Naciones Unidas A/CN.9/WG.III/WP.157

Asamblea General

Distr. limitada
24 de enero de 2019
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados)
37º período de sesiones
Nueva York, 1 a 5 de abril de 2019

Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)

Financiación por terceros

Nota de la Secretaría

Índice

Página

I. Introducción . . . 2
II. Financiación por terceros . . . 2
A. Definición y marco jurídico . . . 2
1. Definición y alcance de la financiación por terceros . . . 2
2. Marco jurídico . . . 4
B. Cuestiones principales . . . 5
1. Conflictos de intereses y comunicación de información . . . 6
2. Control e influencia del tercero . . . 7
3. Confidencialidad y secreto profesional . . . 7
4. Costas y garantías de cobro de las costas . . . 8
5. Efectos sobre las demandas infundadas . . . 9
III. Cuestiones que podrían examinarse . . . 10

V.19-00410 (S) 150219 150219

Se ruega reciclar

I. Introducción

1. En su 35º período de sesiones, el Grupo de Trabajo sugirió que la Secretaría: i) preparara una lista con las inquietudes sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) planteadas durante sus períodos de sesiones 34º y 35º; ii) estableciera un posible marco para sus deliberaciones futuras; y iii) examinara qué información adicional se podría proporcionar a los Estados para asistirlos con respecto al alcance de algunas inquietudes (A/CN.9/935, párrs. 99 y 100).

2. En su 36º período de sesiones, el Grupo de Trabajo inició el examen de las cuestiones relativas a la SCIE sobre la base del documento A/CN.9/WG.III/WP.149, en el que se abordan los temas i) y ii) desde una perspectiva general, y los documentos A/CN.9/WG.III/WP.150 a A/CN.9/WG.III/WP.153, en los que se proporciona información de antecedentes sobre la uniformidad de los laudos arbitrales emitidos por tribunales de SCIE y asuntos conexos, la independencia, imparcialidad y mecanismos de nombramiento de los árbitros y el costo y la duración de los procesos de SCIE[1].

3. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo también tomó nota de las observaciones formuladas, incluidas las inquietudes que se habían expresado sobre la financiación por terceros, y convino en examinar, en el siguiente período de sesiones, si sería conveniente que la CNUDMI emprendiese reformas en materia de financiación por terceros (A/CN.9/964, párrs. 134 y 136).

4. La finalidad de la presente nota es proporcionar información adicional a los Estados para asistirlos con respecto al alcance de las inquietudes relacionadas con la financiación por terceros. Como en el caso de otros documentos proporcionados al Grupo de Trabajo, la presente nota se ha preparado utilizando como referencia una amplia gama de información publicada sobre el tema, y no se pretende con ella expresar una opinión sobre la conveniencia de las reformas, ya que esa es una cuestión que le corresponde considerar al Grupo de Trabajo[2].

II. Financiación por terceros

A. Definición y marco jurídico

1. Definición y alcance de la financiación por terceros

5. La financiación por terceros se define generalmente como un acuerdo en virtud del cual una persona que no es parte en la controversia (el “tercero que aporta financiación”) proporciona financiación u otro tipo de apoyo material a una de las partes litigantes (normalmente el demandante o el bufete de abogados que lo represente), a cambio de una remuneración, que dependerá del resultado de la controversia. La remuneración puede adoptar cualquier forma, si bien lo más frecuente es que se trate de una suma que sea un múltiplo del monto que se ha pagado en concepto de financiación, un porcentaje de la cantidad obtenida como resultado del proceso, una cantidad fija o una combinación de las posibilidades anteriores.

[1] El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que en el documento A/CN.9/WG.III/WP.150 se trata la cuestión de la uniformidad y asuntos conexos, en los documentos A/CN.9/WG.III/WP.151 y A/CN.9/WG.III/WP.152 se abordan los temas relativos a los árbitros y los decisores en el ámbito de la SCIE y en el documento A/CN.9/WG.III/WP.153 se estudian los costos y la duración de los mecanismos de SCIE.

[2] La presente nota se ha preparado utilizando como referencia una amplia gama de información publicada sobre el tema, en particular el informe del International Council for Commercial Arbitration y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional (abril de 2018); el manual titulado “Handbook on Third-Party Funding in International Arbitration”, de Nikolaus Pitkowitz (editor); y el artículo “Expansive Disclosure: Regulating Third-Party Funding for Future Analysis and Reform”, de Rachel Denae Thrasher (*Boston College Law Review*, vol. 59, núm. 8, “Reforming International Investment Law, 2018”).

6. En general, la financiación por un tercero cubre total o parcialmente el costo del proceso, por ejemplo, los honorarios de abogados (así como los de los peritos, los árbitros y la institución arbitral) y las costas vinculadas a la ejecución del laudo o los recursos que se interpongan posteriormente. La financiación por terceros puede estructurarse en relación con una única demanda, de modo que la financiación se destine a un caso concreto, o bien a un conjunto de demandas[3].

7. En el 35º período de sesiones del Grupo de Trabajo se proporcionó información que indicaba que la financiación por terceros era una práctica cada vez más corriente en el ámbito de la SCIE (A/CN.9/935, párr. 89). En los últimos años, la industria de la financiación por terceros ha evolucionado tanto en cuanto a la cantidad de fondos concedidos y el número de financiadores como al capital disponible.

8. En ese período de sesiones, se indicó también que la financiación por terceros era un tema complejo y que existían distintas formas o tipos de financiación (A/CN.9/935, párr. 90). De hecho, el alcance de las definiciones de "tercero que aporta financiación" y "financiación por terceros" en el contexto del arbitraje internacional varía según las distintas fuentes de derecho, a saber, la legislación, los tratados, las normas institucionales o los instrumentos jurídicos no vinculantes[4]. Esas definiciones siguen siendo objeto de considerable debate debido a que la financiación por terceros puede concederse mediante diversas estructuras[5]. Una cuestión que se plantea al respecto es qué alcance deberían tener la comunicación de información y la regulación.

9. Como ejemplo de las distintas formas o tipos de financiación existentes, cabe señalar que se han elaborado una gran variedad de mecanismos para dar apoyo a una parte litigante, entre ellos los pactos de cuotalitis, los seguros de responsabilidad civil, la financiación de un conjunto de procesos, la financiación por medio del bufete de abogados, los seguros *ex ante* y *ex post facto*, los préstamos para litigar o los contratos gratuitos. Algunas de las definiciones de financiación por terceros abarcan todos estos

---

[3] Los acuerdos de financiación de un conjunto de demandas pueden ser de dos tipos: aquellos que estructuran la financiación en torno a un bufete de abogados y los demandantes son varios de sus clientes; y aquellos con arreglo a los cuales se financian múltiples controversias jurídicas de una entidad demandante (véase el informe del International Council for Commercial Arbitration y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional, pág. 38).

[4] El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de las definiciones de financiación por terceros que figuran en trabajos de determinadas organizaciones o en códigos de conducta especializados para financiadores de litigios; por ejemplo, en el informe del International Council for Commercial Arbitration y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional se establece que el término "financiación por terceros" se refiere a un acuerdo en virtud del cual una entidad que no es parte en la controversia proporciona a una de las partes, o bien a una afiliada de esta o al bufete de abogados que la represente a) financiación u otro tipo de apoyo material para financiar total o parcialmente el costo del proceso, ya sea de manera individual o como parte de un conjunto específico de litigios; y b) dicho apoyo o financiación se concede bien a cambio de una remuneración o reembolso que depende total o parcialmente del resultado de la controversia, o bien mediante una subvención o a cambio del pago de primas"; véase también la Norma General 6 b) de las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional; véase, además, el Código de Conducta Voluntario para los Financiadores de Procesos de Inglaterra y Gales, publicado por la Association of Litigation Funders, en el que se establece que "La financiación de un litigio consiste en que un tercero proporciona los recursos financieros necesarios para embarcarse en un proceso judicial o arbitral costoso. El litigante recibe la financiación total o parcial del costo del proceso de un financiador privado comercial que no tiene interés directo en el proceso. A cambio, si el resultado del proceso es favorable para esa parte, el financiador recibe el porcentaje acordado de la cantidad obtenida como resultado del proceso. Si el proceso es infructuoso, el financiador pierde lo invertido y el litigante no está obligado a abonarle ninguna cantidad".

[5] Los criterios también difieren, por ejemplo, en la cuestión de si la definición debería extenderse más allá de la financiación con un interés económico directo y abarcar también a los financiadores sin fines de lucro; véase el informe del International Council for Commercial Arbitration y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional, pág. 46; véase también "Third-Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders' Perspectives", de M. Scherer, A. Goldsmith y C. Flechet, disponible en Internet en la dirección https://www.transnational-dispute-management.com/news/20120312.pdf.

tipos de financiación[6], mientras que en otras se adopta un enfoque más restrictivo, como las que excluyen a los financiadores no comerciales (por ejemplo, a las personas físicas), la financiación *pro bono* o los seguros *ex ante* y *ex post facto*. Las definiciones de alcance más restrictivo excluyen formas de financiación que suelen estar reguladas en otros regímenes jurídicos[7]. Además de esas formas de financiación que ya existían, se ha creado más recientemente una gran variedad de modelos que evolucionan rápidamente, por lo que cada vez las opciones son más diversas y complejas. Algunas definiciones se centran en los riesgos que asume el tercero que aporta la financiación al aceptar casos y el grado de control que ejerce sobre el proceso, en lugar de referirse a las formas de los acuerdos de financiación.

10. Los beneficiarios de la financiación que aporta un tercero pueden ser tanto pequeñas y medianas empresas como grandes empresas. Cabe destacar que la financiación por terceros en el ámbito de la SCIE se enmarca en un contexto específico, ya que, invariablemente, los Estados son la parte demandada y los inversores privados son la parte demandante. Por consiguiente, la financiación por terceros es unilateral, y se proporciona solo a los inversores, lo que genera un desequilibrio.

2. Marco jurídico

11. Las definiciones que figuran en las distintas fuentes de derecho son una muestra de la variedad de enfoques mencionada anteriormente y de los avances que se han producido en el ámbito del arbitraje internacional.

Legislación nacional

12. La financiación por terceros nació en el contexto de los procesos judiciales y arbitrales nacionales antes de que se utilizara en el arbitraje internacional en materia comercial y de inversiones. Si bien hasta la fecha algunas jurisdicciones han establecido un marco para la financiación de las controversias jurídicas[8], siguen surgiendo y desarrollándose prácticas de financiación por terceros en otros ordenamientos jurídicos[9]. Sin embargo, en muchos de ellos la financiación por terceros en el ámbito de los procesos judiciales y arbitrales internacionales no está regulada y aún continúa el debate sobre si debe permitirse o regularse la financiación por terceros, y en qué medida.

Tratados de inversión

13. En algunos tratados de inversión recientes se ha intentado definir la financiación por terceros, generalmente desde un punto de vista amplio[10], con el objetivo de que sirva de base para examinar la existencia de posibles conflictos de intereses.

---

[6] Véase el informe del International Council for Commercial Arbitration y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional, cap. 3 (Definiciones), y las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional.

[7] Véase el art. 2 de la Ley (de modificación) del Derecho Civil de Singapur, de 2017, en el que se define el tercero que aporta financiación como una entidad que "tiene como actividad principal, en Singapur o en otro lugar, la financiación de los costos de los procesos de solución de controversias en los que el tercero no es parte" y "cuenta con un capital social integrado de al menos 5 millones de dólares, o la suma equivalente en moneda extranjera, en activos gestionados".

[8] Por ejemplo, en Australia, los Estados Unidos de América y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

[9] Por ejemplo, en Singapur, China (Región Administrativa Especial de Hong Kong) y jurisdicciones de América Latina y Europa.

[10] Por ejemplo, el Acuerdo comercial y el Acuerdo de inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam contiene, en su art. 2, la siguiente definición: "La financiación por terceros es toda financiación aportada por una persona física o jurídica que no sea parte en la controversia y que firme un acuerdo con una de las partes litigantes para financiar total o parcialmente el costo del proceso, a cambio de una remuneración que dependerá del resultado de la controversia o se abonará en forma de donación o subvención". Véase también el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre la Unión Europea y el Canadá, art. 8.1: "financiación de terceros: toda la financiación facilitada por una persona física o jurídica que no sea parte en la diferencia, pero llegue a un acuerdo con una parte en la diferencia para financiar una parte o la totalidad de los

Reglamentos de arbitraje

14. La mayoría de las instituciones arbitrales, con muy pocas excepciones, carecen de disposiciones en las que se defina de manera explícita o se aborde expresamente la financiación por terceros[11].

15. Se han logrado avances importantes en relación con los reglamentos y las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). En octubre de 2016, el Secretariado del CIADI inició un proceso de enmienda de esos reglamentos y reglas[12]. En la propuesta de enmiendas elaborada por el Secretariado del CIADI se proporciona una definición de financiación por terceros[13] y se establece la obligación de mantener permanentemente informado al Secretariado acerca de la identidad del tercero que aporta financiación[14]. En la propuesta también se trata la cuestión de las garantías de cobro de las costas (véase el párr. 33 *infra*).

B. Cuestiones principales

16. En el 35º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se dijo que la práctica de la financiación por terceros planteaba problemas éticos y podía repercutir de manera negativa en los procesos de SCIE. Se señaló además que los terceros que aportaban financiación podrían adquirir un grado excesivo de control o influencia en el proceso de arbitraje, lo que podría dar lugar a que se entablaran demandas infundadas y a que se desalentara el arreglo amistoso de las controversias (A/CN.9/935, párr. 89). Los problemas que se plantean en relación con la financiación por terceros son los eventuales conflictos de intereses, el control e influencia de los terceros en los procesos de SCIE y las

costes del procedimiento, ya sea mediante una donación o mediante una subvención, o a cambio de una retribución que dependa del resultado de la diferencia".

[11] Véase la Resolución Administrativa núm. 18, de 20 de julio de 2016, del Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio Brasil-Canadá, en la que se define la financiación de terceros como la situación en la que "una persona física o jurídica que no es parte en el procedimiento arbitral proporciona recursos integrales o parciales a una de las partes para posibilitar o facilitar el pago de los costos del proceso arbitral y, como remuneración, recibe una parte o porcentaje de los posibles beneficios obtenidos como consecuencia del laudo arbitral o del acuerdo". Véase también la Nota Práctica, de 31 de marzo de 2017, del Singapore International Arbitration Centre, en la que se definen "financiación externa" e "interés económico directo" de la siguiente manera: "un interés en el proceso arbitral que resulte de la aportación realizada por una parte no litigante a una de las partes litigantes en forma de financiación o de indemnización como resultado del laudo que se vaya a emitir en el proceso de arbitraje". Véanse también las "Directrices para la financiación por terceros en el arbitraje", de 23 de mayo de 2016, del Centro de Arbitraje de Hong Kong de la China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), en cuyo párr. 1.2 se define la financiación por terceros de la siguiente manera: "la financiación por terceros se produce cuando una persona física o jurídica de naturaleza profesional aporta financiación u otro apoyo material a una de las partes en un proceso arbitral y tiene un interés económico directo en el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje".

[12] Véase el proceso de enmienda de las reglas y el reglamento del CIADI, disponible en https://icsid.worldbank.org/sp/amendments.

[13] La financiación por terceros se define como sigue: "El 'financiamiento por terceros' es la provisión de fondos u otro apoyo sustancial a efectos de dar curso o defenderse en un procedimiento por una persona natural o jurídica que no es parte en la diferencia ('tercero financiador') a una parte del procedimiento, una sociedad relacionada con esa parte o a una firma de abogados que represente a esa parte. Dichos fondos o apoyo sustancial podrán proporcionarse: a) mediante una donación o un subsidio; o b) en contraprestación de una prima o a cambio de una remuneración o un reembolso total o parcialmente dependiente del resultado del procedimiento". Véase la "Propuesta de enmiendas a las Reglas del CIADI", elaborada por el Secretariado del CIADI, de 2 de agosto de 2018, disponible en https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Synopsis_Spanish.pdf y https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/Homepage/Amendments%20Vol.%202/Vol.2%20Spanish/Amendments_Vol_2-Spanish.pdf.

[14] "Propuesta de enmiendas a las Reglas del CIADI", elaborada por el Secretariado del CIADI, de 2 de agosto de 2018, disponible en https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Synopsis_Spanish.pdf y https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/Homepage/Amendments%20Vol.%202/Vol.2%20Spanish/Amendments_Vol_2-Spanish.pdf.

repercusiones en la confidencialidad, en las costas y la garantía de cobro de las costas y en las demandas especulativas, marginales o infundadas.

1. Conflictos de intereses y comunicación de información

Ejemplos de conflictos de intereses

17. La cuestión de los conflictos de intereses entre los árbitros y los terceros que aportan financiación fue uno de los primeros problemas que llamaron la atención debido a sus posibles efectos sobre la ejecutabilidad de los laudos arbitrales y, de manera más general, sobre la integridad del proceso arbitral y la legitimidad del arbitraje internacional.

18. Las situaciones que pueden generar conflictos de intereses son aquellas en las que los árbitros asesoran a los financiadores o en las que un árbitro o su bufete de abogados mantiene una relación recurrente con el tercero que aporta financiación, que está vinculado al proceso arbitral antes de que intervenga el árbitro, y el árbitro o su bufete recibe ingresos como consecuencia de esa relación.

19. En el 35º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se observó que la cuestión de los conflictos de intereses entre el árbitro y el tercero que aportaba financiación estaba estrechamente relacionada con la información que no se comunicaba y la falta de transparencia con respecto a los terceros financiadores. Se consideró que esta cuestión tenía la misma importancia que los problemas relativos a los conflictos de intereses entre el árbitro y una de las partes (A/CN.9/935, párr. 90).

Obligación de proporcionar información y alcance de la comunicación de información

20. Las cuestiones que se plantean en relación con este tema se refieren a si debe comunicarse la información relativa a la financiación por terceros y, de ser así, en qué medida y quién debe hacerlo, para que los árbitros, las partes y las instituciones puedan valorar los conflictos de intereses reales o eventuales que afectan a los financiadores[15]. Otra cuestión es si un árbitro que mantenga una relación con el tercero que aporta financiación en ese proceso arbitral debería seguir siendo el encargado de dirimir la controversia. Este último aspecto está estrechamente vinculado a la cuestión de la imparcialidad de los árbitros.

21. La cuestión de si la comunicación de información debe limitarse a la existencia e identidad del financiador o debe extenderse también a las condiciones del acuerdo de financiación sigue siendo controvertida.

22. En la regulación tiende a exigirse la comunicación de información sobre la existencia e identidad de los financiadores con la finalidad de que los árbitros puedan tomar decisiones adecuadas en relación con los conflictos de intereses. Las leyes sobre la financiación por terceros promulgadas recientemente establecen esa obligación de comunicación de información[16]. En el mismo sentido, los tratados de inversión recientes contienen la obligación de comunicar el nombre y la dirección del tercero que aporta financiación[17]. En los reglamentos de arbitraje que tratan el asunto también se prevé la comunicación de ese tipo de información, aunque con distintas formulaciones; en algunos se autoriza al tribunal arbitral a que ordene que se informe sobre la existencia

[15] Véase “2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration” (Queen Mary University of London y White & Case): el 76% de los encuestados estaban de acuerdo en que debería ser obligatorio comunicar la existencia de la financiación por terceros, el 63% consideraba que debería ser obligatorio informar de la identidad de los financiadores y el 71% opinaba que no se debería comunicar información sobre la totalidad de las condiciones del acuerdo de financiación.

[16] Disposición Legislativa (por la que se modifica) la Ley de Arbitraje y Mediación (Financiación por Terceros), 2017, Región Administrativa Especial de Hong Kong, art. 98T, párr. 1, apartados a) y b); Ley (de modificación) del Derecho Civil, 2017, Singapur, art. 5, párr. b) 2).

[17] Véase, por ejemplo, el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre la Unión Europea y el Canadá.

del tercero que aporta financiación y de su identidad[18] y en otros se exige a la parte que recibe la financiación que proporcione información sobre la existencia y la naturaleza del acuerdo[19]. La existencia de la financiación por terceros y la identidad del tercero que la proporciona no suelen considerarse protegidas por el secreto profesional; sin embargo, el modo y el momento en que debe realizarse dicha comunicación y la cuestión de si esta debe ser sistemática siguen siendo objeto de debate.

23. La comunicación de información sobre las condiciones del acuerdo entre una de las partes y el tercero que aporta financiación puede, por un lado, revelar la naturaleza del papel que desempeña ese tercero, lo cual puede ser un factor que deba tenerse en cuenta para evaluar la relación que existe entre este y el árbitro; y, por otro puede generar problemas de confidencialidad respecto del contrato y dar a la parte contraria una ventaja en las negociaciones orientadas a llegar a un acuerdo de transacción al revelarle datos económicos. La mayoría de las leyes y reglamentos de arbitraje conceden al árbitro un amplio margen de discrecionalidad en lo que se refiere a esas cuestiones, de manera que este tiene un gran control sobre el proceso, en particular para determinar si los documentos solicitados están sujetos al secreto profesional y, de ser así, si se ha renunciado a este[20].

2. Control e influencia del tercero

24. Otro aspecto que ha suscitado debate es la influencia que el tercero que aporta financiación puede ejercer sobre el proceso, entre otras cosas, en las negociaciones que se lleven a cabo con objeto de llegar a un acuerdo de transacción, especialmente cuando la suma que se deba pagar a ese tercero dependa del resultado del proceso. El principal elemento que debe estudiarse a este respecto es la estructura de los acuerdos de financiación y la medida en que los terceros que aportan financiación tienen control sobre la gestión del proceso.

3. Confidencialidad y secreto profesional[21]

25. Generalmente, para obtener financiación de un tercero se debe comunicar información que, en otras circunstancias, debería comunicarse a los tribunales u otras autoridades, puesto que la parte que busca financiación puede transmitir al financiador comunicaciones o análisis confidenciales del caso. Esto puede ser problemático porque los terceros que aportan financiación no necesariamente tienen el deber de guardar confidencialidad ni tienen prohibido utilizar dicha información en otra controversia que financien, independientemente de que surja un conflicto.

26. En relación con lo señalado anteriormente, cabe preguntarse si la comunicación de información al tercero que aporta financiación puede entenderse como una renuncia al derecho a que la información se trate como confidencial, de manera que pueda revelarse esa información en el proceso arbitral u otros procesos judiciales conexos que se sustancien en el ámbito nacional. Existe divergencia de opiniones en lo que concierne a si las normas jurídicas aplicables a la confidencialidad en el arbitraje internacional

---

[18] Véase el Reglamento de Arbitraje en materia de Inversiones del Singapore International Arbitration Centre (SIAC), arts. 24, párr. 10, y 33, párr. 1. Véase también la Nota orientativa de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) sobre su Reglamento de Arbitraje, 2017, en la que se establece que los árbitros deben tener en cuenta, a los efectos de la comunicación de información, "las relaciones con cualquier entidad que tenga un interés económico directo en la controversia o una obligación de indemnizar a una parte por el laudo".

[19] Véase el Reglamento de Arbitraje de Inversiones de la China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), art. 27.

[20] La jurisprudencia disponible muestra que en la práctica los tribunales arbitrales piden a las partes que comuniquen la existencia de financiación por terceros y la identidad de este (*EuroGas Inc. And Belmont Resources Inc. c. Slovak Republic*, Caso CIADI núm. ARB/14/14; *South American Silver v. Estado Plurinacional de Bolivia*, PCA caso núm. 2013-15) y, en determinadas ocasiones, los detalles de los acuerdos de financiación (*Muhammet Çap & Sehil Inşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán* (Caso CIADI núm. ARB/12/6).

[21] El concepto de "*legal privilege*" (secreto profesional) en inglés abarca la obligación del profesional de mantener la confidencialidad y de no revelar la información proporcionada por el cliente.

deben ser de derecho interno o si es posible aplicar normas internacionales. En la mayoría de las jurisdicciones no queda claro si se protegería la información que se comunica al tercero que aporta financiación[22]. En efecto, la mayor parte de las leyes y reglamentos de arbitraje carecen de disposiciones relativas a la protección de la información confidencial o privilegiada y dejan esas cuestiones a la discrecionalidad de los árbitros. Además, las soluciones a esas cuestiones en general serán distintas según la tradición jurídica de que se trate.

4. Costas y garantías de cobro de las costas

Cuestiones relativas a las costas

27. La financiación por terceros también puede repercutir en las costas[23] y en las garantías de cobro de las costas.

28. Al respecto, la financiación por terceros puede tener repercusiones sobre la determinación de qué costas son reembolsables, y especialmente sobre si son reembolsables los gastos de representación de letrados y otros gastos del proceso financiados por un tercero. Los tribunales arbitrales suelen contar con un amplio margen de discrecionalidad para determinar si las costas son reembolsables y para asignarlas, por lo que esta cuestión puede tener diversas soluciones[24].

29. Otro asunto sobre el que se han expresado distintas opiniones es si, de no prosperar la demanda con respecto a la cual se ha proporcionado financiación, el tribunal arbitral debe imponer al tercero que aporta financiación el pago de las costas de la parte contraria. Dado que el tercero que aporta financiación normalmente no es parte en el acuerdo de arbitraje y no participa formalmente en el proceso arbitral entre las dos partes, podría argumentarse que los tribunales arbitrales carecen de competencia para condenar en costas al tercero que aporta financiación. Al respecto, algunos han sostenido la opinión contraria[25].

30. Se han planteado también otras cuestiones, como si un tribunal arbitral puede o debe asignar las costas que se hayan generado para garantizar la financiación por terceros.

Garantías de cobro de las costas

31. En lo que concierne a las garantías de cobro de las costas, la cuestión principal es determinar si la financiación por terceros debería influir en la resolución por la que se ordena proporcionar garantías de cobro de las costas. El hecho de que un demandante recurra a la financiación por terceros puede ser un indicio de que carece de fondos. Sin embargo, cabe señalar que la financiación por terceros con frecuencia también sirve como un instrumento de gestión de riesgos para las partes que cuentan con recursos suficientes y que podrían utilizar sus propios recursos pero que optan por recurrir a la

---

[22] Informe del International Council for Commercial Arbitration y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional, pág. 123.

[23] No hay información sobre la relación de causalidad entre el aumento del costo del arbitraje internacional y la existencia de financiación por terceros.

[24] Véase *Supplier v. First distributor, Second distributor* (caso de la ICC núm. 7006), laudo definitivo (1992), Boletín de la ICC, vol. 4, (mayo de 1993), en el que un tribunal de la ICC declaró que las costas que el demandado había pagado mediante la financiación de un tercero (asegurador) habrían sido reembolsables si el demandado hubiera ganado el proceso; véase *Essar Oilfields Services Ltd v. Norscot Rig Management Pvt Ltd*, Queen's Bench Division (Tribunal Mercantil), 15 de septiembre de 2016, [2016] EWHC 2361 (Comm), en el que el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra declaró que quedaba a criterio del árbitro interpretar las expresiones "otras costas", contenida en el art. 59, párr. 1) c), de la Ley de Arbitraje de 1996, y "costas del arbitraje", contenida en el art. 63, párr. 3, a fin de determinar si incluían los costos de la financiación; véase *Kardassopoulos and Fuchs c. The Republic of Georgia* (Casos CIADI núms. ARB/05/18 y ARB/07/15), laudo (3 de marzo de 2010), en el que el tribunal arbitral declaró que "no ve ningún motivo por el que un acuerdo de financiación por terceros debería tenerse en cuenta para determinar la cantidad que recibirán los demandantes en concepto de recuperación de costas".

[25] Véase el documento de consulta final de la Comisión de Reforma Legislativa de Hong Kong (2015).

financiación externa, por ejemplo, para reducir al mínimo los riesgos y destinar sus propios fondos a sus prioridades esenciales y a las relacionadas con su negocio.

32. Los tribunales arbitrales tienen la facultad de ordenar que se garantice el cobro de las costas, bien de conformidad con las leyes o reglamentos de arbitraje que concedan expresamente dicha facultad o bien con arreglo a las disposiciones generales sobre medidas cautelares (véase A/CN.9/WG.III/WP.153, párrs. 33 a 37). Cuando se presenta una solicitud ante un tribunal arbitral orientada a que se garantice el pago de las costas, el tribunal arbitral suele buscar un equilibrio entre el interés del demandante en acceder a la justicia arbitral y el interés del demandado en recuperar las costas si el laudo le es favorable. Los comentaristas han observado que los tribunales arbitrales tienden a exigir pruebas que les permitan concluir que las circunstancias financieras del demandante en ese momento no le permiten afrontar las costas del demandado al final del proceso[26].

33. En particular, en el documento de trabajo sobre la Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI preparado por el Secretariado del CIADI se establece lo siguiente: “La Regla de Arbitraje 51 propuesta relativa a la garantía de pago de las costas es una norma nueva y no hace referencia a los efectos de [la financiación por terceros]. En cambio, en ella se establece la obligación del tribunal de examinar las posibilidades que tiene la parte demandada de cumplir una resolución que imponga el pago de las costas de la parte contraria y de determinar si sería adecuado ordenarle que otorgue una garantía, teniendo en cuenta todas las circunstancias. En consecuencia, si no se puede probar que se puede cumplir la resolución por la que se ordene el pago de las costas de la parte contraria, la [financiación por terceros] sigue siendo insuficiente para obtener una resolución por la que se ordene otorgar una garantía que asegure el pago de las costas en virtud de la Regla de Arbitraje 51 propuesta. Por otro lado, la existencia de la [financiación por terceros], junto con otras circunstancias pertinentes, puede formar parte de las circunstancias de hecho que el Tribunal toma en consideración para emitir una resolución por la que se ordena otorgar garantías para asegurar el pago de las costas, lo que se determinará sobre la base de las circunstancias de hecho concretas de cada caso”[27].

5. Efectos sobre las demandas infundadas

34. Una de las cuestiones que se plantean con frecuencia es la de los posibles efectos que tendría la financiación por terceros sobre el número de demandas en materia de inversiones que se presentan en un proceso arbitral contra los Estados, por ejemplo, las demandas especulativas, marginales o infundadas. En un estudio se llegó a la conclusión de que la financiación por terceros tenía como consecuencia un aumento general del número de demandas de SCIE. También se concluyó que en algunas controversias en que se recurría a la financiación por terceros se planteaban cuestiones novedosas y las demandas eran más arriesgadas e inciertas[28]. Sin embargo, otro estudio parece indicar que una mayor disponibilidad de financiación no genera un aumento del número general de demandas[29].

---

[26] Véase el informe del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional, pág. 180.

[27] Véase la “Propuesta de enmiendas a las Reglas del CIADI” elaborada por el Secretariado del CIADI, de 2 de agosto de 2018, párrs. 267 y 530, disponible en https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/Homepage/Synopsis_Spanish.pdf y https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/Homepage/Amendments%20Vol.%202/Vol.2%20Spanish/Amendments_Vol_2-Spanish.pdf.

[28] Véase D. L. Chen, “Can Markets Stimulate Rights?”, RAND Journal of Economics (2015, vol. 46, núm. 1), págs. 23 a 42.

[29] M. G. Faure, T. Hartlief y N. J. Philipsen, “Funding of Personal Injury Litigation and Claims Culture: Evidence from the Netherlands”, Utrecht L. Rev., vol. 2, núm. 1 (2006) (en el que se constata que entre 1999 y 2003, el número de políticas sobre seguros de gastos procesales aumentó más de un 30%, mientras que el número de demandas por daños personales se mantuvo estable).

III. Cuestiones que podrían examinarse

35. En la presente nota se destacan algunos aspectos de la financiación por terceros y algunas de las inquietudes expresadas en relación con ese tipo de financiación. Teniendo en cuenta la información disponible, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si sería conveniente que la CNUDMI elaborara propuestas de reforma para atender a esas inquietudes, en particular teniendo en cuenta el equilibrio que debe mantenerse entre lo que se percibe como una necesidad de financiación, por una parte, y la protección de la integridad del proceso arbitral y la ejecutabilidad de las decisiones emitidas por los tribunales de SCIE, por otra.

36. Cabe señalar, a modo de antecedente, que durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones anteriores, si bien se reconoció que la financiación por terceros podía ser un instrumento útil para garantizar el acceso a la justicia, especialmente de las pequeñas y medianas empresas, se expresaron inquietudes en relación con sus efectos sobre el costo y la duración de los procesos de SCIE y sobre la cuestión de la falta real o aparente de independencia e imparcialidad de los árbitros. Se dijo que la financiación por terceros también repercutía en distintos aspectos de la SCIE, con respecto a los cuales el Grupo de Trabajo había decidido que sería conveniente introducir reformas (A/CN.9/964, párr. 120). También se observó que la financiación aportada por terceros introducía un desequilibrio estructural en el sistema de SCIE, ya que, por lo general, los Estados demandados no podían acceder a ella. En ese contexto, se mencionaron las medidas que estaban adoptando algunos Estados e instituciones (incluido el CIADI) para responder a las inquietudes expresadas con respecto a la financiación aportada por terceros (A/CN.9/935, párrs. 44 y 91, y A/CN.9/964, párrs. 80 y 120).

37. Se propusieron las siguientes soluciones a fin de que se examinaran en mayor detalle: i) prohibir totalmente la financiación por terceros en los casos de SCIE; y ii) reglamentar la financiación por terceros, por ejemplo, mediante la introducción de mecanismos para garantizar la transparencia de los acuerdos (lo que también podría contribuir a asegurar la imparcialidad de los árbitros). Se estuvo de acuerdo en general en incluir el tema de la financiación por terceros y las cuestiones relativas a la falta de transparencia y de comunicación de información, así como el tema de las cauciones para garantizar el pago de las costas en la lista de cuestiones que habrían de examinarse (A/CN.9/935, párr. 92).