

Revista de la Comisión de Arbitraje

Conmemorativa a los 100 años de Fundación de la ICC

ICC@100 years



OBSERVAMOS CON CLARIDAD CADA DETALLE.

Con un claro conocimiento multisectorial y experiencia de más de 25 años, asesoramos a nuestros clientes de forma integral haciendo crecer sus negocios y el país.

En ARODI, no solo damos respuestas, aportamos soluciones tanto para clientes corporativos, industriales y naturales, locales y extranjeros que realizan negocios en Panamá.

Asesoría experta en:

Inversión Extranjera
Derecho Corporativo
Derecho Inmobiliario
Contratación Pública y Derecho Administrativo
Litigios y Arbitrajes
Derecho Laboral
Migración y Naturalización
Propiedad Intelectual
Derecho de la Competencia

www.arodi.com

Comuníquese con nosotros:

Edif. Comosa, Piso 8, Ave. Samuel Lewis,
Obarrio, República de Panamá
T: +(507) 209 6800 | arodilaw@arodi.com



AROSEMENA & DIAZ
ATTORNEYS AT LAW

Third Party Funding conflicto de intereses y cuestiones de privilegio

Rebeca E. Mosquera & Benjamin I. Malek

Estados Unidos, Panamá, Alemania

I. Introducción

Históricamente, el uso de *third-party funding* o financiamiento por un tercero ha sido predominante en el arbitraje internacional de inversión.¹ Sin embargo, en los últimos años, también se ha notado un incremento en su utilización en arbitrajes internacionales comerciales.² Algunos comentaristas han indicado que esta rápida expansión ha sido impulsada por la recesión económica del 2008.³ Como resultado de esta recesión económica, “[m]uchas corporaciones e inversores experimentaron inestabilidad económica y no pudieron presentar reclamos meritorios debido a la reducción de su flujo de caja. Al mismo tiempo, los inversores buscaban vías alternativas de capital donde el rendimiento no se correlacione con los mercados tradicionales”.⁴

1. Ver WILLIAM PARK & CATHERINE A. ROGERS, *Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force*, No. 42-2014, Penn State Law Legal Studies Research Paper Series (2014), (PARK & ROGERS), pág. 3, disponible en https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/16 (“El arbitraje inversor-Estado ha atraído particular atención por parte de los financiadores y sus críticos. [Estos] casos interesan a los financiadores debido a la posibilidad de recuperaciones considerables.”) (último acceso el 20 de agosto de 2019); ver también Norton Rose Fulbright, *International Arbitration Report* (septiembre de 2016), pág. 3, disponible en <https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/imported/international-arbitration-report---issue-7.pdf?la=en&revision=2b95e882-b426-4aa1-952e-6270bebf896b> (último acceso el 20 de agosto de 2019).
2. Ver Ashurst QuickGuides, *Third Party Funding in International Arbitration* (21 de junio de 2019), disponible en <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide---third-party-funding-in-international-arbitration/> (último acceso el 20 de agosto de 2019).
3. Ver ICCA-QMUL *Task Force Report on Third-Party Funding in International Arbitration*, The ICCA Reports No. 4 (abril de 2018), (ICCA-QMUL) pág. 18.
4. *Ibidem*.

Sin embargo, el uso de *third-party funding* para financiar disputas no es una práctica revolucionaria.⁵ La misma se ha visto desarrollada desde los años 90' en jurisdicciones como Alemania, Austria, los Estados Unidos, Australia e Inglaterra⁶ y continúa extendiéndose y creciendo en jurisdicciones como Singapur, China y Hong Kong,⁷ incluso en Latinoamérica.⁸ Lo que hoy en día se considera revolucionario es una industria que cubre o aporta capital a las partes por los costos y gastos del arbitraje.⁹

Uno de los factores principales que fomenta la práctica o el uso de *third-party funding* en el arbitraje internacional es el alto costo de presentar estos tipos de reclamaciones.¹⁰ Aquellos que defienden la práctica del *third-party funding*, abogan que su utilización promueve el acceso a la justicia y permite la filtración de casos no meritorios.¹¹

Históricamente, el *third-party funding* era un mecanismo utilizado primordialmente por reclamantes con poco capital o con dificultades financieras. No obstante, hoy en día esta clase de financiamiento también es utilizado por reclamantes que, teniendo los fondos necesarios para presentar su reclamo, prefieren controlar el riesgo, reduciendo los presupuestos legales y sacando estos gastos de sus hojas de balance.¹² Cabe resaltar que el tercero financiador puede aportar capital tanto a la parte reclamante como a la parte demandada.

5. Ver NIKOLAUS PITKOWITZ, *The TPF Handbook*, in N. Pitkowitz (ed.), *Handbook On Third-Party Funding In International Arbitration* (2018), pág. 7.
6. *Ibidem*.
7. Ver CHIANN BAO, *Third Party Funding in Singapore and Hong Kong: The Next Chapter*, 34 *Journal of International Arbitration* (2017, número 3) págs. 387-400; ver también MATTHEW SECOMB ET AL., *Third Party funding for Arbitration: An Opportunity for Singapore to Lead the Way in Regulation*, 16 *Asian Dispute Review* (2016, número 4) págs. 18. 2-188.
8. Ver NAPOLEAO CASADO FILHO, *Arbitragem e Acesso a Justiça: O Novo Paradigma do Third Party Funding* (Saraiva 2017) págs. 1-272.
9. Ver JONAS VON GOELER, *Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*, *International Arbitration Law Library*, Chapter 1: Introduction, Volumen 35 (Kluwer Law International, 2016), (VON GOELER), págs. 1-8; ver también KABIR DUGGAL & KHUSHBOO SHAHDADPURI, *General Duties of Counsel*, en N. Pitkowitz (ed.), *Handbook On Third-Party Funding In International Arbitration* (2018), (DUGGAL & SHAHDADPURI) pág. 23.
10. Ver GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, *Kluwer Law International*, 1462 (2009) en 84 (“[T]anto el arbitraje internacional y el litigio internacional pueden implicar gastos y demoras importantes y, no es prudente hacer generalizaciones sobre cuál mecanismo es necesariamente más rápido o más barato.”); ver también VON GOELER, *supra* nota 9, pág. 8, n. 1, citando CI Arb Costs of International Arbitration Survey 2011, pág. 13. (“Encuesta de 254 arbitrajes comerciales realizada entre 1991 y 2010 para determinar que los demandantes gastan en promedio GBP 1,580,000 en total, mientras que los demandados gastan GBP 1,413,000); UNCTAD, *Disputas Inversor-Estado*, págs. 16-18 (“[c]ontrario a las expectativas, resulta que los costos involucrados en el arbitraje de inversor-Estado se han disparado en los últimos años ... costos para llevar a cabo procedimientos de arbitraje son extremadamente altos”); OECD, *Government Perspectives on Investor-State Dispute Settlement*, pág. 8 (“los costos legales de arbitraje para las partes en casos recientes de casos ISDS [acuerdo inversor-estado] han promediado sobre USD 8 millones”); Investment Treaty News, *The Case Against Third-Party Funding in Investment Arbitration* (30 de julio de 2018), (Investment Treaty News), pág. 2, disponible en <https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia/> (último acceso el 20 de agosto de 2019).
11. Ver Investment Treaty News, *supra* nota 10, pág. 3.
12. Ver NICK ROWLES-DAVIES, *Third Party Litigation Funding* (Oxford University Press 2014) pág. 62 (“El uso de financiamiento ofrece al cliente la capacidad de minimizar el riesgo, no tiene un efecto negativo en su flujo de caja y garantiza el pago a los abogados.”); ver también Norton Rose Fulbright, *supra* nota 1, pág. 3, disponible en <https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/imported/international-arbitration-report-issue-7.pdf?la=en&revision=2b95e882-b426-4aa1-952e-6270bebf896b> (último acceso el 20 de agosto de 2019).

Como es de suponerse, esta rápida expansión del uso de *third-party funding* para financiar controversias de arbitraje internacional, ha dado pie a diversas cuestiones de ética y de conflictos de intereses.¹³ Indiscutiblemente, la participación de un *third-party funder* plantea una serie de cuestiones importantes y que no pueden pasar desapercibidas, como la relación del tercero financista con las partes y con los abogados de las partes, temas de confidencialidad, la ética de los abogados y los conflictos de intereses de los árbitros, entre otras cosas.

Este artículo pretende proporcionar, aunque de forma no exhaustiva, una visión general de algunas de las consideraciones de conflictos de intereses desde la perspectiva del árbitro, cuando ciertas relaciones con un tercero financiador pueden crear conflicto de intereses y, desde la perspectiva del abogado en relación tanto con su cliente como con el tercero financiador.

Aunque los autores utilizan ciertos ejemplos extraídos del arbitraje internacional de inversión y de los procesos de las Cortes nacionales de los Estados Unidos para ofrecer ciertos ejemplos relacionados con conflictos de intereses y privilegios, este artículo se enfoca sobre todo en la figura y aplicación de la financiación por un tercero en arbitrajes internacionales comerciales.

II. ¿Qué es el financiamiento por parte de un tercero o Third-Party Funding?

Los profesores William W. Park y Catherine Rogers, dos miembros del Grupo de trabajo ICCA-Queen Mary sobre financiamiento de terceros, han señalado que “[u]na razón por la cual el *third party funding* es difícil de definir es porque los intereses económicos en una parte o una disputa pueden darse de muchas formas y tamaños. Los acuerdos pueden estructurarse como instrumentos de deuda, instrumentos de patrimonio, instrumentos para evitar riesgos o como transferencias completas de los reclamos subyacentes. Algunos acuerdos permiten o requieren la participación activa del tercero financiador en decisiones estratégicas del caso, mientras que otros acuerdos se limitan a actualizaciones periódicas”¹⁴ Los mismos autores enfatizan el hecho de que las definiciones convencionales de *third-party funding* abarcan sólo aquellas situaciones en donde el tercero financiador viene a invertir su capital cuando el reclamo ya se ha dado.¹⁵ Sin embargo, la intervención de este tercero financiador se puede dar antes o después de que se ha presentado el reclamo.¹⁶

13. Ver JENNIFER A. TRUSZ, *Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration*, *The Georgetown Law Journal*, 101 *Geo. L.J.* 1649 (2013), (J. TRUSZ), pág. 1651 (“Todo apunta, sin embargo, a que los conflictos de intereses están surgiendo con mayor frecuencia en el proceso arbitral debido al crecimiento de la industria de la financiación por terceros.”).
14. Ver PARK & ROGERS, *supra* nota 1, pág. 4. (Nota al pie omitida).
15. *Ibidem*.
16. *Ibidem*.

Distintas instituciones, diferentes grupos de trabajos y varios autores han tratado de *definir* el concepto de *third-party funding*. De estas definiciones se derivan elementos importantes a la hora de determinar supuestos conflictos de intereses cuando el reclamo se encuentra financiado por un *third-party funder*.

La definición adoptada por la propuesta de la Unión Europea para la Protección de la Inversión y la Resolución de Disputas de Inversión con los Estados Unidos, señala que el financiamiento por un tercero es:

“el financiamiento proporcionado por una persona física o jurídica que no es parte en la disputa pero que suscribe un acuerdo con una parte contendiente para financiar una parte o todo el costo del procedimiento a cambio de una remuneración dependiente del resultado de una disputa”.¹⁷

Por su parte, las Directrices de la IBA Sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, en su nota explicativa sobre la Norma General 6(b) define al tercero financiador como:

“[...] 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 [...] el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje”.¹⁸

El Grupo de Trabajo del ICCA-Queen Mary Sobre el Financiamiento Por Terceros en el Arbitraje Internacional ha señalado que:

“[e]n su forma más simple, el financiamiento de terceros involucra a una entidad, sin interés previo en la disputa legal, que proporciona financiamiento a una de las partes (generalmente el reclamante). Por lo general, este financiamiento se ofrece sin recurrir, lo que significa que el financiador no tiene ningún recurso contra la parte financiada si el caso no es exitoso. Según este modelo, el recurso del financista respecto del reembolso del capital adelantado e invertido se limita a los ingresos recuperados del reclamo, de haberlos”.¹⁹

De estas definiciones, ciertos elementos constantes pueden ser extraídos: (i) la existencia de un tercero financiador que puede ser una persona natural o una entidad, (ii) este tercero financiador no está relacionado con el reclamo o no tiene un interés previo en el reclamo; sin embargo, tiene un interés económico directo en el laudo

17. Ver *EU-US TTIP Negotiations*, Trade in Services, Investment and E-Commerce, Chapter 2 – Investment Section 3, Artículo 1 a 12.

18. Ver las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, adoptadas el 23 de octubre de 2014 (Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses), Parte I, Normas Generales Sobre Imparcialidad, Independencia Y Sobre La Obligación De Revelar Hechos Y Circunstancias, Nota explicativa sobre la Norma 6(b).

19. Ver ICCA-QMUL, *supra* nota 3, pág. 18.

final, (iii) la existencia de un acuerdo entre el tercero financiador y la parte financiada, (iv) este tercero aporta capital o invierte en el reclamo de una de las partes y, (v) este tercero no tiene recurso alguno en contra de la parte financiada si la decisión final resulta adversa;²⁰ de ello se desprende que, la parte financiada no tiene que reembolsar al tercero financiador por su inversión.²¹

De todos estos elementos, uno en particular resulta relevante a nuestra discusión: el interés económico directo del tercero financiador en el laudo arbitral. La literatura sugiere que cualquier financiamiento podría ser considerado como tener un interés económico directo.²² Sin embargo, ¿qué sucede cuando, por ejemplo, organizaciones sin fines de lucro aportan fondos a una de las partes para presentar el reclamo?

En el arbitraje de inversión de *Philip Morris c. la República Oriental del Uruguay*,²³ la Fundación Bloomberg y su “Campaña de Niños Libres de Tabaco,” proporcionó apoyo financiero al gobierno uruguayo para su defensa frente al arbitraje impuesto en su contra por Philip Morris.²⁴ Es decir que, si empleamos la definición que las Directrices de la IBA aplican al tercero financiador, en el caso de *Philip Morris*, la Fundación Bloomberg no podría considerarse como un tercero financiador que tiene un interés económico directo por ser una fundación sin fines de lucro. Pero, no se puede negar que estos terceros financiadores sin un interés económico directo en el reclamo pueden acarrear conflictos de intereses con los árbitros.

Este tema de que, para ser considerado un *third-party funder* de acuerdo a las Directrices de la IBA un interés económico directo debe existir, toma una relevancia significativa debido a que ciertos de estos terceros utilizan “vehículos de propósito especial” para facilitar la financiación.²⁵ Entonces, si este vehículo es el que finalmente invierte su capital en el financiamiento del reclamo, ¿quién tiene el interés económico directo en la decisión final? Pero, aún más relevante es la pregunta de, si este vehículo de propósito especial es quien financia la disputa, ¿cómo puede el árbitro determinar si existen conflictos de intereses con respecto al *third-party funder*? Los autores pasarán a desarrollar este tema a continuación.

20. Ver MICHEL DESTEFANO, *Nonlawyers Influencing Lawyers: Too Many Cooks in the Kitchen or Stone Soup?*, 80 *Fordham L. Rev.* 2791, 2818 (2012); Marco de Morpurgo, *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-Party Litigation Funding*, 19 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 343, 352 (2011).

21. Ver STUART L. PARDAU, *Alternative Litigation Financing: Perils and Opportunities*, 12 *U.C. Davis Bus. L.J.* 66 (2011).

22. Ver KHALED MOYEED, *A Guide to the IBA's Revised Guidelines on Conflicts of Interest*, *Kluwer Arbitration Blog*, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/01/29/a-guide-to-the-ibas-revised-guidelines-on-conflicts-of-interest/> (último acceso el 20 de agosto de 2019).

23. Ver *Philip Morris c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7.

24. Ver Comunicado de Prensa por el Bufete de Abogados que representa a Uruguay, *Foley Hoag LLP, Government of Uruguay Taps Foley Hoag for Representation in International Arbitration Brought by Philip Morris to Overturn Country's Tobacco Regulations*, 8 de octubre de 2010, disponible en <https://foleyhoag.com/news-and-events/news/2010/october/uruguay-taps-foley-hoag-for-representation> (último acceso el 20 de agosto de 2019).

25. Ver CIENTO VELJANOVSKI, *Third-Party Litigation Funding in Europe*, 8 *J.L. Econ. & Pol'y* 405, 430 (“[Third-Party Funders] utilizan vehículos de propósito especial, que [...] generalmente son utilizados porque están libres de obligaciones y deudas preexistentes, y son [vehículos] independientes de las partes [...]”).

III. Las instituciones arbitrales y sus esfuerzos en asegurar la independencia de los árbitros

Las instituciones arbitrales han desarrollado reglas que tienen como propósito el asegurar la independencia de los árbitros.²⁶ Por ejemplo, el Artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) señala, en parte relevante, que:

1. Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje.
2. Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. La persona propuesta como árbitro debe dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas realicen sus comentarios.
3. El árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes, cualesquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar a aquellos referidos en el Artículo 11(2) relativos a su imparcialidad o independencia que pudieren surgir durante el arbitraje.

De conformidad con este Artículo, la obligación del árbitro de declarar cualquier conflicto de interés es continua durante todo el procedimiento arbitral.²⁷ Y, en caso de que exista cualquier duda al respecto de si existe algún conflicto, la misma deberá resolverse en favor de hacer la declaración.²⁸

Por su parte, las Directrices de la IBA Sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional orientan a los árbitros sobre los conflictos de intereses que son irrenunciables y, por ende, deben ser declarados.²⁹ Estas Directrices han creado las listas roja, naranja y verde que clasifican aquellas situaciones que pueden acarrear

conflictos de intereses. La Lista Roja Irrenunciable de las Directrices es de particular interés para nuestro análisis.

Si el árbitro identifica, antes de su nombramiento o cuando el proceso arbitral se encuentra ya en marcha, que existe una potencial situación de conflicto de interés comprendida dentro de Lista Roja Irrenunciable, el árbitro necesariamente debe rechazar su nombramiento o rehusarse a seguir actuando como árbitro.

El Listado Rojo Irrenunciable de estas Directrices señala que habrá un conflicto de intereses cuando:

“1.1. Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una persona jurídica parte en el arbitraje”.³⁰

Según las autoras Miriam K. Harwood y Christina Trahanas, esta situación se puede dar cuando “una persona actúa como árbitro en un caso [...] en donde un tercero financiador financia a una de las partes y, [el mismo árbitro actúa] como abogado de parte, en otro caso en donde el mismo tercero financiador interviene”³¹ En este caso, “[e]l hecho de que los honorarios [del abogado] [...] son pagados por el [third-party funder] [...] hace que sea inapropiado que funja como árbitro en [el otro] arbitraje”.³² Esta situación puede también catalogarse bajo el párrafo 2.3.1 del Listado Rojo Renunciable de las Directrices de la IBA.³³

“1.2. El árbitro es un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre una de las partes en el arbitraje”.³⁴

Este conflicto de interés se da cuando “el árbitro [es] designado en un caso en donde una de las partes [es] financiada por un *third-party funder* y el árbitro [está] afiliado al financista como miembro de su junta directiva o como su asesor”.³⁵

“1.3. El árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejado consecuencias económicas significativas para el árbitro”.

26. Ver 2010 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 11; 2014 Reglas de Arbitraje LCIA, artículos 5.4-5.5; Reglas de arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo 2017, artículos 18(2) and (3); Reglas de Arbitraje del Convenio CIADI, regla 6(2); Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses, Parte II, Aplicación Práctica De Las Normas Generales.

27. Ver 2017 Reglas de Arbitraje de la CCI, artículo 11(3).

28. Ver CCI, Nota a Las Partes y al Tribunal Arbitral Sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI (1 de marzo de 2017), parra. 18.

29. Ver Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses, Parte II, Aplicación Práctica de Las Normas Generales, parra. 1 (“Las Directrices han de guiar a los árbitros, a las partes, a las instituciones arbitrales y a los tribunales estatales sobre el tipo de circunstancias que crea o no un conflicto de intereses y sobre aquellas que, de un modo o de otro, haya que revelar a las partes. [...] Aunque las listas no abarcan todas las situaciones que se pueden dar, sirven de guía en muchas situaciones ya que se pretendió que fueran lo más exhaustivas posible.”).

30. Ver Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses, Parte II, Aplicación Práctica de Las Normas Generales, parra. 1.1.

31. Ver MIRIAM K. HARWOOD & CHRISTINA TRAHANAS, *Conflicts of Interests*, in N. Pitkowitz (ed.), *Handbook On Third-Party Funding In International Arbitration* (2018), (HARWOOD & TRAHANAS), pág. 46.

32. Ver MAXI SCHERER, *Third-Party Funding in Arbitration: Out in the Open?*, in *Commercial Dispute Resolution* (mayo 2012), pág. 58.

33. Ver HARWOOD & TRAHANAS, *supra* nota 31, pág. 46, n. 14 (“[E]sta relación entre un árbitro y un financiador puede clasificarse como una en la cual ‘el árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes, o un afiliado de una de las partes’.”).

34. Ver Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses, Parte II, Aplicación Práctica de Las Normas Generales, parra. 1.2.

35. Ver HARWOOD & TRAHANAS, *supra* nota 31, pág. 45.

La forma más simple en que se puede dar esta situación, es cuando, por ejemplo, el árbitro es designado por una de las partes en un arbitraje y, este árbitro pertenece a la empresa o es dueño de acciones de la empresa del tercero financiador que está financiado (o que financiará) a una de las partes en el mismo arbitraje.

“1.4. El árbitro asesora con regularidad a la parte que lo designó o a su filial y el árbitro o su bufete de abogados percibe por esta actividad ingresos significativos”.

En este caso, la firma a la que pertenece el árbitro utiliza a cierto *third-party funder* para financiar los casos de aquellos clientes que así lo desean; al mismo tiempo, dicho árbitro funge como tal en un arbitraje en donde el mismo *third-party funder* se encuentra financiando a una de las partes. Lo clave aquí es que la firma del árbitro deriva ingresos sustanciales de dicho tercero financiador.

Lo anterior necesariamente nos lleva de vuelta a la pregunta anteriormente planteada. ¿Qué sucede cuando el árbitro no tiene conocimiento de quién es, finalmente, la persona que financia la disputa? O la persona que en realidad tiene un interés económico directo en la decisión final del caso. Así, [a]unque las reglas [arbitrales] requieren que el árbitro sea independiente y que declare cualquier conflicto de interés, el árbitro quizás no sepa que ha sido indirectamente designado [...]”³⁶ en arbitrajes en donde el mismo *third-party funder* ha financiado el reclamo. “Si el árbitro no tiene conocimiento de que un reclamante recibe financiamiento por parte de un tercero financiador, [este árbitro] quizás no declare su participación en la corporación del *third-party funding* o de la participación de su firma en casos financiados por [dicho financiador].”³⁷ Además, cae sobre el árbitro la responsabilidad de hacer consultas razonables para identificar cualquier conflicto de interés.³⁸

Es evidente que estas omisiones pueden acarrear consecuencias un tanto funestas para el proceso arbitral y las partes, desde la solicitud de recusación del árbitro en conflicto, hasta la posible anulación del laudo arbitral.³⁹ No obstante, esta situación se ve aliviada por medio de las Directrices de la IBA, las cuales imponen una obligación a las partes y sus abogados, de “informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las demás partes y a la institución arbitral o a cualquier otra institución nominadora [...] sobre cualquier relación directa o indirecta que hubiese entre el árbitro y la parte [...], o entre

37. Ver J. TRUSZ, *supra* nota 13, pág. 1652.

38. *Ibidem*.

39. Ver Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses, Parte I, Norma General 7(d).

39. Ver NATHALIE ALLEN PRINCE & DAVID HUNT, Increasingly mandatory disclosure of third-party funding in arbitration, *Financier Worldwide*, (PRINCE & HUNT), disponible en <https://www.financierworldwide.com/increasingly-mandatory-disclosure-of-third-party-funding-in-arbitration#.XVRkYS3MwXo> (último acceso el 20 de agosto de 2019) (“La revelación obligatoria de la identidad del financiador crea una mayor transparencia y reduce el riesgo de conflictos de intereses desde el principio, especialmente entre los miembros del tribunal y el tercero financiador. El no revelar la existencia y la identidad del tercero financiador aumenta el riesgo de que la Corte pueda anular el laudo o negar su ejecución, citando la existencia de un conflicto no revelado.”).

el árbitro y cualquier persona o entidad con un interés económico directo en [...] el laudo que se emita en el arbitraje”.⁴⁰

A. Declaración o Revelación de la existencia de un Tercero Financiador: Mandatoria o No Mandatoria

La comunidad internacional ha debatido si debe ser mandatoria la revelación de la existencia e identidad de un *third-party funder* que invierte en el reclamo.⁴¹ El número limitado de *third-party funders* en el arbitraje internacional y el acceso a estos terceros financiadores por sólo un número exclusivo de despachos de abogados, que también trabajan directamente como árbitros, necesariamente puede generar conflicto de intereses.⁴²

Existen opiniones en favor de la revelación mandatoria ya que ello, *primero*, dejaría al descubierto cualquier potencial conflicto de interés que pueda existir entre el tercero financiador y los árbitros; *segundo*, alertaría a la otra parte y al tribunal acerca de la posible necesidad de solicitar a la parte financiada que ofrezca una garantía en caso de que el laudo final sea adverso a la parte financiada; y, *tercero*, y quizás menos evidente, el hecho de que la parte no financiada no ha previsto que su información confidencial sea, sin su consentimiento, potencialmente revelada o compartida con un tercero financiador.⁴³

Algunos autores van un poco más allá al señalar que cuando la parte financiada decide revelar que su reclamo se encuentra financiado por un tercero financiador, corre el riesgo de ser expuesta a tácticas de guerrilla por la parte contraria.⁴⁴ Por otro lado, aquellos que se oponen a la revelación mandatoria de la existencia de un tercero financiador, señalan que aplicar esta clase de imposición iría más allá de su alcance, sobre todo cuando existen parámetros y directrices que ya tratan el tema.⁴⁵

40. Ver Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses, Parte I, Norma General 7(a).

41. Ver VIREN MASCARENHAS & ANDREW LARKIN, *Disclosure and Confidentiality*, in N. Pitkowitz (ed.), *Handbook On Third-Party Funding In International Arbitration* (2018), (MASCARENHAS & LARKIN), pág. 57.

42. Ver MARC J. GOLDSTEIN, *Should the Real Parties in Interest Have to Stand Up?* – Thoughts About A Disclosure Regime for Third-Party Funding in International Arbitration, 8 *Transnational Dispute Management* (2011, número 4), (M. GOLDSTEIN), pág. 7; ver también MAXI SCHERER ET AL., *Third Party Funding of International Arbitration Proceedings – A view From Europe: Part II*, *Int'l Bus. L. J.* (2012), (M. SCHERER ET AL.) pág. 649 a págs. 651-53 (Discutiendo las obligaciones de revelación del financiamiento por terceros en el contexto de posibles problemas de imparcialidad del árbitro).

43. Ver MASCARENHAS & LARKIN, *supra* nota 41, pág. 58.

44. Ver STEPHAN WILSKE, *Arbitration Guerrillas at the Gate – Preserving the Civility of Arbitral Proceedings when the Going Gets (Extremely) Tough*, *Austrian Yearbook on Arbitration 2011* (S. WILSKE), en 315; ver también VLADIMIR KHVALEI, *Guerrilla Tactics in International Arbitration, Russian View*, *Austrian Yearbook on Arbitration 2011*, (V. KHVALEI), en 335; EDNA SUSSMAN, *All's Fair in Love and War - Or Is It? The Call for Ethical Standards for Counsel in International Arbitration*, *TDM 2* (2010), disponible en www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1607 (último acceso el 20 de agosto de 2019); DAVID P. RONEY, *The Advocate's Response to Guerrilla Tactics in International Arbitration: Practical Approaches and Strategies to Counter Misconduct*, *TDM 2* (2010), disponible en www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1621 (último acceso el 20 de agosto de 2019).

45. Ver VON GOELER, *supra* nota 9, Chapter 8, *Confidentiality in International Arbitration Proceedings and Third-Party Funding*, págs. 299-330.

Lo cierto es que la comunidad internacional coincide en que es apropiado que la identidad del tercero financiador sea revelada. Así lo comprobó la encuesta del Queen Mary University/White & Case del año 2015, en donde el 63% de los encuestados piensa que la revelación de la identidad del tercero financiador debe ser mandatoria.⁴⁶

En este mismo hilo de ideas, cuando el tribunal arbitral le ordena a una parte a que declare sobre la existencia de un tercero financiador, generalmente solicita que se declare la identidad de dicho *third-party funder*.⁴⁷ En unos ciertos casos, el tribunal arbitral ha ordenado a la parte financiada a que declare o divulgue los términos del acuerdo de financiamiento existente entre la parte financiada y el *third-party funder*.⁴⁸ La revelación de los términos del acuerdo es típicamente solicitada para determinar si el *third-party funder* ha proporcionado cobertura en caso de costos adversos. El argumento es que “esta clase de financiamiento [por parte de un tercero financiador] es una señal de que la parte financiada es insolvente y, por lo tanto, debe proporcionar una garantía para cubrir cualquier adjudicación de costos adversos”.⁴⁹

Como bien lo han advertido ciertos autores, “la revelación de [...] la existencia de un acuerdo de financiamiento es diferente de la revelación del [...] acuerdo en sí [...]”⁵⁰ y, generalmente las Cortes domésticas han sido un tanto recalcitrantes en ordenar la revelación de los términos del acuerdo de financiamiento al menos que su revelación sea directamente pertinente al caso.⁵¹

No obstante, cuando el acuerdo de financiamiento en sí no es la base de la disputa, la revelación de sus términos es poco común.⁵² Por ejemplo, en *EuroGas Inc y Belmont Resources Inc c. República Eslovaca*, el tribunal ordenó a la reclamante que revelara la identidad de su tercero financiador con el único propósito de determinar si existía algún conflicto de interés.⁵³ Esto fue posible, precisamente, porque la reclamante declaró la existencia del tercero financiador que estaba financiando el reclamo en arbitraje.⁵⁴

46. Ver Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovation in International Arbitration 47-48, disponible en <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/> (último acceso el 20 de agosto de 2019).

47. Ver PRINCE & HUNT, *supra* nota 39.

48. Ver CAMILLE FLÉCHET, *Summary Report of the First Session Held on January 27, 2012*, 2012 Int'l Bus. L.J. 208, 217-18; ver también AREN GOLDSMITH & LORENZO MELCHIONDA, *Third Party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (But Were Afraid to Ask)*, (C. FLÉCHET), 2012 Int'l Bus. L.J. 53, 54, 69.

49. Ver PRINCE & HUNT, *supra* nota 39.

50. Ver DANIEL T. PASCUCCI, *Discoverability of Third Party Funding Agreements in Arbitration – Part I*, (29 de enero de 2019) disponible en https://www.mintz.com/insights-center/viewpoints/2196/2019-01-discoverability-third-party-funding-agreements-arbitration#_ftnref7 (último acceso el 20 de agosto de 2019).

51. Ver *Kaplan c. S.A.C. Capital Advisors, L.P.*, No. 12-CV-9350 (VM)(KNF), 2015 U.S. Dist. LEXIS 135031, a *16-17 (S.D.N.Y. 10 de septiembre de 2015).

52. Ver *Muhammet Çap & Sehil In aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistan*, Caso CIADI No. ARB/12/6, Orden Procesal No. 3 (12 de junio de 2015), parra 8.

53. Ver *EuroGas Inc y Belmont Resources Inc c. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/14/14, Transcripción de la Primera Sesión y Audiencia Sobre Medidas Provisionales (17 de marzo de 2015), pág. 145.

54. Ver *EuroGas Inc y Belmont Resources Inc c. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/14/14, Solicitud de la Demandada para Medidas Provisionales y Oposición a la Solicitud de Demandantes para Medidas Provisionales, parra 32.

B. Conflicto de Intereses Desconocidos

Al respecto de conflicto de intereses desconocidos, la pregunta viene a ser, ¿qué sucede si la parte financiada no revela ni la existencia ni la identidad de su *third-party funder*? En este caso, algunos comentaristas son de la opinión que, dada esta circunstancia, el árbitro no puede ser descalificado y mucho menos su laudo impugnado.⁵⁵ “Sin embargo, este enfoque puede no ser ideal. La percepción del arbitraje internacional puede verse afectada si el secreto, en lugar de la revelación, es utilizado para evitar la parcialidad [de los árbitros]”.⁵⁶ Por ejemplo, algunos comentaristas han señalado que “[l]a parte que sufrió una decisión adversa puede volverse sospechosa al enterarse posteriormente de que la parte prevaleciente fue respaldada por un tercero financiador no revelado y, que dicho financiador tiene una relación con el árbitro que decidió el reclamo”.⁵⁷

Debido a esto, los autores concuerdan con la tendencia de la comunidad internacional de revelar la existencia e identidad del tercero financiador (más no los términos del acuerdo de financiación). Además de que esta revelación puede, en ciertos casos, estimular a las partes a llegar a un acuerdo.

IV. Conflictos de intereses con respecto del abogado y su cliente cuando la reclamación es financiada por un tercero

Cuando un reclamo se encuentra financiado por un *third-party funder*, puede ocurrir que los intereses de la parte financiada difieran de aquellas del tercero financiador. Por ejemplo, la parte financiada quizás quiere llegar a un acuerdo con la contraparte, pero el tercero financiador no piensa que sea el momento oportuno para llegar a un acuerdo. O, también puede ser que el tercero financiador quiera llegar a un acuerdo monetario, cuando la parte financiada lo que quiere es detener el reclamo para salvar la relación de negocios con la contraparte. Para agregar a una situación ya complicada, el tercero financiador puede, no sólo solicitar al abogado que le mantenga informado del progreso del reclamo, pero que también mantenga “el debido cuidado y un deber fiduciario hacia el financiador.”⁵⁸ adicional a aquel que el abogado le debe a su cliente financiado por el tercero.

Es importante notar que, típicamente, los *third-party funders* entienden y respetan que el proceso, así como la estrategia del mismo, le pertenecen al abogado y a su cliente (la parte financiada). Por otro lado, el abogado siempre debe tener presente que está obligado a defender los intereses de su cliente. Para evitar cualquier confusión, los

55. Ver VON GOELER, *supra* nota 9, Chapter 7: Impartiality and Independence of Arbitrators and Third-Party Funding, págs. 253-292; ver también VANNIN CAPITAL, *Conflicts of Interest: Third-Party Funders and the Social Dynamics of Disputes*, 28 de septiembre de 2015;

56. Ver MASCARENHAS & LARKIN, *supra* nota 41, pág. 59.

57. Ver MASCARENHAS & LARKIN, *supra* nota 41, pág. 59.

58. Ver J. TRUSZ, *supra* nota 13, pág. 1657.

abogados deben ser especialmente claros en señalar que ellos no representan los intereses del tercero financiador y deben prestar especial atención a las reglas de ética que regulan la profesión en su jurisdicción para evitar cualquier tipo de conflicto de intereses.⁵⁹

El *third-party funder* financia el reclamo (o alguna parte del mismo) sin que ello deba traducirse a que existe una relación de cliente y abogado entre dicho tercero y el abogado de la parte financiada. “Al respecto, la relación entre el abogado y el tercero financiador puede acertadamente describirse como una ‘relación de no dependencia’”.⁶⁰ Es decir, que la obligación del abogado con respecto del tercero financiador radica precisamente en el deber que tiene el abogado de proteger los intereses de su cliente.

En jurisdicciones como la de los Estados Unidos, los Estados han adoptado alguna versión de las Reglas Modelos Sobre Conducta Profesional del *American Bar Association*. Específicamente, la Regla 1.7.a.1. señala que “un abogado no debe representar a un cliente si esa representación envuelve conflicto de intereses concurrentes. Un conflicto de interés concurrente existe si la representación de un cliente es directamente adversa con respecto de otro cliente”.⁶¹

Entonces, a pesar de que a simple vista el interés del tercero financiador y la parte financiada sea discutiblemente el mismo (obtener una decisión favorable), no es menos cierto que pueden surgir variadas situaciones en donde los intereses del tercero financiador se pueden encontrar en conflicto directo con los intereses de la parte financiada.

Esta situación puede darse durante las negociaciones de los términos del acuerdo de financiamiento. Por ejemplo, uno de los puntos que se negocian en el acuerdo, es el porcentaje que se pagará en caso de una decisión a favor. Al respecto, puede que surjan distintas opiniones entre el porcentaje asignado al tercero financiador y aquel asignado a la parte financiada. Esta situación da pie a un obvio conflicto de interés concurrente, en donde la posición de la parte financiada puede tornarse directamente adversa a aquella del *third-party funder* con respecto del porcentaje a pagar.

Por supuesto, esta no es la única ocasión en que los intereses del tercero financiador y los de la parte financiada pueden estar en conflicto. Como se mencionó arriba, puede que se den situaciones en donde la parte financiada quizás quiere llegar a un acuerdo con la contraparte, pero el tercero financiador no piensa que sea el momento oportuno para llegar a un acuerdo; o, también puede ser que el tercero financiador quiera llegar

a un acuerdo monetario, cuando la parte financiada lo que quiere es detener el reclamo para salvar la relación de negocios con la contraparte.

A pesar de estos desafíos, la participación del tercero financiador puede ser muy provechosa ya que puede ofrecer y, en efecto, ofrece, una gama de habilidades que benefician al caso y al cliente. Sin embargo, el abogado debe prestar cuidado con que, cualquier asistencia ofrecida por el tercero financiador, no lo o la desvíe de su principal obligación que es proteger los intereses de su cliente.⁶²

El deber del abogado con respecto de los intereses de su cliente ha sido bastante regulado en jurisdicciones como la Florida y Nueva York. Por ejemplo, la Opinión de Ética del Estado de la Florida identifica una serie de obligaciones de los abogados cuando un tercero financiador interviene en la relación de abogado y cliente. Entre estas obligaciones están que el abogado no puede permitir (i) que el *third-party funder* dirija la estrategia del reclamo, (ii) que influencie el libre ejercicio del juicio profesional del abogado y, (iii) que interfiera en la relación del cliente y el abogado.⁶³

Similarmente, en Nueva York, el Código de Conducta Profesional, en su Regla 1.8(f) (2) señala que el abogado no debe aceptar compensación por parte de un tercero a menos que (i) el cliente dé su consentimiento informado, (ii) no haya interferencia con el criterio profesional del abogado o con la relación de cliente y abogado y, (iii) la información confidencial del cliente está protegida.⁶⁴

Evidentemente, estas reglas de responsabilidad profesional acarrearán una serie de compromisos para el abogado con respecto a su cliente. En cualquier caso, e independientemente de que un *third-party funder* intervenga en la relación, el abogado no puede perder la noción que su deber es el de proteger los intereses de su cliente.

V. El privilegio en jurisdicciones de Derecho común y en jurisdicciones de Derecho Civil

En la aplicación de la práctica de *third-party funding*, el tercero financiador, antes de tomar la decisión de capitalizar el reclamo, debe realizar una debida diligencia para determinar, entre otras cosas que se trata de un reclamo meritorio y que existe una oportunidad financiera viable.⁶⁵ De igual modo, una vez suscrito el acuerdo de financiamiento, es posible que material privilegiado sea compartido con el tercero financiador para propósitos de monitorear el reclamo. Cuando las partes deciden compartir cierta información y documentos con un tercero financiador, es importante tener en cuenta las diferentes jurisdicciones y sus respectivas leyes de privilegio.⁶⁶

59. Ver DUGGAL & SHAHDADPURI, supra nota 9, pág. 37.

60. Ver DUGGAL & SHAHDADPURI, supra nota 9, pág. 30, n. 23, citando a Mick Smith, Chapter 2, Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder’s Perspective in Lisa Bench Nieuwveld & Victoria Shannon, Third-Party Funding in International Arbitration (Kluwer Law International, 2012), págs. 19-37 en 33.

61. Ver ABA Reglas Modelos Sobre Conducta Profesional, Regla 1.7.a.1.

62. Ver DUGGAL & SHAHDADPURI, supra nota 9, pág. 31.

63. Ver Florida Ethics Opinion 00-3 (15 de marzo de 2002) en 4.

64. Ver New York Rules of Professional Conduct (2018), Regla 1.8(f)(1)-(3).

65. Ver SHASHI K. DHOLANDAS, Preservation of Privilege, Handbook On Third-Party Funding In International Arbitration (2018), págs. 71-79.

66. Ver ibidem.

El privilegio en las jurisdicciones de Derecho Civil es un secreto protegido por códigos y por normas de ética.⁶⁷ En jurisdicciones de Derecho común o anglosajón, el privilegio es algo que le pertenece al cliente y solo él puede renunciar a ese derecho. Por ejemplo, bajo las Reglas Modelos Sobre Conducta Profesional del *American Bar Association*, el abogado está obligado de por vida a proteger el privilegio de cliente-abogado,⁶⁸ incluso luego de la muerte del cliente.⁶⁹ No obstante, bajo las leyes de ciertos países,⁷⁰ el cliente puede dar su consentimiento a un abogado para que revele sólo cierta información específica y limitada a un tercero.⁷¹

En los Estados Unidos, “[p]ara proteger los materiales intercambiados con un financiador [de que no sean revelados], la parte que busca evitar la revelación tendrá que establecer que los materiales intercambiados comprenden productos de trabajo de abogados o que las comunicaciones abogado-cliente permanecen protegidas de conformidad con la doctrina de interés común”.⁷²

“La doctrina del producto de trabajo establece que una parte adversa generalmente no puede descubrir u obligar a revelar materiales escritos u orales preparados por o para un abogado en el curso de una representación legal, especialmente [si los materiales han sido preparados] para un litigio”.⁷³ Por otro lado, en Nueva York, la doctrina de interés común se da cuando las partes tienen un interés legal común en un reclamo potencial o en un reclamo existente.⁷⁴

En los procedimientos de arbitraje internacional las partes, y el tercero financiador, pueden renunciar al privilegio pero seguir sujetos a un acuerdo de confidencialidad procesal.⁷⁵

67. Ver AVA BORRASSO, *Privilege and International Implications against the Backdrop of the Panama Papers* (20 de julio de 2016), disponible en https://www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2016/07/12_borrasso/ (último acceso el 20 de agosto de 2019).

68. Ver ABA Reglas Modelos Sobre Conducta Profesional, Regla 1.6.a.

69. Ver *Swidler & Berlin c. United States*, 524 U.S. 399 (1998) (“En general, si no universalmente, se ha aceptado, durante más de un siglo, que el privilegio abogado-cliente sobrevive a la muerte del cliente. [...]”).

70. En países como Rusia, Ucrania y Brasil, según lo discutido por el Informe ICCA-QMUL del Grupo de Trabajo sobre el financiamiento por terceros en Arbitraje Internacional.

71. Ver ICCA-QMUL, *supra* nota 3, pág. 136.

72. GONZALO S. ZEBALLOS, *State of New York*, in N. Pitkowitz (ed.), *Handbook On Third-Party Funding In International Arbitration* (2018), pág. 557.

73. Legal Information Institute, *Attorney Work Product Privilege*, disponible en https://www.law.cornell.edu/wex/attorney_work_product_privilege (último acceso el 20 de agosto de 2019).

74. *Ambac Assurance Corp. et al. c. Countrywide Home Loans Inc. et al.*, 57 N.E.3d 30, 32 (N.Y. 2016).

75. Ver DOMITILLE BAIZEAU Y JULIETTE RICHARD, *Addressing the Issue of Confidentiality in Arbitration Proceedings: How Is This Done in Practice?* Confidential and Restricted Access Information in International Arbitration (Swiss Arbitration Association, Special Series No. 43), págs. 57-60; ver también JASON FRY, SIMON GREENBERG, FRANCESCA MAZZA, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, para. 3-812 (Publicación CCI, 2012); CHRISTOPH MÜLLER, *La Confidentialité en arbitrage commercial international: un trompe-l'oeil?* Volume 23 Issue 2 ASA Bulletin, (C. MÜLLER) pag. 239; PETER ASHFORD, *Handbook on International Commercial Arbitration*, pag. 102 (JurisNet, 2009); VIRGINIA HAMILTON, *Document Production in ICC Arbitration*, Special Supplement 2006 Document Production in International Arbitration, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pp. 77-78 (2006); Orden de Confidencialidad del 12 de Julio 1994 en el caso CCI No. 7893, *Journal du Droit International* No.1, pp. 1069-1076 (1998).

Sin embargo, este acuerdo de confidencialidad puede ser impugnado durante los procedimientos de confirmación o ejecución del laudo arbitral.⁷⁶ En jurisdicciones como los Estados Unidos, los procesos ante las cortes nacionales, incluyendo la confirmación y reconocimiento de los laudos arbitrales, son públicos.⁷⁷ Es decir que, cualquier persona con acceso a una computadora puede buscar el caso en las Cortes judiciales, ya sea por medio del nombre de una de las partes o por medio del número del caso y, así, tener acceso a todos los documentos presentados por las partes en dicho caso.

Por ello, aunque es práctica común de las Cortes nacionales el no revelar información confidencial obtenida durante los procedimientos de arbitraje internacional comercial,⁷⁸ la Corte doméstica tiene toda la potestad de no solamente decidir si revela la información sujeta al acuerdo de confidencialidad, sino que también tiene la potestad de decidir qué considera como información privilegiada.⁷⁹

Por otro lado, en los casos de arbitrajes internacionales de inversión, la información obtenida, a excepción de los secretos estatales y de inteligencia de seguridad del Estado,⁸⁰ generalmente se hace pública ya que una de las metas de este arbitraje es mantener la transparencia.⁸¹ En efecto, generalmente, las controversias entre los inversores y los Estados conllevan una serie de requisitos con respecto de la transparencia.⁸² Ello se debe a que los arbitrajes de inversión pueden tener

76. Ver JEFF WAINCYMER, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, para. 10.16.7 y 11.8.1; ver también TREVOR CROOK & ALEJANDRO I. GARCIA, *International Intellectual Property Arbitration*, Kluwer Law International, 2010, p. 229, parra. 3.3.1; C. MÜLLER, *supra* nota 75; EMMANUEL GAILLARD & JOHN SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, parra. 1265 (Kluwer Law International, 1999).

77. A excepción de los procesos de familia, citaciones o órdenes de arresto no ejecutadas; fianza preventiva e informes de presentación; registros juveniles; documentos que contienen información sobre jurados; y varias presentaciones, como registros de gastos, que podrían revelar las estrategias de defensa de los abogados designados por la corte. Disponible en <https://www.uscourts.gov/rules-policies/judiciary-policies/privacy-policy-electronic-case-files> (último acceso el 20 de agosto de 2019); ver también Fed. R. App. P. 25(a), Fed. R. Bankr. P. 9037, Fed. R. Civ. P. 5.2, and Fed. R. Crim. P. 49.1.

78. Ver YVES DERAINS, *Evidence and Confidentiality*, Special Supplement 2009 Confidentiality in Arbitration, ICC International Court of Arbitration Bulletin, (Y. DERAINS) pag. 57, parra. 6 (2009); ver también C. MÜLLER, *supra* nota 75, pag. 228.

79. Ver Y. DERAINS *supra* nota 78, párras. 7-9.

80. Ver Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, Artículo 9(2)(f) (“El Tribunal Arbitral podrá excluir [...] razones de especial sensibilidad política o institucional que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional).”). En inglés las Reglas utilizan el verbo shall, cuya traducción en el idioma español es deberá. Sin embargo, la versión en español de estas Reglas utiliza el verbo podrá. Como está establecido en las Reglas, que, en caso de cualquier discrepancia, se utilizará la versión oficial en idioma inglés; y, para los propósitos de este artículo, hacemos referencia a la versión en inglés.

81. Ver *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo Sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, parra. 22.

82. Ver Comunicado de Prensa, UNCITRAL, UNCITRAL Adopts Transparency Rules for Treaty-Based Investor-State Arbitration and Amends the UNCITRAL Arbitration Rules; ver también Comunicado de Prensa Naciones Unidas UNIS/L/186 (July 12, 2013), disponible en <http://www.unis.unvienna.org/unis/pressrels/2013/unis186.html> (último acceso en el 20 de agosto de 2019).

consecuencias públicas en la toma de decisiones regulatorias del Estado⁸³ y en el desarrollo del Derecho internacional público en general.⁸⁴

VI. De la regulación o no regulación de la figura del tercero financiador

No hay regulaciones universales con respecto a la obligación de revelar la existencia de un tercero financiador.⁸⁵ El argumento más común en favor de la regulación es que permitiría a los árbitros verificar diligentemente cualquier posible conflicto de interés.⁸⁶ Varios tribunales de arbitrajes de inversiones ya han ordenado la revelación de dichos financiadores con el fin de evaluar posibles conflictos.⁸⁷ Algunos críticos sostienen que la revelación de la existencia del *third-party funder* podría ayudar a acelerar los procedimientos arbitrales.⁸⁸

Los críticos que se oponen a la regulación, argumentan que la información de financiación es privada y no puede ser regulada,⁸⁹ además, que los acuerdos de financiamiento son documentos privados entre el financiador y la parte financiada, que no forman parte del acuerdo de arbitraje, ni de la disputa, y están fuera de la competencia de los árbitros;⁹⁰ que dicha regulación puede causar retrasos severos en el procedimiento, debido a la complejidad de los acuerdos de financiamiento;⁹¹ y, también, podría conducir a tácticas de guerrilla contra la parte financiada o el tercero financiador.⁹²

El financiamiento por un tercero está en continua evolución,⁹³ por lo tanto, las regulaciones deberían adaptarse a los cambios constantes en los estándares de financiación.⁹⁴ Se puede argumentar que ciertas regulaciones ya existen. Por ejemplo, las Directrices de la IBA Sobre Conflicto de Intereses en el Arbitraje Internacional.⁹⁵ Por otro lado, en Hong Kong y Singapur, las leyes se han modificado de tal manera que el

83. Ver ELIZABETH MOUL, *The International Centre for the Settlement of Investment Disputes and the Development World: Creating a Mutual Confidence in the International Investment Regime*, 55 Santa Clara L. Rev. 881, 885–86 (2015), en 910.

84. Ver TOMOKO ISHIKAWA, *Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration*, 59 Int'l & Comp. L.Q. 373, 376 (2010).

85. Ver SARAH MOSELEY, *Disclosing Third-Party Funding in International Investment Arbitration*, Texas Law Review, Issue 6, disponible en <https://texaslawreview.org/disclosing-third-party-funding-in-international-investment-arbitration/> (S. MOSELEY) (último acceso el 20 de agosto de 2019).

86. Ver ERIC DE BRABANDERE Y JULIA LEPELTAK, *Third-Party Funding in International Investment Arbitration*, 27 ICSID Rev. 379, 381 (2012), pag. 395.

87. Ver EuroGas, *supra* nota 53; ver también *South American Silver Ltd. (Bermuda) c. El Estado Plurinacional de Bolivia*, CNUDMI CPA Caso No. 2013-15, Orden Procesal No. 10 (11 de enero de 2016); *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistan*, caso CIADI No. ARB/12/6, Orden Procesal No. 3 (12 de junio de 2015).

88. Ver GARY J. SHAW, *Third-Party Funding in Investment Arbitration: How Non-Disclosure Can Harm for the Sake of Profit*, 33 Arb. Int'l 109, 111 (2017).

89. VALENTINA FRIGNATI, *Ethical Implications of Third-Party Funding in International Arbitration*, 32 Arb. Int'l 505, 506 (2016), pag. 516.

90. Ver VON GOELER, *supra* nota 9, Chapter 4: Disclosure of Third-Party Funding in International Arbitration Proceedings, pag. 143.

91. Ver C. FLÉCHET, *supra* nota 48.

92. Ver S. WILSKE, *supra* nota 44; ver también V. KHVALEI *supra* nota 44.

93. Ver S. MOSELEY *supra* nota 85.

94. Ver CHRISTOPHER P. BOGART, *Deeply Flawed: A Perspective on the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding*, Burford Capital (Oct. 6, 2017).

95. Ver Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses *supra* nota 18.

financiamiento por parte de un tercero ya no es considerado como *champerty*.⁹⁶ De igual modo, estas nuevas regulaciones requieren que las partes divulguen la existencia de un *third-party funder*.⁹⁷ Similarmente, el Banco Mundial ya ha propuesto enmiendas a las Reglas del CIADI,⁹⁸ las cuales, en caso de ser aprobadas, sólo ordenan a las partes a que divulguen un financiador en la etapa de registro del reclamo.⁹⁹

Es importante notar que, los terceros financiadores no se oponen necesariamente a la idea de regular el financiamiento por un tercero. Por ejemplo, Bentham ha señalado que “[l]a industria de disputas financieras está en proceso de reforma en muchas de las jurisdicciones en las que operamos. Esperamos y aceptamos cambios, por lo que hemos acogido con beneplácito las revisiones regulatorias [...] que se están llevando a cabo y, de hecho, hemos pedido una regulación adecuada a medida de que nuestra industria madura y se expande a la corriente principal”.¹⁰⁰

VII. Conclusión

A pesar que la práctica de *third-party funding* no es una práctica nueva en lo que se refiere al financiamiento de reclamos, es una práctica que ha tomado un importante auge en el arbitraje internacional. Debido a este extenso incremento, situaciones que acarreen conflicto de intereses pueden darse en la relación entre el abogado, el árbitro, las partes y el tercero financiador. Independientemente de que la revelación de la existencia de un tercero financiador es obligatoria o no, para minimizar y, potencialmente evitar, situaciones en donde conflicto de intereses puedan surgir, la revelación de la existencia e incluso la identidad del *third-party funder* es recomendable. Ello aportaría mayor transparencia al proceso arbitral internacional.

Por otro lado, a pesar de que ciertas reglas institucionales exigen que el árbitro realice las indagaciones necesarias para determinar si existe un conflicto de interés que amerite la declinación de su designación como árbitro, el abogado de parte debe tomar la iniciativa en la revelación de la existencia de un tercero financiador. Más aún, en lo referente a los materiales que se compartan con el tercero financiador para los propósitos de la debida diligencia y, luego, para propósitos de monitorear el reclamo, es recomendable que el abogado asesore a su cliente en suscribir un acuerdo de confidencialidad para garantizar que la confidencialidad de los documentos se mantenga. En todo caso, el abogado no puede jamás olvidar que su deber es el de proteger los intereses de su cliente.

96. Ver Hong Kong Ordenanza 2017/98K “Third Party Funding Amendment”; ver también Ley de Derecho Civil de Singapur 5A(1) (1999) (enmendado en el 2017).

97. Ver Hong Kong Ordenanza 2017/98U(1), (3); ver también Las Reglas de Profesión Legal y Conducta Profesional de Singapur de 2015, 49A.

98. Ver Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Antecedentes de las propuestas de enmienda de las reglas del CIADI (2018).

99. Ver Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Propuestas para enmendar las Reglas del CIADI - Sinopsis 4 (2018); ver también Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Propuestas de enmienda de las Reglas del CIADI - Documento de Trabajo 136 (2018).

100. Ver IMF Bentham, Annual Report 2018, (2018) 20.