

ESTÁNDARES MÍNIMOS Y BUENAS PRÁCTICAS EN LOS ACUERDOS DE FINANCIAMIENTO POR TERCEROS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

🌐 *Andrés Gerónimo Hernández Estévez*



INTRODUCCIÓN

Las particularidades del desembolso de costos iniciales, ausentes en otros mecanismos de solución de controversias, además de la carencia de recursos de algunas personas para responder ante los honorarios profesionales, el costo del arbitraje¹ e incluso la pérdida de la demanda, representan un gran riesgo económico que en ciertos casos el demandante no está dispuesto a asumir. En estos casos existe la posibilidad de suscribir un acuerdo de financiamiento con un grupo de inversionistas que ofrecen pagar los honorarios y costos del litigio a cambio de un porcentaje de las resultas. Esto es denominado financiamiento por terceros o *Third Party Funding* (“TPF”) de los arbitrajes, una figura jurídica que viene desarrollándose considerablemente a nivel mundial.

Recientemente se ha observado la aparición y rápido desarrollo del financiamiento por terceros o *Third Party Funding* (“TPF”) en el arbitraje internacional. Hasta la fecha, el financiamiento por terceros en el arbitraje internacional ha funcionado adecuadamente sin una regulación prolífera, a pesar de que poco a poco, algunos Estados² e instituciones arbitrales³ están introduciendo modificaciones legislativas y enmendando sus reglamentos con la finalidad de regular esta figura.

Esta falta de regulación engloba varios inconvenientes: i) los conflictos de interés y la revelación de la existencia de financiación a las partes y al tribunal arbitral; ii) la posible ruptura de la confidencialidad en el arbitraje; y iii) la estructura, contenido y alcance del acuerdo de financiamiento. Este último amerita un particular

análisis, pues dependiendo de la estructura, el contenido y el alcance que las partes definan en el acuerdo de financiamiento, muchos de los inconvenientes que pudiesen suscitarse por la falta de regulación podrían ser solventados en dicho acuerdo. La esperanza es que, al proporcionar una línea de base para el financiamiento por terceros, los reguladores puedan empujar a los actores hacia comportamientos óptimos para garantizar la integridad del sistema de resolución alternativa de controversias. Por ello la recomendación de regular la estructura, contenido y alcance del acuerdo de financiamiento, mediante normas básicas que garanticen su ejecución a través de leyes, asociaciones privadas de TPF o asociaciones profesionales.

CAPÍTULO I

1. Aproximación al financiamiento por terceros o *Third-Party Funding* (TPF) en el arbitraje comercial internacional

El profesor Enrique Fernández Masía define la figura del financiamiento por terceros como: “... *aquel método de financiación que se articula a través de un contrato en virtud del cual un tercero, que suele ser una empresa especializada en estas cuestiones, facilita a una parte que pretende iniciar un litigio los fondos necesarios para afrontar los costes legales de ese litigio a cambio de una retribución.*”⁴

También podemos tomar como referencia definiciones desde el punto de vista regulatorio, como la que aparece en el Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) entre Canadá y la Unión Europea, según el cual: “*Third party funding means any funding pro-*

¹ El Dr. Hernando Díaz-Candia en su trabajo *Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica* publicado en la Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. VIII, n° 2, 2015, pp. 413–442, define arbitraje ordinario como “una institución jurídica con antecedentes en métodos políticos de resolución de conflictos entre comerciantes, mediante la cual un tercero ajeno a la estructura del Estado se constituye excepcionalmente en autoridad, por el consentimiento de las partes y en concurrencia con la jurisdicción estatal, para resolver de manera jurídicamente vinculante un conflicto con la aplicación de normas o principios preexistentes. El arbitraje no es excepcional ni está supeditado jerárquicamente al Poder Judicial. Debe conservar ciertas propiedades que lo caracterizaron en su origen y que lo deben diferenciar del funcionamiento de procesos judiciales; en particular, la flexibilidad en la interpretación y extensión, subjetiva y material, de los acuerdos de arbitraje, en la valoración de las pruebas, y –en general– en el método de razonamiento jurídico.”

² En Junio de 2017, el órgano legislativo de Hong Kong aprobó la enmienda a la Ley de Arbitraje y Mediación, según la cual expresamente permite los acuerdos de financiamiento por terceros (*Third Party Funding*) (*Amendment*) Bill 2016.

³ En Junio de 2018, la *Association of Litigation Funders of England & Wales* elaboró el *Code of Conduct for Litigation Funders*, que establece los estándares de práctica y comportamiento que deben ser observados por los inversionistas.

⁴ Enrique Fernández Masía, en “La Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional”. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2016), Vol. 8, N° 2, pp. 204-220 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3256>.

*vided by a natural or legal person who is not a party to the dispute but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings either through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the dispute.*⁵

Una de las más innovadoras definiciones regulatorias de TPF la podemos encontrar en la Ley de Arbitraje y Mediación (Ley de Financiamiento de Terceros) (Enmienda) 2016 (la Ley de 2016), aprobada el 14 de junio de 2017, por el Consejo Legislativo de Hong Kong que, entre otras cosas, pone fuera de duda que la financiación de arbitraje y mediación de terceros es permisible bajo la ley de Hong Kong. Esta Ley define el TPF en su Parte 10A, División 2 98G, en los siguientes términos: *“(1) Third party funding of arbitration is the provision of arbitration funding for an arbitration— (a) under a funding agreement; (b) to a funded party; (c) by a third party funder; and (d) in return for the third party funder receiving a financial benefit only if the arbitration is successful within the meaning of the funding agreement. (2) However, third party funding of arbitration does not include the provision of arbitration funding directly or indirectly by a person practicing law, or providing legal services, whether in Hong Kong or elsewhere.”*

Los términos de cualquier acuerdo de financiación pueden ser relevantes si los árbitros requieren establecer que el demandante (o demandado) puede cumplir con cualquier adjudicación de costos adversos (incluidos, en particular, los derechos de terminación de contrato por parte del financiador).

Dicho esto, se plantea que el proceso de TPF inicia con un acuerdo de financiamiento,⁶ que es el documento fundamental que lo sustenta. Si se toma la Ley de Hong Kong de Arbitraje y Mediación de 2016 como referencia, en su artículo 98H se puede encontrar la siguiente

definición del acuerdo de financiamiento: *“Meaning of funding agreement: A funding agreement is an agreement for third party funding of arbitration that is— (a) in writing; (b) made between a funded party and a third party funder; and (c) made on or after the commencement date of Division 3.”*

CAPÍTULO II

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

2.1. Objeto del acuerdo

Los acuerdos de financiamiento dentro del ámbito del arbitraje internacional deben mantener una holgura para poder ajustarse a cada situación en la cual sean necesarios, promoviendo la creatividad contractual que permita la obtención de un beneficio para ambas partes.

El único objeto del acuerdo debe ser una transacción entre dos partes, una financiada y otra financiadora, tomada a forma de inversión –pues los fondos a utilizar no aseguran el retorno esperado. Pudiendo la parte financiadora tomar parte en la toma de decisiones del proceso de arbitraje si así lo declara el acuerdo.

2.2. Obligaciones de las partes

Solo una cierta cantidad de obligaciones generales pueden ser definidas para todos los casos del TPF. Tratar de definir generalmente todas éstas es una tarea fútil, dada la versatilidad de los intereses que puedan presentarse al momento de realizar estos acuerdos. Este pequeño grupo de obligaciones contractuales se enfoca principalmente en proteger el proceso de arbitraje y sus costos. Considerando esto,

⁵ Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) entre Canada y la Unión Europea, Artículo 8.1., Sección A, Capítulo 8 (Inversión)

⁶ Hong Kong Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Bill 2016:

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

se contemplan: Obligaciones financieras, obligaciones procesales y obligaciones éticas.

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

2.3. Garantía y control sobre el proceso

La garantía y el control del proceso se puede lograr mediante la creación de instituciones y entes cuyo único fin sean estas acciones de control de calidad de los acuerdos de TPF. De igual forma, y siguiendo los estándares propuestos por la Sociedad Legal de Singapur⁷, la divulgación de los casos en los cuales haya un financiamiento por terceros ante la parte contraria en el proceso de arbitraje y el árbitro ayudan a garantizar un proceso fidedigno.

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

2.4. Confidencialidad del acuerdo

Un elemento en común dentro de las leyes de arbitraje en diferentes jurisdicciones, es el de la confidencialidad del proceso arbitral, lo sucedido bajo el mismo y las identidades de las partes involucradas. Guiándose por la sección 14 de la

Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda⁸, estas restricciones son inválidas si se comparte la información con el equipo de asesoramiento de alguna de las partes —estando sujetas al privilegio de confidencialidad entre abogado y cliente—. Aun así, los terceros, financiadores, no son considerados por muchos como parte del equipo de asesoramiento en los procesos de arbitraje, por lo tanto, la información a entregar debe ser redactada de forma que se mantenga la confidencialidad.

2.5. Conflicto de intereses.

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

Recientemente, el entonces Fiscal General de Australia para la *Commonwealth*, George Brandis (2014), planteó su rechazo a que grandes firmas de abogados puedan funcionar como financiadores en litigios, debido al conflicto de intereses que pudiese existir, al fungir como defensa y financiador en un mismo caso⁹.

2.6. Cláusulas de terminación y resolución de controversias.

Tomando en cuenta que el tercero, financiador, es parte del equipo de la parte involucrada en la disputa, es normal pensar que puede haber desacuerdos en ciertos puntos, para lo cual otro asesor independiente se encarga de resolverlos.

⁷ The Law Society of Singapore, Guidance Note 10.1.1, Third Party Funding

⁸ Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda, páginas 20-23, sección 13 y 14.

⁹ Third party funding for Arbitration de Hong Kong, obtenido de: https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf.

Pocas veces querrá un financiador terminar el contrato y abandonar el pago de los servicios legales, dado que esto implicaría un incumplimiento de contrato. Aun así, es posible la terminación de contrato por parte del mismo según el acuerdo de financiamiento y sus cláusulas específicas. Sin embargo, es importante que la parte que está siendo financiada se vea protegida en este aspecto y no quede desamparada durante el transcurso de la disputa. Si se diera el caso de que el financiador quiere romper el acuerdo durante la disputa, la parte financiada pudiera verse obligada a ceder a las pretensiones del financiador para evitar su retirada¹⁰. Observando esto, es posible una cláusula de terminación para el financiador dependiendo de la situación.

CONCLUSIONES

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

2. Estas normativas y regulaciones deberían ser emitidas independientemente por las distintas cámaras de arbitraje de cada país. Son ellas quienes conocen la legislación respectiva, así como las necesidades o aspectos importantes que deben ser regulados. Sin em-

bargo, transcurrido algún tiempo, se podría establecer una norma general a nivel mundial, ya sea mediante el ICCA, el CIADI u otro ente regulador de los arbitrajes comerciales internacionales, basándose en los casos de éxito y buenas prácticas implementadas a lo largo del mundo por las distintas cámaras de arbitraje.

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

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

a. Establecer claramente el objeto de acuerdo, el cual va a permitir que se establezcan el punto central tal que ambas partes resulten beneficiadas de forma justa al final de la disputa.

b. Establecer cláusulas de confidencialidad, tal y como es recomendado por la Sociedad Legal de Singapur, la cual menciona que es aconsejable adjuntar al acuerdo de financiamiento un documento de confidencialidad para asegurar este aspecto legal.

c. Establecer medidas que permitan garantizar un control sobre el litigio. Estas deben ir dirigidas en tres aspectos fundamentales:

i. Creación de instituciones dedicadas a ejercer un control de calidad sobre los procesos

ii. Educación de árbitros y equipos legales en materia de financiamiento por parte de terceros

iii. Cuando se presente el caso de que un tercero financie a una de las partes, la di-

¹⁰Third party funding for Arbitration de Hong Kong, obtenido de: https://www.hkreform.gov.hk/en/docs/tpf_e.pdf. Páginas 125-127.

vulgación debe ser obligatoria tanto para la parte contraria en la disputa como para los árbitros, de forma que se pueda establecer un proceso limpio y confiable.

d. Adicionalmente establecer cláusulas de terminación y resolución de controversias. Estas le permitirán a la parte afectada asegurarse de que el tercero o financiador no incumpla y abandone el caso durante la resolución del mismo.

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

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

