Interest Arising from Third Party Funding in International Commercial Arbitration”, *Georgetown L. J.*, Vol.101, 2013, pp.1662-1663, pone de manifiesto que, aunque se ha señalado tradicionalmente que el arbitraje internacional es una manera de minimizar los costes de una disputa en relación con las jurisdicciones estatales, las

grave inconveniente para su utilización en estos últimos años, el incremento exponencial de los gastos que acarrea iniciar y llevar a buen término un procedimiento arbitral<sup>2</sup>.

2. No es por tanto nada extraño que, desde tiempos relativamente recientes, hayamos comenzado a observar el surgimiento y rápido desarrollo de la financiación por terceros de los litigios arbitrales<sup>3</sup>. Un fenómeno que no es nada nuevo en algunas jurisdicciones nacionales en relación con la financiación de litigios por terceros ante los tribunales estatales<sup>4</sup>, siendo ya una cuestión plenamente aceptada en países como Estados Unidos, Inglaterra, Australia o Alemania, pero que ha entrado con inusitada fuerza en el arbitraje internacional, tanto en el comercial como en el relativo a las inversiones extranjeras<sup>5</sup>.

3. La financiación por terceros del arbitraje internacional, conocida comúnmente en el mundo del arbitraje como “Third Party Funding” – “TPF” en su acrónimo en inglés-, es calificada como una industria de inversión en demandas, en donde las mismas son examinadas y tratadas como bienes tangibles sujetos a valoración<sup>6</sup>. Por algunos autores, incluso, se valora de manera enormemente negativa esta práctica alertando sobre su existencia y no dudando en tildarlos a los terceros financiadores como “especuladores de la injusticia”<sup>7</sup>.

---

partes cada vez en mayor medida incurrir en mayores gastos durante un procedimiento arbitral. A las costas derivadas de la representación procesal –incluidos igualmente los gastos que suponen los peritajes-, hay que sumar las tasas de las instituciones arbitrales conjuntamente con los honorarios de los árbitros.

<sup>2</sup> De acuerdo con D. GAUKRODGER y K. GORDON, ello es especialmente visible en los arbitrajes inversor-Estado. En estos casos, las partes suelen tener como gastos una media de 8 millones de dólares, y excepcionalmente, en muchos casos, esta cantidad puede elevarse hasta los 30 millones de dólares, “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, *OECD Working Papers on International Investment*, n.º.3, 2012, pp.19-24, disponible en <http://www.oecd.org/daf/investment/workingpapers>, [consultado el 24 de mayo de 2016]. Estas grandes cantidades de dinero, inasumibles en muchos casos, se deben entre otras razones, a que según se puede observar en los últimos tiempos las actuaciones de las partes vienen completamente marcadas por el diseño de unas estrategias procesales altamente complejas -farragosas en muchos casos-, enormemente onerosas, dirigidas por despachos de abogados internacionales, que emplean a un número muy importante de personas en tareas de investigación y estudio.

<sup>3</sup> J. KINGSTON, “Increasing Investor Interest in Litigation Funding”, *Corporate Disputes*, n.º. 15, april-june, 2016, p.103. Sirvan aquí en relación con España, la noticia publicada en el diario Expansión bajo el título “Los fondos de inversión quieren financiar pleitos en España”, de 26 de octubre de 2012, disponible en <http://www.expansion.com/2012/10/26/juridico/1351270637.html>, [consultado el 24 de mayo de 2016], así como la extraída del diario el Economista titulada “Los fondos de litigios dispuestos a financiar los arbitrajes de renovables”, disponible en <http://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/6810974/06/15/Los-fondos-de-litigios-dispuestos-a-financiar-los-arbitrajes-de-renovables.html>, [consultado el 24 de mayo de 2016]. Recientemente, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional español 33/2016, de 18 de febrero de 2016, que rechaza el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 12/ 2014, de 22 de diciembre, del Parlamento de Galicia, de medidas fiscales y administrativas, la empresa minera canadiense Edgewater ha reiterado su anuncio de que va a iniciar un procedimiento arbitral contra España, en virtud del Acuerdo bilateral de protección de inversiones celebrado entre Panamá y España. La empresa canadiense parece haberse asegurado previamente la financiación de este litigio a través de un acuerdo con Claim-Trading Ltd., Vid. La nota de prensa emitida por Edgewater el 21 de octubre de 2015, disponible en <http://www.edgewater.com/s/NewsReleases.asp?ReportID=726800> [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>4</sup> S. L. MARTIN, “Litigation Financing. Another Subprime Industry that Has a Place in the United States Market”, *Villanova L. Rev.*, Vol.58, 2008, p.107; M. DE MORPUGO, “A Comparative Legal and Economic Approach to Third Party Litigation Funding”, *Cardozo J. Int'l. & Comp. L.*, Vol.19, 2011, p.360. Un análisis comparado de la utilización de la financiación por terceros en distintas jurisdicciones nacionales se realiza también por N. ROWLES-DAVIES, *Third Party Litigation Funding*, Oxford, Oxford University Press, pp.76-86. Ha quedado sin efecto, por lo tanto, la prohibición de utilización de la financiación por terceros que tradicionalmente existía, sobre todo en los países de common law, basada en los principios de “champerty” y “maintenance”.

<sup>5</sup> C. B. ROBERTSON, “The Impact of Third Party Financing on Transnational Litigation”, *Case W. Res. J. Int'l. L.*, Vol.44, 2011, p.162; CREMADES, B. M., “Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, *TDM*, Vol.8, n.º.4, 2011, p.2.

<sup>6</sup> C. ROGERS, “Chapter 5. Gamblers, Loan Sharks & Third Funders”, *Ethics in International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp.3-4. Queremos llamar la atención también sobre una nueva variante de “TPF” que encontramos en la cesión con descuento por la parte demandante de la cantidad dineraria que otorga el fallo de un laudo arbitral a un tercero comprador. En tal caso, la parte ganadora en el arbitraje, generalmente tras un largo y costoso procedimiento, evita la subsiguiente futura fase de reconocimiento y ejecución del laudo, en ocasiones igualmente lenta y farragosa y, lo hace cobrando una parte importante de la cantidad obtenida. Por su parte, la empresa compradora cuenta con una estructura que facilita la labor de localización de los bienes del deudor sobre los que se solicitará la ejecución de la sentencia arbitral. Sobre la misma, B. M. CREMADES y D. BREHONY, “An Emerging Secondary Market for International Arbitral Awards”, *Corporate Disputes*, n.º.11, april-june, 2015, pp.168-172.

<sup>7</sup> P. EBERHARDT y C. OLIVET, “Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom”, *Corporate Europe Observatory and Transnational Institute*, 2012, pp. 56-63, disponible en <https://>

4. El objeto de este trabajo es aproximarnos a este nuevo fenómeno tan controvertido, valorar sus pros y contras y, sobre todo, analizar cuáles son algunas de las primeras respuestas que se están planteando en el mundo arbitral a ciertos retos y condicionantes surgidos por su aparición.

## II. Aproximación a la financiación por terceros en el arbitraje internacional

### 1. Concepto y Funcionamiento de *Third Party Funding* (“TPF”)

5. La posibilidad de facilitar y/o repartir los riesgos económicos asociados al inicio de un procedimiento arbitral no es nada nuevo en el universo jurídico<sup>8</sup>. Figuras jurídicas como el pacto de “cuota litis”<sup>9</sup> o los seguros de defensa jurídica “before-the event”<sup>10</sup> y “after-the-event”<sup>11</sup> cumplirían dicha función. Sin embargo y, aunque las anteriores figuras pueden considerarse afines<sup>12</sup>, el objeto de este trabajo es mucho más concreto. Nos vamos a centrar, en sentido estricto, en la financiación del arbitraje internacional por terceros o “TPF”<sup>13</sup>.

6. “TPF” puede definirse 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 retribución<sup>14</sup>.

7. Un aspecto característico 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 normalmente variable y consistente en un múltiplo de los fondos desembolsados o bien, generalmente, un porcentaje del resultado que se obtenga en el litigio, que suele ir

---

[www.tni.org/files/download/profittingfrominjustice.pdf](http://www.tni.org/files/download/profittingfrominjustice.pdf). [consultado el 24 de mayo de 2016]. En este mismo sentido, puede comprobarse la posición mantenida por Argentina en el caso *Teniver c. Argentina*, caso CIADI n.º.ARB/09/1, en donde este Estado ha amenazado con comenzar distintos procedimientos penales y, los representantes de este país no han dudado en tildar al despacho de abogados King & Spalding y al tercero financiador Burford de “círculo fraudulento” y las presentaciones realizadas por éstos como un producto de un “comité de buitres y cuervos”. La orden procesal emitida por el tribunal arbitral el 8 de abril de 2016 ordena que no se publicite en ningún medio las denuncias o procedimientos penales que tengan que ver con el arbitraje y recuerda a las partes que tienen un deber de abstenerse de realizar cualquier conducta que pueda agravar la controversia, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7210.pdf>. [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>8</sup> Así lo ponen de manifiesto la mayoría de los autores, Vid. L. B. NIEUWVELD y V. SHANNON, *Third Party Funding in International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 5-8.

<sup>9</sup> En virtud de este acuerdo, el abogado de la parte demandante va a cobrar sus honorarios sólo y en la medida, en que el resultado del litigio haya sido exitoso para sus pretensiones. Dicho pacto únicamente cubre sus honorarios pero no va más allá, esto es, una hipotética parte del resultado dinerario del litigio.

<sup>10</sup> En este supuesto, el seguro se contrata previamente a la posibilidad de surgimiento de un litigio, quedando cubierto el asegurado de los posibles costes procesales asociados a éste. A cambio, el asegurado se compromete al pago periódico de una prima.

<sup>11</sup> En tal caso, el asegurado, ante un litigio ya surgido, busca quedar exento del pago de las costas procesales que pudieran imponérsele en el supuesto de pérdida del proceso. La práctica en relación al pago de la prima varía, pues en ocasiones se aplaza su pago hasta la conclusión del procedimiento y en función de su resultado, aunque cada vez en mayor medida se exige el pago de la misma en el momento de la contratación del seguro e independientemente de cual sea el resultado final del proceso.

<sup>12</sup> Muy distinto en nuestra opinión en cuanto a su naturaleza y función se presenta la transmisión del crédito litigioso, pues en tal caso, el tercero inversor se convierte en parte del litigio.

<sup>13</sup> Sobre las distintas posibilidades de financiación es especialmente claro, J. VON GOELER, *Third Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Wolters Kluwer, 2015, pp. 11-72.

<sup>14</sup> La definición que se da por parte de los distintos autores sobre este tipo de acuerdo suele ser muy similar. En la doctrina española, puede verse M. OLIVER COJO, “Arbitraje y financiación procesal parciaria (third party funding) en España: un análisis bajo el prisma de las nuevas Directrices de la IBA sobre conflictos de interés”, *La Ley mercantil*, n.º. 8, 2014, pp.70-71. En la doctrina extranjera, entre otros, V. SHANNON, “Judging Third Party Funding”, *UCLA Law Review*, Vol.63, n.º 2, pp.392-398; J. A. TRUSZ, “Full Disclosure?: Conflicts of Interest Arising...”, op.cit., pp.1653-1654.

desde un tercio a dos tercios del total de la posible condena dineraria. Por el contrario, si el litigio se pierde, el financiador pierde también su inversión<sup>15</sup>.

**8.** Dos aclaraciones pueden ser precisas en relación con la anterior definición, en función de la tipología y la práctica sobre la realización de este tipo de acuerdos de financiación.

- 1) 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<sup>16</sup>, 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<sup>17</sup>.
- 2) 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 costas, si aquella ve totalmente rechazada sus pretensiones en el laudo y el tribunal así lo estima conveniente<sup>18</sup>.

**9.** Hemos de afirmar que ni mucho menos todas las solicitudes de financiación son aceptadas. A este respecto, se ha señalado que únicamente entre un 5 y un 10% de los potenciales casos son financiados finalmente<sup>19</sup>. La perfección de un contrato de financiación supone un previo estudio profundo de las pretensiones de la parte financiada, que prueba que la reclamación está bien fundamentada y como mínimo no puede tacharse de frívola. Las entidades financiadoras son empresas con una estructura compleja y que tratan de financiar únicamente los casos tras un análisis minucioso de los méritos de las reclamaciones<sup>20</sup>.

**10.** Estas empresas realizan una auditoría legal -“due diligence”-, incorporando, en muchas ocasiones, dictámenes jurídicos de expertos independientes respecto a las pretensiones que se pueden hacer valer en un hipotético procedimiento arbitral futuro<sup>21</sup>. Se estudia, por lo tanto, de manera completa la situación, poniendo especial 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<sup>22</sup>. De esta manera las entidades financiadoras se encuentran en una posición favorable para poder gestionar su negocio que, no es otro, que elegir si financian o no un caso, tras haber determinado que puede existir una posibilidad razonable de éxito, lo que justifica que se vayan a asumir importantes gastos económicos y financieros<sup>23</sup>.

<sup>15</sup> S. NAVARRO, “Cuestiones relativas al third party funding en arbitraje”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol.VII, n.º. 2, 2014, p.803.

<sup>16</sup> M. STEINITZ, “Whose Claim is This Anyway?: Third Party Litigating Funding”, *Minn. L. Rev.*, Vol.95, 2011, p.1276.

<sup>17</sup> Otro caso excepcional aunque diferente en su naturaleza, es lo que está ocurriendo en el procedimiento arbitral Phillip Morris c. Uruguay, caso CIADI n.º.ARB/10/7, donde una ONG -Anti-Tobacco Trade Litigation Fund-, fundación que respaldan Michael Bloomberg y Bill Gates, está ayudando financieramente a la defensa del Estado uruguayo. Dicha ayuda filantrópica se corresponde con los fines de la citada fundación de ayudar a los países menos desarrollados a defenderse frente a las acciones judiciales llevadas a cabo por la industria tabaquera para impugnar las medidas gubernamentales que restringen el consumo de tabaco.

<sup>18</sup> L. B. NIEUWVELD, “Third Party Funding – Investment of the Future?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 1 de noviembre de 2011, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2011/11/01/third-party-funding-investment-of-the-future/> [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>19</sup> *Guide pratique sur le financement des arbitrages par des tiers financeurs*, CCI France, mayo 2014, p. 9.

<sup>20</sup> En este sentido, S. KHOURI, K. HURFORD y C. BOWMAN, señalan que la decisión del tercero financiador es una decisión sobre una inversión, y al considerar si se va a realizar la misma se han de sopesar numerosos factores que habrán de confrontados con los riesgos financieros que se están dispuestos a asumir, “Third Party in International Commercial and Treaty Arbitration – A Panacea or a Plague? A Discussion of the Risks and Benefits of Third Party Funding”, *TDM*, Vol. 8, n.º. 4, 2011, p. 3.

<sup>21</sup> H. G. GHARAVI, “Le financement par un tiers”, en *L'argent dans l'arbitrage*, W. Ben Hamida y T. Clay (dirs.), Lextenso, 2013, p. 35.

<sup>22</sup> M. KING, “Alternative Risk Management by Third Party Funding”, *Corporate Disputes*, n.º. 15, april-june, 2016, p. 93.

<sup>23</sup> M. SMITH, “Mechanics of Third Party Funding Agreements: A Funder’s Perspective”, en *Third Party Funding...*, op.cit., p. 34.

## 2. Ventajas e inconvenientes

11. Las ventajas de esta forma de financiar las costas procesales son el motivo fundamental para su cada vez mayor expansión a nivel mundial. En efecto, muchas de las demandas bien fundadas no se interpondrían –por falta de recursos económicos– si no existiese un tercero que esté dispuesto a asumir todos o algunos de los posibles costes futuros, de tal modo, que su principal beneficio es que este mecanismo facilita enormemente el acceso a la justicia<sup>24</sup>.

12. Además, los clientes cuando perfeccionan un acuerdo de financiación 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<sup>25</sup>. Se trata, en suma, de externalizar los riesgos financieros que supone el arbitraje. Pero, junto con lo anterior, es también muy valorado que dicho acuerdo supone también un espaldarazo de realismo sobre las expectativas del resultado de la disputa que está a punto de iniciarse, ya que habrá requerido la previa realización de una evaluación independiente y objetiva de las opciones de éxito<sup>26</sup>.

13. Frente a estas innegables ventajas, también se han argumentado en su contra sus posibles inconvenientes. Principalmente, se ha señalado que este mecanismo de financiación puede provocar un aumento sin precedentes de la litigiosidad en el ámbito del arbitraje internacional<sup>27</sup>. Tomando en consideración la manera de actuar en la práctica de las entidades financiadoras y el escrupuloso estudio y análisis de los casos antes de decidir sobre la posible financiación, esta crítica debería convertirse en un peligro más hipotético que real, en la gran mayoría de las ocasiones. Sin embargo, esto no siempre es así, ya que con el objetivo de buscar el máximo beneficio, existe el incentivo de tomar mayores riesgos para maximizar el valor de la cartera de inversiones<sup>28</sup>.

14. Mayores dilemas éticos se pueden plantear en relación con la intervención de un tercero financiador en un procedimiento arbitral. Así, por una parte porque puede incidir de manera clara sobre las relaciones entre el cliente y su abogado, de tal manera que puede condicionar la toma de decisiones por parte del titular de la acción durante el procedimiento arbitral o incluso violar las normas de confidencialidad presentes en la relación del cliente y su representación procesal<sup>29</sup>. Por otro lado, se argumenta que la presencia de un tercero financiador puede suponer un posible conflicto de intereses respecto a los árbitros, lo que puede poner en entredicho de manera justificada su necesaria imparcialidad e independencia, socavando de manera importante la integridad de todo el procedimiento arbitral<sup>30</sup>.

---

<sup>24</sup> C. P. BOGART vincula la financiación por terceros del litigio con el derecho al acceso a la justicia y a un proceso debido, señalando los beneficios sustanciales que se producen sobre el sistema de resolución de conflictos, remarcando que un acceso al arbitraje abierto e igualitario para las partes que quieran hacer uso del mismo debe ser una característica fundamental de cualquier sistema jurídico, “Overview of Arbitration Finance”, en *Third Party Funding in International Arbitration*, B. Cremades y A. Dimolitsa (eds.), París, ICC, 2013, p. 51.

<sup>25</sup> J. VON GOELER, *Third Party Funding in International Arbitration...*, op.cit., p. 83.

<sup>26</sup> Tal y como ya hemos señalado previamente, Vid. Supra n.º 9.

<sup>27</sup> En este sentido, A. GUILLERME, defiende que la financiación por terceros aumenta el volumen de reclamaciones infundadas al mismo tiempo que incrementa el riesgo de una prolongación innecesaria de los procedimientos, “Retour d’expérience des juristes d’entreprise”, en *Le financement de contentieux par un tiers*, C. Kessedjian (dir.), París, Pantheon-Assas, 2012, pp. 32-33.

<sup>28</sup> En este sentido, P. EBERHARDT y C. OLIVET, “Profiting from Injustice...”, op.cit., p. 59. Apoyando su postura, estos autores citan la opinión de M. SMITH, confundador de Calunius Ltd., una entidad financiadora, quién declara que “*la idea de que necesitas unos méritos sólidos es errónea, todo tiene un precio*”.

<sup>29</sup> C. KESSEDJIAN aboga por la elaboración por parte de las instituciones arbitrales de unas recomendaciones que deberían seguir los tribunales arbitrales en los casos de intervención de un tercero financiador, que incluyan el sometimiento de éste último a las mismas reglas de confidencialidad de las partes y una obligación de no incidencia ni control sobre la conducta de la representación procesal de la parte financiada, “Good Governance of Third Party Funding”, *Columbia FDI Perspectives*, n.º.130, 15 de septiembre de 2014, disponible en <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-130-Kessedjian-FINAL.pdf>, [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>30</sup> En relación con esta cuestión y la incidencia clara sobre el deber de revelación, Vid. Infra n.º. 16 y ss.

15. La falta de una regulación expresa y clara sobre “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<sup>31</sup>. Las cuestiones más espinosas se refieren, en primer lugar, al deber de revelación de dicha financiación y a la amplitud de dicho deber y, en segundo lugar, a la incidencia sobre el pago de las costas procesales en los casos de existencia de dicha financiación, planteándose dudas sobre la obligación o no de prestar una fianza para hacer frente a aquellas y la posible imposición de una condena en costas. Veamos dichas cuestiones en los siguientes apartados.

### III. El deber de revelación de la financiación por terceros: la existencia del acuerdo y ¿también su contenido?

#### 1. Identidad del tercero financiador

16. Para analizar esta cuestión, vamos a tomar como punto de partida la reciente orden procesal número 10 emitida el 11 de enero de 2016 por el tribunal arbitral en el caso iniciado bajo el Reglamento CNUDMI, South American Silver Limited –SAS- c. el Estado Plurinacional de Bolivia<sup>32</sup>. En este caso, el tribunal ordenó al demandante revelar el nombre del financiador aunque rechazó obligarle a revelar los términos del acuerdo de financiación.

17. El 8 de octubre de 2015, Bolivia había solicitado al tribunal que ordenase a la parte demandante que relevase la identidad del financiador de este arbitraje así como los términos del acuerdo de financiación suscritos con aquella. Para fundamentar tal petición, Bolivia argumentó que tal revelación se debía realizar en aras a mantener la integridad del procedimiento arbitral y la igualdad de armas entre las partes contendientes. Más en concreto, cuestión fundamental para lograr dichos objetivos es velar por parte del tribunal que no se pueda producir ningún tipo de conflicto de intereses, que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia de cualquiera de sus miembros. La existencia de un tercero financiador que mantiene un interés económico claro en el resultado del procedimiento arbitral e incluso, puede guiar el sentido de algunas de las decisiones estratégicas a tomar por parte del demandante en el desarrollo de dicho arbitraje, supone un dato de enorme transcendencia para evaluar la existencia o no de un conflicto de intereses.

18. Por otro lado, la parte demandante –SAS-, en relación con esta solicitud propuso revelar el nombre del tercero financiador. Tal posición la apoyaba con el fin de proporcionar una total transparencia al procedimiento y con el fin de eliminar toda preocupación existente sobre un posible conflicto de intereses, de tal manera que revelar el nombre de dicha entidad haría posible que se pudiera determinar la inexistencia de una relación relevante entre las partes y los árbitros en ese arbitraje. Respecto de la petición relativa a la revelación del contenido del acuerdo de financiación, SAS se opuso pues señaló que los mismos, no eran de relevancia para las cuestiones que estaban siendo objeto de discusión en el procedimiento arbitral y además, dichos términos de ese acuerdo eran confidenciales y comercialmente sensibles, pudiendo sufrir tanto la parte demandante como su tercero financiador graves perjuicios si el tribunal arbitral estimase dicha solicitud.

19. El tribunal, tal y como ya hemos señalado anteriormente y, vistas las posiciones de las partes sobre esta cuestión, aceptó la solicitud de Bolivia de la obligación de revelar el nombre del tercero

<sup>31</sup> Valga como ejemplo como la Comisión para la Reforma del Derecho de Hong Kong publicó el 19 de octubre de 2015 un informe base para la realización de una consulta pública con una duración de tres meses sobre la financiación por terceros del arbitraje, recomendando su inclusión expresa mediante la reforma de la Ley de arbitraje. Dicho informe puede consultarse en <http://www.hkreform.gov.hk/en/publications/tpf.htm> [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>32</sup> Caso CPA n.º.2013-15, Orden Procesal n.º.10, de 11 de enero de 2016, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf> [consultado el 24 de mayo de 2016].

financiador con el fin de otorgar una total transparencia al procedimiento arbitral. Sin embargo, rechazó obligar a la parte demandante a revelar los términos de su acuerdo de financiación. Esta decisión la tomó el tribunal fundamentándose, en primer lugar, en el rechazo que había realizado sobre la otra petición de Bolivia como era la necesidad de decretar una *cautio judicatum solvi*, pues a juicio del tribunal no se daban las condiciones excepcionales para concederla<sup>33</sup> y, en segundo lugar, porque no se habían probado circunstancias adicionales que pudieran fundamentar la modificación de las decisiones del tribunal en la fase procesal prevista para la entrega de documentos.

**20.** La decisión del tribunal arbitral en este caso sobre el deber de revelación de la identidad del tercero financiador viene a corroborar una práctica ya presente en otras decisiones arbitrales en relación a la cual las partes que son financiadas por terceros están obligadas a revelar la identidad del financiador para permitir a los árbitros cumplir con el requisito esencial de velar por la inexistencia de un conflicto de intereses que pudiera poner en peligro la integridad del procedimiento arbitral y la propia validez del futuro laudo<sup>34</sup>. Así, tanto en el caso Eurogas c. Eslovaquia<sup>35</sup> como en el caso Muhammet & Sehil c. Turkmenistan<sup>36</sup>, los tribunales ordenaron al demandante la obligación de revelar el nombre del tercero financiador<sup>37</sup>.

**21.** Este deber de revelación de la identidad del tercero financiador viene a ser consagrado en las primeras regulaciones que se han hecho eco de la irrupción de “TPF” en el arbitraje internacional<sup>38</sup>. Tales disposiciones vienen a incorporar un mayor nivel de transparencia sobre la intervención de “TPF” en el arbitraje internacional. Así, en primer lugar, hemos de hacer referencia a las nuevas Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional de 2014, donde este deber de revelación es formulado con cierta prudencia<sup>39</sup>, aunque reconociendo esta problemática, pues en primer lugar, busca equiparar a los terceros financiadores con la parte contendiente financiada y en segundo lugar, obliga a la parte financiada a revelar cualquier relación que existan entre ella –incluyendo a los terceros que la financien– y los árbitros.

**22.** En concreto, la Directriz 6.b dispone que “*si una de las partes fuere una persona jurídica, cualquier persona jurídica o física que tenga una relación de control sobre dicha persona jurídica, o que tenga un interés económico directo en, o deba indemnizar a una parte por, el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje, podrá considerarse que ostenta la identidad de dicha parte*”. Con esta norma general se hace una referencia expresa a la cuestión de la intervención de un tercero financiador y a considerarlo como si fuese la parte financiada, señalando a este respecto la nota explicativa a esta disposición que “*los terceros financiadores y las aseguradoras en relación a la disputa pueden tener un interés económico directo en el laudo, y por tanto pueden considerarse como equivalentes a la parte. A estos*

<sup>33</sup> Volveremos sobre ello, Vid. *Infra* n.º 50 y ss.

<sup>34</sup> Tal y como defiende J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, la obligación de revelar un conflicto de intereses por parte de los árbitros ha adquirido una importancia primordial en el mundo del arbitraje en estos últimos años, constituyendo un principio fundamental derivado de la buena fe y, cuyo incumplimiento pone en marcha medidas de carácter punitivo, entre ellas, la posible anulación del laudo, “Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. VI, n.º.3, 2013, pp. 799-839.

<sup>35</sup> Caso CIADI n.º. ARB/14/14, Transcripción de la Primera Sesión y Audiencia sobre medidas cautelares, 17 de marzo de 2015, p.145, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6267.pdf>, [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>36</sup> Caso CIADI, n.º. ARB/12/6, Orden procesal n.º.3, de 12 de junio de 2015, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4350.pdf>, [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>37</sup> Sobre estos dos casos, J-C. HONLER, “Recent Decisions on Third Party Funding in Investment Arbitration”, *ICSID Review*, Vol. 30, n.º. 3, 2015, pp. 708-710.

<sup>38</sup> Cuestión que ya ha sido defendida por varios autores apoyándose en razones de transparencia y de conducción del procedimiento de acuerdo al principio de buena fe. Vid. una relación de los mismos, mostrándose igualmente a favor de este deber de revelación, B. OSMANOGLU, “Third Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest”, *Journal of International Arbitration*, vol. 32, n.º. 3, 2015, pp. 340-341.

<sup>39</sup> Coincidimos en este caso con la opinión mostrada por M. OLIVER COJO, “Arbitraje y financiación procesal parciaria...”, *op.cit.*, pp. 76-77.

*efectos, los términos ‘tercero financiador’ y ‘aseguradora’ se refieren a cualquier persona o entidad que contribuya con fondos, u otro tipo de apoyo material, al desarrollo del proceso en interés de la demanda o defensa del caso y que tenga un interés económico directo en, o un deber de indemnizar a una parte por, el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje’.*

**23.** Por su parte, la Directriz 7.a contempla la obligación de revelar la existencia de alguna relación entre el árbitro y cualquier persona que tenga un interés económico en el resultado del arbitraje, señalando en concreto que *“cada parte deberá informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las demás partes y a la institución arbitral o a cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) sobre cualquier relación directa o indirecta que hubiere entre el árbitro y la parte (o cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades o un individuo con una relación de control sobre la parte en el arbitraje), o entre el árbitro y cualquier persona o entidad con un interés económico directo en, o un deber de indemnizar a una parte por, el laudo que se emita en el arbitraje. Cada parte informará a iniciativa propia lo antes posible”.*

**24.** Para eliminar cualquier sombra de duda sobre cuál es la extensión objetiva de esta obligación de revelación, la nota explicativa de esta norma deja bien claro que la ampliación que supone la misma respecto de la anterior versión de las Reglas IBA tiene como objetivo cubrir las relaciones con personas o entidades con un interés económico directo en el laudo que será emitido en el arbitraje, tales como una entidad que financie el arbitraje o, que tengan un deber de indemnizar a una parte por el laudo. La razón de esta ampliación del deber de revelación parece bastante clara con vistas a preservar la integridad del procedimiento arbitral, ya que supone mitigar el riesgo de una impugnación basada en la falta de imparcialidad o independencia de un árbitro tras conocerse dicha información.

**25.** Como bien se puede extraer de esta normativa, no se ha contemplado un deber general de revelar la existencia de “TPF”, sino únicamente una obligación de revelación condicionada a la presencia de una relación previa entre la entidad financiadora y alguno de los árbitros, por lo que sí se puede matizar que la naciente jurisprudencia arbitral ha ido más allá de lo previsto en esta normativa, la cual aunque tiene únicamente una naturaleza de “soft law”, es sabido que ha adquirido gran notoriedad e importancia en la práctica desde la adopción de la primera versión de estas Reglas IBA en el año 2004.

**26.** Por otra parte y, en línea con lo contemplado en las Reglas IBA hay que mencionar igualmente la reciente Nota orientativa emitida por la CCI el 12 de febrero de 2016 sobre el deber de revelación en caso de conflicto de intereses por los árbitros<sup>40</sup>, como parte de su puesta al día de su Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje de la CCI<sup>41</sup>.

**27.** El objetivo principal de este documento es clarificar las circunstancias en las cuales un árbitro debería optar por revelar posibles conflictos de intereses. La Corte espera que esta nota orientativa ayudará a los árbitros a conocer cuando han de realizar una revelación y asegurará que éstos están comprometidos y son transparentes en relación con la revelación de sus potenciales conflictos de intereses. Si bien la nota no establece unas obligaciones específicas sobre los árbitros sino que más bien deja en manos de cada uno de los miembros del tribunal arbitral la decisión de estimar si se revela un potencial conflicto de intereses, sí que contempla una serie de supuestos que pudieran fundamentar un interrogante sobre la imparcialidad de un árbitro. Entre estos específicos casos y, por lo que atañe al tema objeto de estudio, se realiza una expresa mención a la financiación por terceros del arbitraje en relación con el alcance de este deber de revelación. En concreto, se señala por dicha nota orientativa que los árbitros

<sup>40</sup> Vid. “ICC Court Adopts Guidance Note on conflict disclosures by arbitrators”, Nota de prensa disponible en <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Court-adopts-Guidance-Note-on-conflict-disclosures-by-arbitrators/> [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>41</sup> Puede encontrarse en [http://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2015/04/Nota-a-las-partes-y-tribunal-arbitral-sobre-la-conducci%C3%B3n-del-arbitraje\\_22-02-2016.pdf](http://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2015/04/Nota-a-las-partes-y-tribunal-arbitral-sobre-la-conducci%C3%B3n-del-arbitraje_22-02-2016.pdf) [consultado el 24 de mayo de 2016].

deberían de considerar, cuando estén evaluando si realizan una revelación, las relaciones con cualquier entidad que tenga un interés económico directo en la controversia o una obligación directa de indemnizar a una parte por el laudo.

**28.** En consecuencia, se contempla una definición idéntica sobre “TPF” a la ya establecida en las citadas Reglas IBA, que requieren, tal y como hemos visto, revelar por la parte financiada dicha información lo más pronto posible. En el caso de esta nota orientativa de la CCI, se confirma que el árbitro debería considerar la existencia de una financiación de terceros cuando vaya a realizar sus propias revelaciones, lo que asume directamente que el árbitro ha de ser consciente –y, en consecuencia, se le debería haber informado- de la presencia de “TPF” en el concreto procedimiento arbitral. Si tal deber de información por la parte financiada no existiese, el árbitro no podría estimar la presencia de un tercero financiador y, en consecuencia, no tendría medios para evaluar si o no realiza una revelación sobre esta cuestión<sup>42</sup>.

**29.** Los posibles problemas que se pueden plantear en relación con el “TPF” han sido igualmente considerados por la Comisión Europea cuando ha presentado el 12 de noviembre de 2015 el documento sobre su posición en relación con el futuro contenido del capítulo relativo a la protección de las inversiones en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos –TTIP por sus siglas en inglés-<sup>43</sup>. En concreto, este documento es la base de la que parten los negociadores europeos frente a sus homónimos norteamericanos y ha sido llevado por primera vez a la duodécima ronda de negociaciones que se ha celebrado en febrero de 2016. Esta posición europea se diferencia claramente de la postura adoptada por parte de Estados Unidos que defiende incluir un sistema de arbitraje de inversiones similar al ya contemplado en su Acuerdo Modelo sobre inversiones de 2012 y que también ha sido incorporado en el Acuerdo de Asociación Transpacífico<sup>44</sup> –TPP por sus siglas en inglés-.

**30.** En concreto, Europa aboga por un nuevo mecanismo de solución de controversias inversor-Estado a través de la puesta en marcha de un tribunal internacional permanente<sup>45</sup>. Este nuevo mecanismo además, se quiere incluir en todos los Acuerdos bilaterales sobre inversiones que adopte la Unión Europea, con la idea además, de que el mismo fuese aceptado incluso a nivel multilateral mediante un Acuerdo internacional. En este sentido, ya podemos señalar que tanto el texto final del Acuerdo con Vietnam hecho público en diciembre de 2015<sup>46</sup> como más recientemente el Acuerdo con Canadá –CETA en inglés-, cuyo texto final ha sido hecho público el 29 de febrero de 2016<sup>47</sup>, incluyen los deseos mostrados por la Comisión Europea de cambiar el arbitraje de inversiones por un procedimiento cuasi-judicial para resolver las disputas inversor-Estado.

**31.** Hasta cierto punto ha sido sorprendente el cambio que se ha producido en el texto finalmente adoptado en este último Acuerdo en relación con los métodos de solución de controversias inversor-

<sup>42</sup> A. GOLDSMITH y L. MELCHIONDA, “The ICC’s Guidance Note on Disclosure and Third Party Funding: A Step in the Right Direction”, *Kluwer Arbitration Blog*, 14 de marzo de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/> [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>43</sup> Puede consultarse en [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf) [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>44</sup> Sobre el modelo incorporado de resolución de disputas inversor-Estado en este Acuerdo, puede consultarse W. ALSCHNER y D. SKOUGAREVSKIY, “The New Gold Standard? Empirically Situating the TPP in the Investment Treaty Universe”, Working Papers, Graduate Institute of International and Development Studies, 23 de noviembre de 2015, disponible en [http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/working\\_papers/CTEI%202015-8%20Alschner\\_Skougarevskiy\\_TPP.pdf](http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/working_papers/CTEI%202015-8%20Alschner_Skougarevskiy_TPP.pdf), [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>45</sup> Vid. sobre esta cuestión, C. N. BROWER, “Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming the Four Horsemen of the Apocalypse for International Investment Dispute Arbitration?”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. VIII, n.º.3, 2015, pp.653-686; E. FERNÁNDEZ MASÍA, “Adiós al arbitraje de inversiones en la Unión Europea”, en *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Thomson-Reuters, 2016, pp. 493-512.

<sup>46</sup> Puede encontrarse en [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc\\_154210.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf) [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>47</sup> Puede encontrarse en [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc\\_154329.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf) [consultado el 24 de mayo de 2016].

Estado. Hay que recordar que las dos partes habían llegado a un acuerdo sobre un texto final en el verano de 2014 y que fue publicado el 26 de septiembre de ese mismo año<sup>48</sup>. En esta versión se seguía contemplando al arbitraje internacional como método principal de solución de disputas, aunque se introducían importantes innovaciones, algunas de las cuales habían sido ya incorporadas por Canadá en sus Tratados en los últimos años<sup>49</sup>. Sin embargo, aprovechando la revisión jurídica del texto, en el nuevo Acuerdo final de 29 de febrero de 2016 se ha modificado el capítulo de inversiones incluyendo un nuevo sistema de solución de controversias basado en el sistema propugnado por la UE de un Tribunal internacional en dos niveles. Este cambio radical viene acompañado por un firme compromiso de la Unión Europea y Canadá para alinear esfuerzos con otros Estados con el fin de crear un tribunal internacional multilateral de inversiones con una estructura similar a la contemplada en este Acuerdo. Este nuevo posicionamiento de Canadá y su alineamiento con la postura propugnada por las instituciones europeas puede suponer una presión añadida para los negociadores norteamericanos en relación con la manera de enfocar esta espinosa cuestión dentro del futuro texto final del TTIP.

**32.** Por lo que hace referencia a la cuestión de la inclusión de una disposición específica en relación con la financiación por terceros, en el texto modelo de noviembre de 2015 –artículo 8- se introduce el siguiente esquema. Se incluye un artículo que lleva por título “Third Party Funding”, en donde se contempla la obligación de la parte contendiente que está siendo financiada de notificar a la otra parte contendiente y a la división del tribunal, o en el caso de que todavía no se hubiese constituido el mismo, al Presidente del Tribunal internacional permanente, el nombre y dirección del tercero financiador. Dicha notificación deberá ser presentada, de forma general, en el momento en que se solicita la iniciación del procedimiento arbitral, aunque si el acuerdo de financiación es posterior, habrá de ser realizada tan pronto como sea posible. En consecuencia, el deber de revelación afecta a la parte financiada pero únicamente se refiere a la identidad del tercero financiador, una obligación que está presente en todo el desarrollo del procedimiento arbitral. Este mismo esquema es repetido en el artículo 8.26 del nuevo CETA<sup>50</sup>.

**33.** Por el contrario, el alcance y consecuencias de la intervención de un tercero financiador en un procedimiento inversor-Estado son mucho más amplias en la redacción del artículo 11 de la Sección Tercera del Capítulo Octavo del Acuerdo con Vietnam. En concreto, en primer lugar, se contempla igualmente el deber de revelación por la parte contendiente financiada, del nombre y dirección del tercero financiador tan pronto como sea posible. Sin embargo, se va mucho más allá que en el modelo que se quiere negociar con Estados Unidos y que se ha plasmado de igual manera en el Acuerdo con Canadá. Así, en segundo lugar, se amplía ese deber de revelación pues se exige de manera expresa la obligación de revelar igualmente, la existencia y la naturaleza del acuerdo de financiación. En tercer lugar, se señala que el tribunal arbitral a la hora de aplicar la disposición relativa a la solicitud de una fianza procesal, tomará en cuenta la existencia de “TPF”. Además, por último, se contempla en el caso de condena en costas, que el tribunal podrá valorar como un elemento para su graduación si la parte contendiente ha cumplido o no con el deber de revelación impuesto.

**34.** Tal y como hemos ido viendo parece que en estos momentos se viene consolidando una cierta aceptación tanto en la práctica arbitral como en las primeras regulaciones sobre la cuestión, en relación con la necesidad de revelar la existencia de financiación por parte de terceros mediante la no-

<sup>48</sup> Puede encontrarse en [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc\\_152806.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf) [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>49</sup> Vid. sobre esta cuestión, E. FERNÁNDEZ MASÍA, “Hacia la creación de un tribunal internacional de inversiones”, *La Ley*, n.º.8650, 20 de noviembre de 2015, pp.10-11; N. BERNASCONI-OSTERWALDER, “Commentary to the Draft Investment Chapter of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement”, IISD Report, mayo 2013, disponible en [https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/commentary\\_investment\\_chapter\\_CETA.pdf](https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/commentary_investment_chapter_CETA.pdf) [consultado el 15 de junio de 2016].

<sup>50</sup> “1. Where there is third party funding, the disputing party benefiting from it shall disclose to the other disputing party and to the Tribunal the name and address of the third party funder. 2. The disclosure shall be made at the time of the submission of a claim, or, if the financing agreement is concluded or the donation or grant is made after the submission of a claim, without delay as soon as the agreement is concluded or the donation or grant is made”.

tificación de la identidad del financiador<sup>51</sup> y, de esta manera además, permitir a los árbitros satisfacer la exigencia de que no incurren en ningún tipo de conflicto de intereses. Una tendencia que merece nuestra aprobación con el fin de salvaguardar la integridad y la transparencia del proceso arbitral<sup>52</sup>.

35. Mayores dudas se plantean en la actualidad respecto a si el deber de revelación en relación al “TPF” debe ir más allá. En concreto, los interrogantes e incertidumbres planean sobre si el deber de relevación debe abarcar la naturaleza y términos concretos del acuerdo de financiación.

## 2. Los términos del acuerdo de financiación

36. Partiendo de lo decidido por el tribunal arbitral en el caso SAS c. Bolivia, la cuestión se respondería claramente de forma negativa, tal y como ya habíamos adelantado. En este caso, Bolivia no sólo solicitó al tribunal que la parte demandada revelase la identidad del tercero financiador sino que igualmente, basándose en que únicamente de esta forma se podría confirmar si existen o no conflictos de intereses que pondrían en riesgo el procedimiento arbitral y en consecuencia el futuro laudo que pudiese emitirse, se ordenase la revelación de los términos de acuerdo de financiación.

37. Esta obligación de revelar los términos del “TPF”, de acuerdo con Bolivia, permitiría evaluar dos aspectos fundamentales: 1) considerar quién es verdaderamente la parte interesada en el arbitraje que se está desarrollando, ya que se podría conocer si alguna o todas las pretensiones han sido cedidas al tercero financiador y, 2) verificar la existencia de un verdadero compromiso por parte del tercero financiador en el acuerdo de hacer frente a la eventual condena en costas de la parte contendiente financiada. Ante las posibles dudas sobre la insuficiencia económica de la parte demandada, únicamente la confirmación de la existencia de tal obligación dentro del acuerdo por parte del tercero financiador permite obtener la certeza de que Bolivia pudiera obtener las costas procesales en las que incurra en este procedimiento arbitral.

38. Por su parte, SAS, la parte demandante y financiada mediante un acuerdo “TPF”, alegó que aunque, tal y como ya hemos señalado, estaba de acuerdo en revelar la identidad del tercero financiador, dicha revelación era suficiente para mostrar la inexistencia de cualquier relación relevante entre las partes y los árbitros, lo cual eliminaba todo tipo de conflicto de intereses y hacía innecesario toda obligación supletoria de relevación de información adicional sobre los términos del acuerdo de financiación. Además, se argumentó que no había cedido en ningún caso sus pretensiones, no existiendo prueba alguna en otro sentido. Por último, SAS defiende que los términos del acuerdo de financiación no tienen relevancia alguna para decidir sobre el verdadero objeto de ese procedimiento arbitral y que la revelación de los mismos si así se ordenase, podría ocasionarle graves perjuicios tanto a la parte contendiente como al tercero financiador, pues los términos de dicho acuerdo son confidenciales y comercialmente sensibles.

39. El tribunal arbitral no dudó en ordenar la revelación de la identidad del tercero financiador pero negó la solicitud de Bolivia de obligar a revelar los términos del acuerdo de financiación celebrado con el tercero financiador<sup>53</sup>. Esta decisión se fundamentó en primer lugar, en la irrelevancia de conocer si el tercero financiador haría o no frente a una eventual condena en costas, ya que el tribunal había

---

<sup>51</sup> A una conclusión parecida llegan muy recientemente, M. N. ILLIESCU, “A Trend towards Mandatory Disclosure of Third Party Funding? Recent Developments and Positive Impact”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2 de mayo de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/05/02/a-trend-towards-mandatory-disclosure-of-third-party-funding-recent-developments-and-positive-impact/> [consultado el 24 de mayo de 2016]; N. DARWAZEH y A. LELEU, “Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third Party Funding”, *Journal of International Arbitration*, Vol.33, n.º.2, p. 135.

<sup>52</sup> No faltan opiniones, sin embargo, que están en contra de este deber de revelación, pues estiman que una vez que un tribunal arbitral tenga conocimiento de la existencia de financiación, puede crearse el prejuicio de que las pretensiones presentadas están poco fundamentadas, Vid. en este sentido, J. VON GOELER, *Third Party Funding in International...*, op. cit., p. 151.

<sup>53</sup> Vid. Orden procesal n.º.10, cit., n.º.69 y ss.

estimado que no se reunían las circunstancias necesarias para decretar una caución con tal fin. Y en segundo lugar, que no existía ninguna razón adicional para cambiar la decisión ya tomada por el tribunal en la fase de producción de documentos donde se había ya negado la solicitud de Bolivia de obligar a revelar los términos del acuerdo de financiación. En consecuencia, la decisión del tribunal arbitral apoya la postura de un deber de revelación “limitado” en relación con la presencia de un acuerdo “TPF” en un arbitraje. Este deber de revelación estaría limitado a la identidad del tercero financiador a menos que el solicitante aportase circunstancias excepcionales que pudieran obligar a revelar los términos del acuerdo de financiación.

40. Esta decisión arbitral está en línea con lo manifestado con la mayoría de las respuestas contempladas en el estudio sobre arbitraje internacional publicado en octubre de 2015 conjuntamente por la Universidad Queen Mary de Londres y el despacho White & Case<sup>54</sup>. En este estudio, un 71% de los encuestados opinaba que era necesaria la adopción de normativas que tuvieran en cuenta los acuerdos “TPF” y su incidencia en el desarrollo de un procedimiento arbitral. En este sentido, dicha normativa habría de contemplar que *“it should be mandatory in international arbitration for claimants to disclose any use of third party funding and the identity of the funders involved, but not the full terms of any funding arrangement”*. Esta postura se ha defendido porque revelar la existencia del acuerdo y la identidad del tercero financiador proporcionaría una transparencia al procedimiento arbitral que ayudaría a evitar posibles conflictos de intereses. Sin embargo, si bien una minoría estaba a favor de revelar los términos de acuerdo en su totalidad para valorar la influencia que pudiera tener el tercero financiador sobre el desarrollo del procedimiento arbitral, una gran mayoría rechazó esta propuesta argumentando que tal revelación sería irrelevante para una gestión efectiva de dicho procedimiento.

41. Esta posición de defensa de un deber de revelación “limitado”, sin embargo, no fue precisamente la ordenada por parte del tribunal arbitral en el caso Muhammet & Sehil c. Turkmenistan, que por el contrario, asumió la postura de la existencia de un deber de revelación “amplio” respecto al “TPF”. El tribunal arbitral en la orden procesal número 3, de 12 de junio de 2015, decretó la revelación del tercero financiador y los términos del acuerdo de financiación. El tribunal arbitral, fundamentó esta decisión en cuatro importantes factores<sup>55</sup>: 1) asegurar la integridad del procedimiento arbitral determinando la existencia o no de relaciones relevantes con los árbitros, 2) valorar si hay un posible fundamento para la hipotética solicitud futura por parte del Estado contendiente de una *cautio judicatum solvi*<sup>56</sup>, 3) aclarar la existencia o no de un tercero financiador ante las dudas planteadas por la conducta procesal del demandante y, 4) estimar la falta de pago de una condena en costas en otro procedimiento arbitral por esta misma parte contendiente.

42. Esta misma posición de abogar por un deber de revelación “amplio” respecto del “TPF” es también recogida en el proyecto de reglas de arbitraje de inversiones del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur<sup>57</sup>. Si finalmente el texto proyectado se convierte en definitivo, este reglamento institucional de arbitraje será el primero que se ocupa de regular el “TPF”. En concreto, la regla 23.1 expresamente otorga al tribunal la posibilidad de ordenar la revelación *“of the existence and details of a party’s third party funding arrangement, including details of the identity of the funder, the funder’s interest in the outcome of the proceedings, and whether or not the funder has committed to undertake adverse costs liability”*.

<sup>54</sup> Queen Mary and White & Case’s International Arbitration Survey (octubre 2015), disponible en <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>55</sup> J-C. HONLET, “Recents decisions on third party...”, op.cit., pp. 709-710.

<sup>56</sup> De hecho, tras esta decisión del tribunal arbitral, el 29 de septiembre de 2015 la parte demandada presentó una solicitud para que el tribunal ordenase la constitución de una fianza para el pago de las costas. El tribunal arbitral ha decidido sobre esta cuestión en la orden procesal nº.6, de 6 de febrero de 2016. Dicha decisión no ha sido publicada. Vid. los detalles de este procedimiento arbitral en la web del CIADI, que pueden encontrarse en <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/6&tab=PRD> [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>57</sup> Dicho proyecto de reglamento puede encontrarse en <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA%20Rules%20%28rev%2020160115%29.pdf>. [consultado el 24 de mayo de 2016].

43. Con esta disposición, este proyecto de reglamento arbitral se viene a alinear con la posición defendida por el tribunal arbitral en el caso *Muhammet & Sehil c. Turkmenistan*, donde tal y como hemos visto, se había contemplado ya el poder inherente que tiene todo tribunal arbitral para decretar la revelación de la existencia y/o los términos del acuerdo de financiación, en la medida necesaria para cada caso concreto.

44. En nuestra opinión, entre las circunstancias concretas de cada caso para ampliar el deber de revelación habría que incluir una posible solicitud por la parte demandada de una *cautio judicatum solvi*. En este supuesto se puede señalar que si existen suficientes pruebas que sugieren que el demandante es insolvente o va a llegar a serlo al final del procedimiento arbitral, la existencia de “TPF”, junto con otros factores que muestren un abuso o una práctica de mala fe por parte del demandante<sup>58</sup>, puede influenciar en la decisión del tribunal arbitral requiriéndole a que se obligue a revelar los términos del acuerdo de financiación. En tal caso, los tribunales arbitrales deberían revisar de forma detallada el contenido del acuerdo y más en concreto, las cláusulas y términos que establezcan si y bajo qué circunstancias el tercero financiador puede dar por terminada la financiación y, si además se hace responsable de una posible condena en costas<sup>59</sup>.

45. Hay que recordar, por último, que en relación con esta cuestión ni dentro de la propia Comisión europea parece existir una idea clara en relación con el contenido concreto de los Acuerdos de Inversión de la Unión Europea<sup>60</sup>. Así, tal y como ya hemos señalado, tanto el documento de negociación con Estados Unidos para el texto del TTIP como en el texto final del CETA de 29 de febrero con Canadá, se ha incorporado una disposición en donde se viene a contemplar un deber de revelación limitado, pues únicamente se refiere al nombre y dirección del tercero financiador. Por su parte, el Acuerdo con Vietnam parece incorporar una obligación más amplia al expresamente incluir dentro del deber de revelación, además del nombre y dirección del tercero financiador, “*the existence and nature of the funding arrangement*”.

46. La falta de regulación existente sobre esta figura y la tensión existente entre el potencial impacto que tiene la existencia de financiación sobre la integridad del procedimiento arbitral y el perjuicio que puede causarse a la parte contendiente y al financiador por la revelación de los términos concretos del acuerdo de financiación encuentra un adecuado reflejo sobre las dudas existentes y el debate que genera la limitación o no del deber de revelación sobre esta cuestión. Por ello, podría ser conveniente que intentando lograr un adecuado equilibrio, tanto la posible regulación futura como los tribunales arbitrales contemplasen una cierta flexibilidad sobre la amplitud del deber de revelación del contrato de financiación, de tal manera que únicamente cuando existan razones claras y convincentes sea preciso otorgar un mayor alcance a esta obligación y siempre con la justificación primordial de no dañar la integridad del procedimiento arbitral<sup>61</sup>.

## IV. El impacto de la presencia de “TPF” sobre una solicitud de caución y una condena en costas

### 1. Las solicitudes de caución

47. *La cautio judicatum solvi* –security for costs en inglés- es una figura jurídica ampliamente utilizada en el mundo jurídico anglosajón que, poco a poco, ha venido incorporándose al arbitraje inter-

<sup>58</sup> Esta situación encuentra un excelente y paradigmático ejemplo en el caso del denominado arbitraje “hit and run” (golpea y corre). En estos supuestos, la parte demandante es una empresa subsidiaria que ha sido intencionalmente desprovista de todos sus activos por parte de su empresa matriz con el fin de beneficiarse de un laudo condenatorio y, al mismo tiempo, evitar todo riesgo de tener que hacer frente al pago de una indemnización o a una condena en costas.

<sup>59</sup> Precisamente, en un caso de arbitraje comercial internacional, un tribunal constituido bajo las reglas de la CCI (*X v. Y and Z*, ICC Case Procedural Order of 3 August 2012), obligó a constituir una fianza a la parte financiada sobre la base de que, entre otras razones, el acuerdo de financiación no abarcaba las condenas en costas y además permitía terminar el acuerdo en cualquier momento de forma discrecional por parte del financiador.

<sup>60</sup> Vid. *Supra* n.º. 32 y ss.

<sup>61</sup> Defendiendo esta postura también, E. CHAN, “Proposed Guidelines for the Disclosure of Third Party Funding Arrangements in International Arbitration”, *American Review of International Arbitration*, Vol. 26, n.º. 2, 2015, pp. 282-283.

nacional. Esta fianza procesal es una medida cautelar que consiste en que la parte demandada exige al tribunal arbitral que ordene que la parte demandante pague una cantidad de dinero en concepto de fianza con el fin de garantizar que el solicitante pueda recuperar las costas del arbitraje si al finalizar el procedimiento arbitral las pretensiones de la parte demandante son finalmente rechazadas siendo además esta parte condenada a pagar las costas de la otra<sup>62</sup>.

**48.** Los tribunales arbitrales, de forma tradicional y especialmente en controversias inversor-Estado, se han mostrado desde siempre bastante reacios a conceder este tipo de solicitudes cuando así se les ha requerido. Aun no dudando de los poderes del tribunal para decretar esta medida cautelar, cuestión confirmada en varios casos, el especial énfasis que los tribunales han otorgado al requisito de la necesidad y urgencia de la medida, lo que ha supuesto que el ejercicio de esta potestad únicamente debe afirmarse en circunstancias extremas y excepcionales, ha conducido a que con una única excepción –RSM c. Santa Lucía-<sup>63</sup>, aquellos se hayan negado a concederla<sup>64</sup>.

**49.** Sin embargo, la novedad que supone la presencia de un acuerdo de financiación de terceros en el arbitraje internacional podría ser un factor de cambio de la anterior postura. Así, ha habido alguna opinión doctrinal que defiende que la existencia de “TPF” podría justificar que un tribunal arbitral ordenase que la parte contendiente financiada preste caución suficiente para cubrir las costas derivadas del arbitraje<sup>65</sup>.

**50.** En este mismo sentido, en el caso SAS c. Bolivia, el Estado boliviano había solicitado la constitución de una fianza de este tipo, declarando que la precaria situación económica del demandante venía corroborada por la existencia de “TPF” en este caso. La relevancia de un acuerdo de financiación incidía, de acuerdo con lo defendido por Bolivia, de manera clara en la necesidad de ordenar una caución en base a tres factores de indudable importancia: 1) si no hay medios para cubrir sus propios gastos derivados del arbitraje, mucho menos habrá, *a fortiori*, para reembolsar los gastos que haya podido incurrir la parte demandada, 2) no existe prueba alguna de que en los términos del acuerdo de financiación, el tercero se haya obligado a pagar una eventual condena en costas y, 3) ante la presencia de un tercero financiador, existe una presunción a favor de que se ordene dicha medida, trasladándose la carga de la prueba de que no debería ordenarse la caución a la parte financiada. Por su parte, SAS se opuso de manera enérgica a la solicitud de Bolivia, argumentado que la contratación de un tercero financiador no justificaba ni mucho menos el otorgamiento de una medida cautelar de este tipo.

**51.** El tribunal arbitral fue claro al respecto en relación a esta solicitud de Bolivia, rechazándola<sup>66</sup>. Dicha decisión la fundamentó en varios motivos: 1) reiteró, en primer lugar, que los distintos tribunales arbitrales mantienen como una posición general, que la carencia de activos, la imposibilidad de mostrar cuáles son los recursos económicos disponibles, o la existencia de un riesgo o de dificultades económicas que afecten a las finanzas de una empresa no son per se razones suficientes para conceder una caución. Esta fianza únicamente podría ser otorgada en circunstancias extremas y excepcionales, en donde se pruebe una conducta abusiva constante de que la que pueda inferirse mala fe de la parte a quien se pide otorgar dicha medida, 2) apoyó lo ya declarado por el tribunal arbitral en el caso Eurogas c. Eslovaquia, en donde se señaló que la sola presencia de un tercero que financie el arbitraje no es una causal excepcional que justifique otorgar una caución de este tipo, 3) sostuvo que la presencia de un tercero financiador por sí sola no demuestra la imposibilidad de pago o insolvencia, pues es posible obtener

<sup>62</sup> W. KIRTLEY y K. WIETRZYKOWSKY, “Should an Arbitral Tribunal Order Security for Costs when an Impecunious Claimant Is Relying upon Third Party Funding?”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 30, n.º. 1, 2013, pp. 19-21.

<sup>63</sup> Vid. *Infra* n.º. 52.

<sup>64</sup> J. VON GOELER, *Third Party Funding in International...*, *op.cit.*, pp. 337-338.

<sup>65</sup> En este sentido, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2014, p. 2496, señala que la falta de recursos económicos de una parte para satisfacer una condena en costas, junto con que exista un acuerdo de financiación por terceros, constituye “*a strong prima facie case for security for costs*”.

<sup>66</sup> Orden procesal n.º.3, de 11 de enero de 2016, *cit.*, n.º.45 y ss.

financiación por otras razones distintas y, 4) respaldó que aunque la existencia de un tercero financiador puede ser un elemento a tener en cuenta al decidir una medida de este tipo, el convertirla en determinante para otorgarla o denegarla, provocaría que la parte demandada en un arbitraje internacional podría siempre solicitar y obtener dicha caución de manera sistemática, aumentando de esta manera el riesgo de obstaculizar las reclamaciones legítimas.

**52.** Con esta postura, el tribunal arbitral se alinea con la posición mantenida por otros tribunales arbitrales que en situaciones semejantes habían denegado la solicitud de caución, argumentando que la mera presencia de un acuerdo de financiación no justifica ordenar que se preste una caución de este tipo<sup>67</sup>. Puede decirse que la única excepción en relación con esta cuestión se produjo en el caso RSM c. Santa Lucía<sup>68</sup>. Sin embargo, hemos de señalar que a este caso realmente le rodeaban unas circunstancias excepcionales que si podían fundamentar la orden que finalmente emitió el tribunal arbitral sobre la obligación de prestar caución<sup>69</sup>. En realidad, no fue la mera presencia de “TPF” la que inclinó la balanza para aceptar la solicitud por parte del tribunal, sino que lo verdaderamente relevante en este caso fue un cúmulo de factores, entre los que destacaba el historial de incumplimiento por parte del demandante de hacer frente a las costas a las que había sido condenado tanto en otro procedimiento arbitral anterior como en otros procedimientos judiciales nacionales.

**53.** Este elevado nivel de exigencia –que consideramos apropiado–, basado en circunstancias excepcionales para el otorgamiento de esta medida encuentra su justificación precisamente, en el arbitraje de disputas inversor-Estado, en las concretas características que presentan muchas de las reclamaciones que se realizan en este concreto ámbito, pues se suelen impugnar acciones gubernativas que han violado un estándar de protección de un Acuerdo de Inversiones, así por ejemplo una expropiación, y que han tenido como consecuencia inmediata la actual situación de dificultad económica en la que se puede encontrar el demandante que necesita de financiación. Si tal umbral se rebajase de tal manera que la presencia de un tercero financiador pudiese activar la concesión de una caución, un Estado podría hacer suyos los distintos activos de una empresa y luego exigir en el posterior procedimiento arbitral que el ahora demandante insolvente ha de prestar fianza por millones de dólares con el fundamento de que tal empresa se encuentra en graves dificultades económicas y por ello sería incapaz de hacer frente a una hipotética condena en costas.

**54.** En este mismo sentido, se manifiesta también el proyecto de informe adoptado por el grupo de trabajo conjunto ICCA-Universidad Queen Mary sobre solicitudes de caución y costas<sup>70</sup>, donde, en primer lugar, se deja claro que la decisión en el caso RSM c. Santa Lucía no puede apoyar para nada la idea de que se debe ordenar una fianza procesal siempre que esté presente un “TPF”. Además, como postura general, se concluye que la existencia de un acuerdo de financiación por sí solo no significa ni mucho menos que la parte contendiente financiada esté en una situación de precariedad financiera.

**55.** La práctica nos muestra que cada vez en mayor medida existe una utilización creciente de este tipo de acuerdos por parte de grandes empresas que son solventes y que buscan mitigar riesgos. En consecuencia, la mera presencia de un tercero financiador en un procedimiento arbitral no es por sí sola una razón suficiente para ordenar que se preste una *cautio judicatum solvi*. Por el contrario, tal y como ya hemos señalado con anterioridad, donde concurren circunstancias excepcionales de forma cumula-

<sup>67</sup> Vid. J-C- HONLET, “Recents decisions on Third Party...”, op.cit., pp. 704-707.

<sup>68</sup> Caso CIADI n.º ARB/12/10. Sobre el mismo, puede consultarse muy recientemente, F. ROSENFELD, “Security for Costs in ICSID Arbitration: RSM Production Corporation v. St. Lucia”, *Arbitration International*, Vol. 32, n.º 1, 2016, pp. 157-166.

<sup>69</sup> Decisión sobre la solicitud de *cautio judicatum solvi* de Santa Lucía, de 13 de agosto de 2014, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf> [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>70</sup> Disponible en <http://www.ccls.qmul.ac.uk/docs/news/170813.pdf>. [consultado el 15 de junio de 2016]. Vid. sobre el mismo, S. BREKOULAKIS, “The Impact of Third Party Funding on Allocation for Costs and Security for Costs Applications. The ICCA-Queen Mary Task Force Report”, *Kluwer Arbitration Blog*, 18 de febrero de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/02/18/the-impact-of-third-party-funding-on-allocation-for-costs-and-security-for-costs-applications-the-icca-queen-mary-task-force-report/> [consultado el 24 de mayo de 2016].

tiva<sup>71</sup>, los términos concretos del acuerdo de financiación, siempre que se haya obligado a revelarlos, pueden ser un elemento relevante más para otorgar la medida solicitada.

56. Hay que señalar, por último que, sin embargo, como una matización a esta postura jurisprudencial, lo contemplado en el citado Acuerdo de Libre Comercio de la Unión Europea con Vietnam<sup>72</sup>, donde se señala que el tribunal cuando esté evaluando sobre una solicitud de caución, deberá tomar en consideración la existencia de “TPF”. En nuestra opinión, si se quiere ser coherente con lo manifestado ya por los tribunales arbitrales, dicha consideración expresa de la presencia de un acuerdo de este tipo habría de valorarse conjuntamente con otros factores o circunstancias para ordenar por parte del tribunal la necesidad de prestar dicha fianza. Dicho de otra manera, una evaluación con un estándar elevado sobre la necesidad y urgencia de la medida que muestre un alto riesgo económico real para el demandado y una actuación abusiva de la parte a quien se pide otorgar la caución.

## 2. Condena en costas

57. Los tribunales arbitrales cuando han tenido que valorar si la mera presencia de un “TPF” es una razón suficiente para dictar una decisión condenatoria en costas, han considerado que la existencia de un acuerdo de financiación no es por sí solo un factor que se deba tener en cuenta en la determinación y asignación de las costas<sup>73</sup>.

58. Sobre esta cuestión, por ejemplo, el tribunal arbitral en el caso Kardassopoulos c. Georgia fue claro, afirmando la inexistencia de un principio en el arbitraje internacional por el cual la presencia de un acuerdo de financiación sea un factor determinante para valorar la cantidad que debe recuperar una parte contendiente en concepto de costas<sup>74</sup>. Del mismo modo, se manifiesta el proyecto de informe ICCA- Queen Mary citado al señalar que “*the fact that a party’s costs have been funded should generally not be regarded as a relevant factor in determining whether or not costs are to be allocated based on the outcome of the case*”<sup>75</sup>.

59. La hasta ahora escasa práctica arbitral sobre esta cuestión no coincide, sin embargo, con las disposiciones incluidas tanto en el citado proyecto de Reglas de Arbitraje del SIAC como en el Acuerdo de Libre Comercio de la Unión Europea con Vietnam.

60. Así, por una parte, en la regla 32.1 del citado proyecto de Reglas de Arbitraje del SIAC se permite que el tribunal pueda tomar en cuenta la existencia de acuerdos de financiación en el momento de prorratear las costas del arbitraje, y además, en la regla 34 se concede al tribunal el poder de ordenar condenas en costas contra terceros financiadores cuando se estime apropiado. La inclusión de estas reglas se ha defendido<sup>76</sup>, porque aunque se señala que las entidades financiadoras suelen contratar un seguro “after the event” y además, se les requiere por la *Association of Litigation Funders*<sup>77</sup> para que in-

<sup>71</sup> N. DARWAZEH y A. LELEU, “Disclosure and Security for Costs...”, op.cit., pp.146, defienden que los tribunales arbitrales deberían ser más sensibles a las solicitudes de caución, especialmente en los supuestos en que un demandante insolvente está siendo financiado y el demandado se enfrenta con un riesgo serio de estar ante un arbitraje “hit and run”. En estos casos, además y, en el supuesto de un arbitraje inversor-Estado, no sólo se protegerían los intereses de la parte demandada sino también los de los contribuyentes de ese país.

<sup>72</sup> Vid. Supra n°. 33.

<sup>73</sup> Vid. J-C. HONLER, “Recents decisions on third party...”, op.cit., pp. 702-704.

<sup>74</sup> Casos CIADI, n°.ARB/05/18 y n°.ARB/07/15, Laudo de 3 de marzo de 2010, p.215, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0445.pdf> [consultado el 24 de mayo de 2016]. Igualmente, RSM c. Granada, Caso CIADI n°.ARB/05/14, Procedimiento de Anulación, Orden del Comité cerrando el procedimiento y decisión sobre costas, pp. 18-19, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0727.pdf> [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>75</sup> Doc. cit., p. 10.

<sup>76</sup> J. LIM y D. PRASAD, “A Brief Overview of the Draft SIAC Investment Arbitration Rules 2016”, Kluwer Arbitration Blog, 12 de marzo de 2016, disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/03/12/a-brief-overview-of-the-draft-siac-investment-arbitration-rules-2016/> [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>77</sup> The Association of Litigation Funders of England and Wales. Forman parte de la misma las siguientes entidades finan-

cluyan su responsabilidad por condena en costas dentro de sus acuerdos de financiación, tales prácticas “*self regulatory*” ni son obligatorias ni son cumplidas de forma general. De tal manera, que las citadas disposiciones intentan reducir el riesgo de que los Estados que hubiesen ganado y quisieran recuperar las costas, no pudieran. Llama especialmente la atención la disposición que contempla el poder otorgado al tribunal de poder imponer las costas al tercero financiador. En efecto, nos plantea serias dudas esta posibilidad pues, en principio, el tribunal no tiene competencia alguna para emitir una orden de este tipo, ya que ni el tercero financiador es parte del acuerdo arbitral ni tampoco ha sido parte procesal en el procedimiento arbitral<sup>78</sup>.

61. En relación, por último, con el Acuerdo de Libre Comercio de la Unión Europea con Vietnam conviene recordar como el tribunal arbitral puede, al evaluar el reparto de las costas en el laudo, tomar en consideración si la parte contendiente financiada ha cumplido con sus obligaciones en relación al deber de revelación que le incumbe<sup>79</sup>.

## V. Valoración final

62. La financiación por terceros en el arbitraje internacional ha irrumpido con fuerza inusitada y se ha convertido en poco tiempo en una fuente de debate y de fuerte enfrentamiento entre sus partidarios y detractores. Su más importante justificación consistente en lograr un efectivo acceso a la justicia no puede hacernos olvidar algunos de los problemas que supone en relación con la transparencia e integridad del procedimiento arbitral. Las cuestiones más espinosas y controvertidas en donde se están centrando los tribunales arbitrales en sus primeras decisiones sobre la presencia de “TPF” se refieren al deber de revelación de esta financiación y a la incidencia sobre el pago de las costas y, todavía puede decirse que, en estos momentos, las dudas persisten y necesitan de una mayor clarificación. La falta de una regulación precisa que contemple las pautas a seguir en estos casos no ayuda y, sólo muy recientemente, comienza a vislumbrarse una cierta preocupación por abordar esta cuestión por parte de la comunidad arbitral.

63. De lo expuesto, sin embargo, podemos señalar que se ha iniciado una tendencia arbitral favorable al deber de revelación de la financiación por terceros, aunque se mantienen dudas sobre cuál debe ser su amplitud. Del mismo modo, la sola presencia de un tercero financiador, por ahora, no se ha convertido en un factor determinante a la hora de la concesión de las solicitudes de caución y de condena en costas.

---

ciadoras: Burford Capital, Calunius Capital, Harbour Litigation Funding, Redress Solutions, Therium Capital Management, Vannin Capital y Woodsford Litigation Funding. Su código de conducta e información relevante para los abogados puede consultarse en <http://associationoflitigationfunders.com> [consultado el 24 de mayo de 2016].

<sup>78</sup> En este mismo sentido, Vid. Informe ICCA-Queen Mary, doc.cit., p. 10.

<sup>79</sup> Vid. Supra n.º. 33.