10.26439/advocatus2025.n44.8200

Implicancias jurisdiccionales del financiamiento de terceros en arbitrajes de inversión

Jurisdictional implications of third-party financing in investment arbitrations

Ricardo Ampuero Llerena

Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas
Máster en Derecho por la Universidad de Columbia, New York

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Principales inquietudes de los estados en relación con el financiamiento de terceros en el arbitraje de inversión.
1. **Importancia de revelación de información para evitar posibles conflictos de intereses derivados de la financiación por terceros.**
2. **Posible influencia de la existencia de financiación por terceros en la determinación relacionada con la asignación de costos.**
3. **Protección de la información confidencial a la que podría tener acceso un tercero que aporta financiación.**
4. **Potencial control ejercido por los terceros que aportan financiación sobre el proceso arbitral y sus efectos en la posibilidad de solucionar amistosamente la controversia.**
5. **Incidencia de la financiación por terceros en el aumento del número de casos de SCIE.**
6. **Posible desequilibrio generado por la práctica de la financiación por terceros.**
III. Alternativas de regulación del financiamiento de terceros en el arbitraje de inversión considerando las implicancias jurisdiccionales de esta figura.
IV. Conclusiones.

RESUMEN:

Este artículo examina algunas de las principales implicancias jurisdiccionales derivadas del uso de financiamiento por terceros en arbitraje de inversiones, considerando las principales preocupaciones de los Estados. Algunos de estos elementos incluyen la obligación de divulgar la existencia de un acuerdo de financiamiento, la posible influencia de este financiamiento en la asignación de costos, la preocupación por la confidencialidad de la información, el incremento de reclamaciones infundadas o frívolas, los desafíos en la resolución amistosa de disputas, y un posible desequilibrio generado por la práctica de financiación por terceros.

Palabras clave: Financiamiento de terceros, arbitraje internacional, derecho de inversiones, conflicto de interés, transparencia.

ABSTRACT:

This article examines some of the main jurisdictional implications arising from the use of third-party funding in investment arbitration, considering the main concerns of the States. Some of these elements include the obligation to disclose the existence of a funding agreement, the possible influence of such funding on the allocation of costs, concerns about confidentiality of the information, the increase in unfounded or frivolous claims, challenges in the amicable resolution of disputes, and a possible imbalance generated by the practice of third-party funding.

Keywords: Third-party financing, international arbitration, investment law, conflict of interest, transparency.

I. INTRODUCCIÓN

El financiamiento de terceros es un término genérico que se utiliza, de manera indistinta, para describir una situación en la que una parte obtiene apoyo económico, o de otro tipo, por parte de un tercero con la finalidad de cubrir los costos relacionados con la presentación y sustentación de un reclamo. Típicamente, este financiamiento se brinda a cambio de un porcentaje del monto que se pueda ordenar o pagar en compensación como resultado del litigio. Los términos bajo los cuales se brinda ese financiamiento pueden variar significativamente en cada caso y, por lo general, dependen de lo que se establezca en un acuerdo que se suscribe entre la parte que recibe el financiamiento y el tercero que brinda los fondos, contrato que normalmente se conoce como acuerdo de financiamiento[1].

Esta práctica, en la que una de las partes en un litigio recibe financiamiento por parte de un tercero para presentar su reclamo, no es un fenómeno nuevo. Como indican diversos reportes, particularmente en lo que se refiere al financiamiento de litigios comerciales en cortes domésticas, se tiene información de empresas dedicadas a esta industria al menos desde la década de 1990. Sin embargo, la demanda de esta práctica ha crecido significativamente en la última década debido, entre otras causas, al deseo de incrementar el acceso a la justicia, la oportunidad de utilizar fondos en otras actividades en lugar del financiamiento de litigios por parte de empresas, y la incertidumbre generada luego de la grave crisis económica mundial de 2008[2].

Uno de los ámbitos en los que la demanda de financiamiento de terceros ha crecido de manera más notable es en el sistema de arbitraje de inversiones. Podemos atribuir esta situación a diversos factores que están estrechamente vinculados a las características particulares de este tipo de casos.

1. Brooke Güven, Karl Lockhart y Michael García, «Chapter 14: Regulating Third-Party Funding in Investor-State Arbitration Through Reform of ICSID and UNCITRAL Arbitration Rules: Holding Global Institutions to Their Development Mandates», The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo? (2020): 290.
2. Didem Kayali, «Third-Party Funding in Investment Arbitration: How to Define and Disclose It», ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 38, Issue 1, (2023).

Se trata de un mercado atractivo para esta práctica, dado que las controversias inversionista-Estado típicamente involucran reclamos y pedidos de compensación que entrañan contingencias significativas. El cálculo de los montos de daños que un inversionista alega haber sufrido al iniciar un arbitraje de inversión suele arrojar números altos y, por lo tanto, la posibilidad de obtener una decisión por un valor significativo resulta sumamente atractiva para los terceros financistas. Aunque es un tipo de disputa en el que las partes gastan montos altos para presentar sus casos o defenderse de los reclamos, según sea el caso, la perspectiva de obtener un laudo que ordena pagar un monto de millones de dólares también es considerable. Esto hace que sea una industria atractiva y rentable.

Por otro lado, el sistema de solución de controversias inversionista-Estado ha visto un incremento sostenido en el número de casos de las últimas décadas. Cada vez más se alejan los procesos arbitrales en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones — en adelante CIADI — de ser procesos vistos como "último recurso". Es decir, a los que solo se acudía en situaciones sumamente graves o frente a actitudes groseras y hostiles contra inversionistas por parte de Estados receptores de inversión. Hoy, cada vez más, se percibe como un recurso o foro natural al que puede acudirse frente a cualquier movimiento regulatorio de los Estados que se considera puede generar un perjuicio al inversionista. Esta situación ha contribuido a que empresas más pequeñas, o que tal vez no cuentan con los fondos necesarios para gatillar un proceso ante un foro como el CIADI, ahora tengan acceso a presentar reclamos bajo instrumentos internacionales respaldados por empresas que se dedican a financiar el inicio de este tipo de disputas.

Considerando este contexto, el presente artículo analizará algunas de las principales implicancias jurisdiccionales que se derivan del uso del financiamiento por terceros en el arbitraje de inversiones, a la luz de las principales inquietudes de los Estados al respecto. Algunos de estos elementos incluyen la revelación de la existencia de un financista, la posible influencia del financiamiento de terceros en la asignación de costos, la preocupación por la divulgación de información confidencial, el aumento de reclamaciones infundadas o frívolas, los desafíos en la resolución amistosa de disputas y el posible desequilibrio generado por la práctica de la financiación por terceros.

De la misma forma, se analizarán algunas de las opciones de regulación que podrían estar disponibles en relación con un asunto que sigue en permanente evolución, así como cuál es la regulación por la que se ha optado en la nueva versión de las reglas del CIADI frente al financiamiento de terceros.

II. PRINCIPALES INQUIETUDES DE LOS ESTADOS EN RELACIÓN CON EL FINANCIAMIENTO DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Aunque el financiamiento por terceros no es un fenómeno nuevo en el mundo del litigio, su uso en un número creciente de casos de arbitraje de inversiones ha causado cierta preocupación entre los participantes en este tipo de controversias. La mayoría de estas inquietudes entre actores del Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado — en adelante SCIE — están relacionadas con el impacto que esta práctica pueda tener en los temas que se debaten en dichas disputas y su naturaleza. Esto es así, dado que estas controversias pueden abordar asuntos delicados de política pública, tales como acciones relacionadas con la protección del medio ambiente o la salud, por nombrar algunos ejemplos.

Considerando lo anterior, es natural que un rol cada vez más activo de la figura del financiamiento de terceros en procesos del SCIE genere ciertas sensibilidades, particularmente en los Estados. Esta preocupación, a su vez, ha impulsado no solamente una mayor discusión de esta figura en foros académicos, sino también llamados a su regulación, aunque con enfoques muy diversos.

Uno de los principales foros en los que se ha discutido esta problemática en los últimos años es el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional — en adelante CNUDMI —. La CNUDMI ha establecido seis grupos de trabajo que se encargan de la labor preparatoria sustantiva sobre los temas del programa de trabajo de la Comisión. En ese marco, el Grupo de Trabajo III tiene un mandato para examinar cuestiones relacionadas con la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados con un amplio margen de discrecionalidad para el cumplimiento de este objetivo. Su enfoque busca que las soluciones alcanzadas se definan teniendo en cuenta la labor que estuviesen realizando en ese momento las organizaciones internacionales pertinentes, de modo tal que cada Estado tuviera la posibilidad de elegir si deseaba, y en qué medida, adoptar la o las soluciones propuestas.

Es importante resaltar que en las discusiones de este Grupo de Trabajo participan no solamente todos los Estados miembros de la Comisión; sino también diversas organizaciones internacionales, organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales, y otros invitados que representan diversos sectores de la academia y la práctica legal. Esto asegura que las discusiones de estos temas relevantes consideren diversos puntos de vista, lo que, sin lugar a duda, enriquece el debate.

Considerando tales discusiones, tanto en las sesiones de trabajo convocadas periódicamente, como en los eventos entre sesiones; podemos identificar las siguientes como algunas de las principales preocupaciones que los Estados han mostrado en relación con el incremento en el uso del financiamiento por parte de terceros en procesos arbitrales en el marco del SCIE.

1. Importancia de revelación de información para evitar posibles conflictos de intereses derivados de la financiación por terceros.

Para el correcto desarrollo de cualquier proceso de arbitraje, garantizar la imparcialidad e independencia de los miembros del tribunal arbitral es uno de los aspectos que reviste vital importancia. Para establecer y mantener esta imparcialidad e independencia, o dicho de otra forma, para evitar situaciones en que existan dudas justificadas de su ausencia, resulta indispensable que todos los involucrados tengan la oportunidad de identificar si los árbitros, o personas de su entorno familiar o profesional, tienen un interés económico directo o indirecto en el resultado del litigio. En escenarios donde un tercero está financiando un reclamo, para lograr evaluar un posible conflicto de interés, es imprescindible, como mínimo, conocer la existencia del acuerdo de financiamiento y la identidad de ese tercero.

Si un tercero está financiando un determinado reclamo, consideramos que la única forma de verificar que, en efecto, no existen dudas justificadas sobre la falta de imparcialidad o independencia del tribunal es a través de la revelación de esta información. Es un asunto en que la solución es relativamente sencilla, pues no existirían otras medidas que podrían adoptarse que cumplan cabalmente con tal finalidad, que no sean revelar la existencia de un acuerdo de financiamiento y la identidad del financiador.

Sin embargo, para cumplir su objetivo, la revelación debe ser oportuna. Es decir, tal información debe proporcionarse tan pronto se constituya el tribunal arbitral o, de ser el caso, tan pronto se finalice el correspondiente acuerdo de financiamiento. Ello implicaría, además, razonablemente una obligación continua de informar al tribunal y las partes en caso la situación cambie en el curso del desarrollo del arbitraje.

En esa misma línea, Shahdadpuri menciona lo siguiente en relación con este deber de revelación del financiamiento de terceros:

> *"La necesidad de revelar obligatoriamente la existencia del financiador quedó ejemplificada en el caso Ecuador contra Chevron. En este caso, la disposición impuesta al aboga-*

do de una parte reveló los diversos conflictos que existían entre las partes en el litigio debido a la existencia de un financiador. En vista de que los conflictos surgen con una frecuencia aún mayor en el arbitraje internacional, es preocupante que no exista actualmente ningún mecanismo que garantice la revelación de la presencia de financiadores.
Para que un árbitro pueda siquiera revelar cualquier conflicto de intereses del que tenga conocimiento, primero debe saber quién es el financiador. La única manera de que salga a la luz cualquier conflicto de intereses potencial o presente es que la parte financiada revele quién es el financiador."[3]

Revelar de manera oportuna la existencia de un acuerdo de financiamiento y la identidad del financista es importante, no solamente para el caso en particular, sino también para preservar la legitimidad del sistema de arbitraje y mantener la confianza en él. No obstante, es importante precisar que la revelación de la identidad del financiador debería ir más allá de simplemente proporcionar el nombre de la entidad que proporciona los fondos. En algunos casos, esta información básica puede no ser suficiente para identificar posibles conflictos de interés. Si se crea una persona jurídica con la finalidad de manejar un portafolio de casos a ser financiados y solo se revela el nombre de esta empresa, que tal vez tiene pocos años de actividad, podría no ser suficiente para determinar con certeza quién tiene un interés económico en el resultado del conflicto.

Al respecto, Shawn explica los riesgos que puede conllevar la falta de revelación oportuna de la presencia de un tercero financista:

"*La divulgación también puede ayudar a evitar que surjan conflictos de intereses en una fase avanzada del proceso y, de este modo, evitar que se impugne el laudo y la legitimidad del procedimiento. Los árbitros son actores recurrentes en un campo altamente especializado, y su participación a largo plazo, ya sea como abogados, árbitros o asesores, les pondrá en contacto con terceros financiadores. Si un árbitro que resuelve una demanda tiene una relación actual o previa con un financiador que apoya a una de las partes en esa misma demanda, el árbitro debe tener la obligación de revelar este posible conflicto desde el principio. De lo contrario, los posibles conflictos que surjan en una fase avanzada del proceso o una vez concluido éste podría poner en peligro la legitimidad del proceso arbitral. Dado el coste de un procedimiento arbitral y la mayor necesidad de legitimidad debido a la participación soberana, la impugnación de la legitimidad de los procedimientos podría tener repercusiones costosas y públicas.*"[4]

Por consiguiente, la revelación debe ser exhaustiva, proporcionando suficiente información para permitir a las partes y a los miembros del tribunal conocer quiénes están detrás del financiamiento más allá de la empresa vehículo que pueda usarse, sean personas naturales o jurídicas. Solo con esta información completa, podrán evaluar correctamente si sus relaciones personales y profesionales generarían dudas razonables sobre la imparcialidad o independencia de los miembros del tribunal, de acuerdo con las normas estándar y los principios de arbitraje internacional.

Teniendo en cuenta la naturaleza de los asuntos que pueden discutirse en el SCIE, como ha sido explicado, la opacidad en la revelación de información puede amenazar la integridad del proceso arbitral y poner en duda la legitimidad del sistema para resolver problemas críticos de manera justa y transparente.

3. Khushboo Hashu Shahdadpuri, «Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory», Asian International Arbitration Journal, Volume 12, Issue 2, (2016): 90 - 91.
4. Gary Shawn, «Third-party funding in investment arbitration: how nondisclosure can cause harm for the sake of profiting», Arbitration International, Volume 33, Issue 1, (2017): 116.

2. Posible influencia de la existencia de financiación por terceros en la determinación relacionada con la asignación de costos.

Uno de los principales asuntos en los que el financiamiento por parte de un tercero puede tener influencia es en la asignación de costos del proceso arbitral. Al resolver una controversia, el tribunal arbitral no solo tiene la responsabilidad de dictaminar sobre los reclamos presentados, sino también de decidir cómo se distribuirán los costos en los que han incurrido las partes durante el desarrollo del proceso. La presencia de un tercero financista, particularmente en lo que se refiere a procesos en el marco del SCIE, a menudo está vinculada a la posibilidad de presentar al tribunal arbitral una solicitud de garantía de costos.

Una solicitud de garantía de costos suele materializarse cuando, en el transcurso de un arbitraje, alguna de las partes — en el marco del SCIE normalmente se trata de los Estados — anticipa una posible decisión a su favor en términos de quién deberá asumir los costos del proceso arbitral, y existen dudas razonables respecto a la capacidad económica de la contraparte para poder cumplir con esa decisión.

Es importante tener en cuenta que los montos que las partes pueden llegar a gastar en este tipo de procesos tienden a ser elevados, lo que representaría una carga financiera considerable. Según Jeffery P. Commission, un estudio de los arbitrajes CIADI entre 2011 y 2015 determinó que el costo de un arbitraje en dicho foro podía significar un gasto promedio de $ 5'619,261.74 para un demandante y $ 4'954,461.27 para un demandado; sumas a las cuales debe agregarse los costos del Tribunal Arbitral, los cuales, en promedio, ascienden a $ 882,668.19[5]. Sumado a lo anterior, debe considerarse también el monto total de gastos administrativos que las partes deben cubrir.

En ese sentido, Bachmann señala que:

> "*La motivación para que una parte recurra a la financiación de terceros radica en los elevados costes del arbitraje internacional, el riesgo inherente de anticipar el resultado y la duración del procedimiento. Especialmente al principio de un arbitraje, los costes son onerosos. Sin un pago anticipado de los costes del arbitraje, el tribunal generalmente no iniciará el arbitraje y/o terminará el procedimiento. Además, hay que pagar los costes legales de la representación del demandante y los costes de los peritos requeridos. Por lo tanto, un demandante sin recursos o sin suficiente liquidez no está en condiciones financieras de proseguir con su demanda. En última instancia, el demandante se vería obligado a renunciar a una demanda (meritoria), lo que constituiría una violación del derecho a acceder a la justicia*."[6]

Ahora bien, es importante reconocer que existen diversas razones por las cuales una parte puede decidir recurrir a la financiación por parte de un tercero para presentar una demanda en este tipo de procesos. Aunque es una de las circunstancias más comunes que llevan a las partes a buscar a un tercero financista, lo cierto es que no en todos los casos es la falta de fondos. Por ejemplo, una empresa puede optar por recurrir a un tercero financista porque, aunque cuenta con los fondos necesarios para financiar el reclamo por sí misma, prefiere utilizar ese capital para otras inversiones o para estructurar su reclamo de una manera específica sin comprometer ese dinero.

5. Ver: *"How much does an ICSID arbitration cost? A snapshot of the last five years"*. En: Kluwer Arbitration Blog. Disponible en: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/02/29/how-much-does-an-icsid-arbitration-cost-a-snapshot-of-the-last-five-years/?doing_wp_cron=1597737588.8041689395904541015625#:~:text=As%20explained%20in%20more%20detail,and%20US%244%2C954%2C461.27%20by%20respondents. (Abril de 2024)
6. Simon Bachmann, «The Impact of Third-Party Funding on Security for Costs Requests in International Arbitration Proceedings in Switzerland. Why and how third-party funding should be considered under the Swiss lex arbitri», ASA Bulletin, Volume 38, Issue 4, (2020): 844 - 845.

Sin embargo, una vez se toma conocimiento de la participación de un financista en un caso en particular, los Estados suelen interpretarlo como una señal de alerta que da lugar a evaluar la pertinencia y necesidad de presentar una solicitud de garantía de costos. Esta solicitud se puede presentar, no solo porque la presencia del financista podría indicar que la parte que ha sido financiada podría no ser capaz de cumplir con una posible orden de asunción de costos al no contar con los recursos necesarios, sino también debido a que el acuerdo con el financista podría excluir la posibilidad de recuperar los costos de dicho tercero en caso de que la decisión sea adversa. Esta situación pondría en riesgo la posibilidad de ejecutar el laudo.

Resulta interesante resaltar que algunos actores del sistema han propuesto que la regulación del financiamiento de terceros se adopte teniendo en cuenta la interacción que podrían tener con la regulación de las circunstancias que los tribunales arbitrales deben tener en cuenta al decidir si otorgar o no una garantía de costos.

Para entender esta situación, es importante destacar que el tema de la garantía de costos no es trivial. En consecuencia, cuando los tribunales han analizado este asunto, por lo general han manifestado de forma clara que una medida como esta solo debería otorgarse en circunstancias excepcionales. Esta postura mayoritaria ha sido justificada explicando, con razón, que requerir la presentación de una garantía de costos de manera injustificada podría representar una barrera para el acceso a la justicia.

Al respecto, Simon Bachmann cita una serie de casos para explicar cómo se ha desarrollado este asunto en el arbitraje de inversiones:

> "*En Guaracachi América Inc. y Rurelec plc c. Bolivia, el Tribunal denegó la orden de constitución de una garantía. Consideró que el demandado no había demostrado un "nexo causal" suficiente que permitiera inferir de la mera existencia de financiación de terceros la incapacidad del demandante para pagar un laudo adverso en materia de costes. Además, el demandado no demostró que el demandante carezca de fondos para pagar una futura condena en costas o para obtener financiación (adicional) con ese fin.*
> *En RSM Production Corporation c. Santa Lucía, un tribunal ordenó una garantía para costas por primera vez en un arbitraje de tratado de inversión. El demandado justificó la solicitud basándose en el incumplimiento por parte del demandante (financiado) de sus obligaciones en virtud de laudos sobre costas en una serie de arbitrajes anteriores del CIADI y en que el financiador no cumpliría con las obligaciones del demandante en virtud de un laudo sobre costas resultante, lo que constituiría un "atropello arbitral".*
> *En su evaluación en virtud del Artículo 47 del Convenio del CIADI y de la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el tribunal planteó las mismas preocupaciones. El tribunal concluyó que el historial de incumplimiento por parte del demandante de los laudos sobre costas, la falta de recursos financieros suficientes del demandante y el hecho de que esté financiado por un tercero (desconocido), constituyen circunstancias excepcionales que justifican una orden de garantía.*
> *En el caso posterior EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. c. República Eslovaca, el Tribunal aplicó las consideraciones de RSM c. Santa Lucía, pero se negó a ordenar una garantía considerando que el demandante (financiado) no había incumplido su pago (anterior). Además, concluyó que la financiación por terceros se ha convertido en una práctica común, lo que no constituye automáticamente una circunstancia excepcional.*
> *En el caso de South American Silver Limited c. Bolivia, el Tribunal denegó la solicitud de una garantía en el marco del artículo 26(3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Siguió el razonamiento de RSM c. Santa Lucía y EuroGas e hizo hincapié en que en los casos que implican financiación de terceros, sólo circunstancias excepcionales que demuestren un alto riesgo económico real para el demandado y/o un comportamiento de mala fe pueden justificar la orden de una garantía, de lo contrario aumentaría el riesgo*

de bloquear reclamaciones potencialmente legítimas."[7]

De esta forma, en tanto la carga de la prueba la tiene quien alega un hecho, cuando una parte solicita una garantía de costos, es esta quien normalmente tiene la carga de probar que, efectivamente, su contraparte no tiene la capacidad de cumplir con un eventual laudo adverso en el proceso. Los casos citados anteriormente demuestran cómo es que diversos tribunales han seguido esta línea al analizar este tipo de pedidos. Algunas de las sugerencias de regulación incluyen la implementación de una regla que invierta la carga de la prueba en relación con la capacidad de pago de la parte contra la que se solicita la garantía.

En este escenario, se ha sugerido que cuando exista un financiamiento de terceros y se solicite una garantía de costos, se aplique una regla que invierta la carga de la prueba. En esa situación, sería la parte que recibe el financiamiento quien tendría la carga de demostrar que, efectivamente, tiene la capacidad económica necesaria para cumplir con una eventual decisión del tribunal arbitral que ordene la condena de costos. Esta es una regla que, hasta donde tenemos conocimiento, no ha sido implementada aún en ningún tratado o reglamento de arbitraje. A lo mucho, existen algunas regulaciones que establecen que la existencia de un financiamiento por parte de un tercero es una circunstancia que los tribunales arbitrales pueden tener en cuenta al momento de analizar un pedido de garantía de costos.

3. Protección de la información confidencial a la que podría tener acceso un tercero que aporta financiación.

Uno de los aspectos que presenta mayores retos en la posible regulación del financiamiento de terceros es el relacionado con el acceso a la información confidencial que podría llegar a obtener el tercero que aporta el financiamiento. La complejidad de este asunto reside en que el financista es un tercero y existen posiciones diversas respecto a la capacidad que tendría un tribunal arbitral de ordenarle adoptar ciertas medidas en relación con este asunto. Naturalmente, esto ha generado que se cite dicha problemática como una de las razones que justificarían una regulación específica de esta figura.

El financiamiento de terceros se diferencia notablemente del acceso a financiamiento bajo figuras más tradicionales. En el contexto del financiamiento de terceros, la entrega de fondos está íntimamente vinculada a un análisis de las probabilidades de éxito del reclamo a financiar. En otras palabras, el financista debe llevar a cabo una estimación cuidadosa y rigurosa de la naturaleza del reclamo y su solidez antes de tomar la decisión de prestar financiamiento. Esto es así, porque solo si el reclamo tiene éxito y se obtiene un laudo que ordena el pago de un monto a favor de la parte financiada, el tercero financista podrá recuperar su inversión y generar una utilidad, lo que resulta el objetivo principal de esta actividad.

Con la finalidad de llevar adelante esta evaluación de manera adecuada, es altamente probable que el financista necesite acceso, no solo a la información pública del récord de la disputa, sino también a cierta data confidencial directamente relacionada con la controversia. En el caso de que se celebre el acuerdo de financiamiento, es natural que también se acuerde brindar acceso a la información que permita conocer cómo se está desarrollando el proceso arbitral. Esto probablemente incluirá no solo los documentos producidos por el Tribunal Arbitral, sino también los escritos y pruebas que pueda presentar su contraparte.

En relación con este asunto, Lamm y Hellbeck manifiestan lo siguiente:

> *"Asegurar la financiación de terceros y la coordinación con un tercero financiador du-*

7. Simon Bachmann, Ibídem: 862 - 863.

rante un arbitraje requiere necesariamente compartir información confidencial, privilegiada y, en ocasiones, altamente sensible entre la parte y el financiador. Esto conlleva el riesgo de que el hecho de compartir dicha información confidencial o privilegiada con un tercero pueda considerarse una renuncia. Garantizar la protección de dicha información confidencial y preservar el privilegio existente en consecuencia son cuestiones importantes que la parte y su abogado deben considerar cuidadosamente antes de buscar financiación de terceros."[8]

Como fue explicado anteriormente, aunque el financista proporciona los fondos, sigue siendo un tercero en el arbitraje desde un punto de vista procesal. Por lo tanto, es razonable que exista preocupación sobre las obligaciones de confidencialidad que debería cumplir este tercero financista respecto a dicha información. En relación, se ha resaltado la importancia de no solo tener pautas claras y una guía del tribunal sobre cómo brindar acceso a esta información, sino también de tomar medidas para que las obligaciones de confidencialidad que rigen el acceso a la información protegida del arbitraje se extiendan también al tercero financista.

4. Potencial control ejercido por los terceros que aportan financiación sobre el proceso arbitral y sus efectos en la posibilidad de solucionar amistosamente la controversia.

Tratándose de controversias entre inversionistas y Estados, es clave recordar que la mayoría de los instrumentos que regulan la promoción y protección recíproca de inversiones requieren, entre otras cosas, una notificación previa antes de iniciar un arbitraje. Esto con la finalidad de llevar adelante un proceso de negociación directa entre las partes. Dicho requisito apunta, entre otros, a que las partes tengan la oportunidad de buscar una solución amistosa que pueda evitar la necesidad de iniciar un proceso arbitral para solucionar la disputa. Este período de negociación directa como paso previo al inicio de un arbitraje, conocido también como "período de trato directo", tiene objetivos importantes.

Diversos tribunales internacionales han indicado que la finalidad de este período de trato directo incluye proporcionar un tiempo adecuado para que el Estado pueda recopilar toda la información necesaria, entender completamente la naturaleza y el alcance de la disputa, y tener la oportunidad de responder eficientemente para evitar su responsabilidad internacional.

Es necesario recordar que la responsabilidad internacional del Estado puede ser generada por cualquier entidad o agencia estatal, sea del gobierno central, regional o local, sea una agencia del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo o el Poder Judicial, e independientemente también del nivel de autonomía o independencia del que pueda gozar la entidad en virtud del derecho interno. A nivel de Derecho Internacional Público, el Estado es uno solo, y es este quien ha asumido las obligaciones contenidas en el tratado de promoción y protección de inversiones. De esta forma, se debe tener en cuenta que la responsabilidad internacional puede ser gatillada por cualquiera de las entidades públicas que forman parte del aparato estatal. El plazo de negociación directa brinda un espacio adecuado para que el Estado pueda informarse primero respecto a las circunstancias de la disputa, y luego explorar adecuadamente la posibilidad de lograr una solución negociada a la controversia. Esto en lugar de someterla a un proceso de arbitraje internacional, el cual podría ser más largo y costoso.

Este enfoque está en línea con el objetivo principal de los instrumentos de promoción y protección recíproca de inversiones extranjeras. La finalidad de estos no es necesariamente

8. Carolyn Lamm y Eckhard Hellbeck, «Recent Developments in Third-Party Funding in Investor-State Arbitration», BCDR International Arbitration Review, Volume 5, Issue 2, (2018): 189 – 191.

resolver controversias a través de litigios, sino promover inversiones extranjeras que contribuyan al desarrollo sostenible de los países receptores de dichas inversiones. Esto implica que, si los Estados receptores de inversión pueden resolver de manera amistosa una controversia — permitiendo que la inversión siga generando empleo, impulsando el desarrollo económico y promoviendo el crecimiento —, entonces los objetivos del instrumento se cumplen plenamente.

Sin embargo, esta situación puede cambiar cuando un tercero financiador se involucra en estos procesos. Su participación puede, potencialmente, tener efectos negativos en la resolución amigable de las controversias, agregando un nuevo nivel de complejidad a la ecuación.

En principio, el tercero financista y la parte que recibe el financiamiento tienen objetivos alineados en términos de la posición frente al conflicto. Ambos buscan una compensación monetaria frente a lo que consideran que es una violación de obligaciones internacionales, la cual ha generado un daño que debe ser reparado.

Pero, esto no significa que tengan necesariamente el mismo interés, y ello puede tener un impacto significativo en las posibilidades de éxito de una posible solución amistosa. El interés del inversionista extranjero puede abarcar alternativas que van más allá de una compensación monetaria. En el proceso de negociación, las partes pueden buscar alternativas creativas que generen valor para ambas como, por ejemplo, la ampliación del plazo de un contrato de concesión. Un tercero financista, sin embargo, podría no compartir ese abanico amplio de alternativas de solución, ya que una posible solución como la descrita anteriormente no le permitiría recuperar su inversión y generar una utilidad.

La situación es incluso más compleja si consideramos que puede resultar común que el acuerdo de financiamiento incluya disposiciones que regulan el nivel de control de decisión del tercero financista respecto a la posibilidad de lograr una solución amistosa. En algunos casos, esto inclusive podría incluir la capacidad de veto.

Sobre el control del tercero financista y la forma en que podría ser ejercido, Müller indica que:

> *"Algunos acuerdos de financiación contienen incluso un derecho de aprobación para el financiador en relación con la conclusión de cualquier acuerdo o la selección de abogados o árbitros. Sin embargo, la gran mayoría de los acuerdos de financiación están estructurados de forma que se garantice que el financiador no ejerce control sobre el caso. (…) A pesar de ello, los financiadores suelen tratar de establecer ciertas salvaguardias para proteger su inversión, como derechos de supervisión o el derecho a rescindir el acuerdo de financiación en casos específicos. Naturalmente, la amenaza de rescisión de la financiación puede suponer una presión considerable y un control algo indirecto sobre los procedimientos de una parte financieramente dependiente."*[9]

La preocupación reside no solamente en que esta dinámica, en la que se incorpora un tercero ajeno a la relación original, puede empeorar las posibilidades de lograr una solución amistosa. El problema es que esta situación también puede tener el efecto de distorsionar el objetivo de los instrumentos de promoción y protección recíproca de inversiones, alejando a estos tratados de ser herramientas de promoción de desarrollo sostenible y volviéndolos en oportunidades de lograr un retorno significativo por una inversión, en un plazo relativamente corto. Ciertamente, la intención de los Estados que firmaron acuerdos internacionales de este tipo

9. Maximilian Müller, «Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Arbitration Rules and the Challenge of Effectively Addressing Third-Party Funding», Austrian Yearbook on International Arbitration, (2023): 142.

no fue crear un mercado de compra y venta de reclamos internacionales.

5. Incidencia de la financiación por terceros en el aumento del número de casos de SCIE.

En el mercado existen distintos tipos de empresas y fondos que se dedican a financiar reclamos en arbitrajes de inversiones. Estas empresas pueden tener perfiles diversos. Si bien es cierto que, en la mayoría de los casos, los procesos a ser financiados pasan por un escrutinio serio en relación con las probabilidades de éxito de la demanda; desafortunadamente, este no necesariamente es el caso de todas las disputas que reciben un financiamiento.

Algunas empresas dedicadas a estas actividades pueden armar portafolios de casos a ser financiados, lo que podría permitirles asumir casos más riesgosos o con probabilidades de éxito un poco más bajas de lo que normalmente sería el estándar para estos casos. Esta situación puede dar lugar a un incremento de demandas infundadas o frívolas.

Esta situación ha llamado la atención de los Estados, porque más allá del resultado de una disputa del SCIE, lo cierto es que el solo hecho de tener que responder frente a una demanda de este tipo implica costos significativos para los Estados. Como bien lo explica el tribunal arbitral en el caso Isolux Corsán Concesiones S.A. contra la República del Perú en la Resolución Procesal N° 2 mediante la cual se deja constancia de la terminación del procedimiento respecto a Elecnor S.A.:

> *"(…) Pero también es cierto que Elecnor puso en marcha un mecanismo de arbitraje internacional que obligó a la Demandada a hacer frente a las reclamaciones que presentó en su contra, y en el que no demostró sus pretensiones. Entablar una demanda al amparo de un tratado no es un asunto trivial. Existe una responsabilidad cuando se pone en marcha el mecanismo de arbitraje y se fuerza a la contraparte a atender la demanda que pesa en su contra. La decisión de recurrir al procedimiento de arbitraje debe tomarse con toda seriedad y plena conciencia de sus implicaciones."*[10]

De esta forma, un incremento en el número de casos del SCIE como consecuencia de la actividad del financiamiento de reclamos por parte de terceros puede poner presión en la defensa de los Estados. Esto considerando todo lo que implica poner en marcha la maquinaria estatal para hacer frente a reclamos en los que se discute la potencial responsabilidad internacional del Estado.

6. Posible desequilibrio generado por la práctica de la financiación por terceros.

Finalmente, es importante hacer notar también que existe preocupación por un posible desequilibrio en el SCIE generado por el incremento de la práctica de financiamiento de terceros en este tipo de controversias. El desequilibrio se daría partiendo de la premisa que quienes tienen acceso a este tipo de financiamiento típicamente son inversionistas extranjeros.

Existen diversas razones que pueden explicar los motivos por los cuales normalmente un Estado no utilizaría a un tercero para financiar su participación en arbitrajes de inversión. La razón principal se relaciona con la naturaleza de este tipo de disputas. Dado que la mayor parte de este tipo de controversias son iniciadas en virtud de acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, y que estos instrumentos típicamente establecen obligaciones únicamente para los estados y no para los inversionistas, en la gran mayoría de los casos los Estados aparecen como demandados y los in-

10. Resolución Procesal N° 2 mediante la cual se deja constancia de la terminación del procedimiento respecto a Elecnor S.A. Párrafos 21 y 22. Caso CIADI No. ARB/12/5, Isolux Corsán Concesiones S.A. contra la República del Perú.

versionistas como demandantes. Esta situación hace que sea realmente complejo para un tercero que está interesado en financiar reclamos, presentar estos servicios a los Estados. Debido a que no existiría una pretensión de compensación monetaria a su favor, el financista no tendría forma de recuperar su inversión y generar una utilidad.

Otra de las razones por las cuales los Estados normalmente no recurren al financiamiento por parte de un tercero tiene relación con la disponibilidad de fondos para atender este tipo de disputas. Si bien es cierto, como se ha explicado, pueden existir razones más allá de no contar con el dinero para acudir a este tipo de prácticas de financiación, esta sigue siendo la principal. En ese sentido, es difícil pensar en una situación en la que un soberano no disponga del dinero suficiente para costear su participación en este tipo de disputas.

Finalmente, es necesario precisar que la decisión de los Estados de recurrir a un tercero para financiar su participación en una controversia de este tipo potencialmente puede generar también problemas de naturaleza política. Esto tiene que ver no solamente con potenciales cuestionamientos a las razones que llevan a un soberano a usar a un financista, sino también con las potenciales críticas que podría generarse al ceder parte de una decisión favorable a un privado.

III. ALTERNATIVAS DE REGULACIÓN DEL FINANCIAMIENTO DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN CONSIDERANDO LAS IMPLICANCIAS JURISDICCIONALES DE ESTA FIGURA

Frente a una situación como la descrita hasta este momento, las posiciones respecto a cómo lidiar con dicho fenómeno varían significativamente en términos de enfoque y objetivos. Dado que se trata de un fenómeno que se encuentra en constante proceso de evolución, las alternativas de regulación deben adoptarse teniendo en cuenta no solamente los objetivos que puedan trazarse en relación con la naturaleza y características del SCIE, sino también reconociendo la realidad de que esta práctica se ha extendido y que seguirá siendo utilizada.

Las opciones de regulación que se han examinado hasta ahora en diversos foros en los que se viene discutiendo estos asuntos, como el grupo de Trabajo III de la CNUDMI, podrían resumirse en lo siguiente: por un lado existe la posibilidad de adoptar la prohibición total de la financiación por terceros en el ámbito del SCIE y, por otro lado, optar por su reglamentación. Por ejemplo, introduciendo mecanismos para asegurar cierta transparencia, entre otras cosas, mediante la comunicación de información — lo que también podría ser útil, como se ha visto anteriormente, para garantizar la imparcialidad de los árbitros—, la imposición de sanciones si no se comunica esa información y, en general, la adopción de reglas no solamente vinculadas con esta práctica, sino también con las facultades con que contarían los tribunales arbitrales para lidiar con estas situaciones.

En algunos tratados de inversión recientes se han incorporado disposiciones relativas a la financiación por terceros. Mientras que en determinados tratados de inversión se ha prohibido completamente esta práctica, en varios otros se han introducido obligaciones de proporcionar información. Mediante las cuales se exigen, principalmente, que se comunique a la otra parte litigante y al tribunal la existencia de la financiación por terceros y su dirección.[11]

11. Algunos ejemplos de tales regulaciones son los siguientes: Acuerdo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones entre la Argentina y los Emiratos Árabes Unidos: "*Artículo 24. Financiamiento de terceros. No se permitirá el financiamiento de terceros*." Acuerdo de Libre Comercio UE-Vietnam: "*Artículo 3.37 1. En caso de financiación por terceros, la parte contendiente que se beneficie de ella notificará a la otra parte contendiente y a la división del Tribunal, o cuando la división del Tribunal no esté establecida, al Presidente del Tribunal la existencia y naturaleza del acuerdo de financiación, y el nombre y dirección del tercero financiador.*" Acuerdo de Protección de Inversiones UE-Singapur:

En relación con las opciones que están disponibles para la regulación del financiamiento por terceros, consideramos que la prohibición total de esta figura puede ser en realidad contraproducente para los objetivos que se buscarían con tal medida. Para desarrollar esta noción es importante remitirnos a la definición de qué exactamente constituye un financiamiento de terceros.

Las definiciones de financiamiento de terceros recogidas en los tratados que decidieron regular esta práctica son relativamente amplias y cubren, por lo general, la financiación de las actuaciones por un tercero que no es parte en la diferencia, pero tiene un interés económico en su resultado. Es importante recordar que existen diversos tipos de financiación por terceros, y que su definición puede variar según las distintas fuentes de derecho que resulten de aplicación.

Si bien es cierto que cuando se menciona esta figura, tal vez por lo general, se piensa en un fondo que se dedica a alocar capital para el financiamiento de litigios a cambio de un porcentaje de lo que se obtenga en el laudo, lo cierto es que esta no es la única práctica que podría calificar como un financiamiento de tercero. Podría calzar dentro de dicho concepto, por ejemplo, la financiación proporcionada por el abogado de la parte litigante en el marco de un acuerdo de financiación pro-bono o un pacto de cuotalitis. El abogado o estudio de abogados, en los ejemplos brindados anteriormente, no son una empresa que se dedica a financiar reclamos, pero en determinado contexto podrían perfectamente calzar con su definición.

Algunos otros ejemplos relevantes pueden verse con pólizas de seguros o inversiones en capital social realizadas por terceros que aportan financiación. También se podría tomar en cuenta situaciones como las que se dieron en el marco del caso iniciado por la tabacalera Phillip Morris contra Uruguay. En este caso, el Estado recibió fondos de organizaciones que tenían un interés particular en velar por que la posición del Estado receptor de la inversión, en defensa del derecho a la salud de los ciudadanos, prevalezca en el proceso. Tales aportes le permitieron a una de las partes en el litigio costear los gastos que demandaba su participación en el conflicto. En estos escenarios se estaría brindando fondos que permiten presentar un reclamo o defenderse del mismo, por lo que en determinadas circunstancias podrían calzar con la definición de financiamiento de terceros.

Brindar una definición precisa del financiamiento de terceros, que cubra todos los escenarios posibles, es una tarea compleja. Sin embargo, es indispensable en caso se pretenda prohibir esta práctica. Sin una definición adecuada, el objetivo que se busca no se cumpliría. Esto se agrava si consideramos, además, que se trata de un fenómeno en evolución.

Una prohibición total de esta figura podría más bien alentar que surjan nuevas formas de financiar reclamos, que sean más sofisticadas y difíciles de detectar, lo que a su vez ocasionaría que se pierda por completo el objetivo original de la prohibición. De esta forma, consideramos que lo más prudente es establecer una regulación que permita que la figura pueda darse, pero bajo ciertas reglas básicas que aseguren, principalmente, la transparencia de la información.

"Artículo 3.8-Financiamiento de terceros. Cualquier parte contendiente que se beneficie del financiamiento de terceros deberá notificar a la otra parte contendiente y al Tribunal el nombre y dirección del tercero financiador. Dicha notificación se hará al momento de presentar una reclamación, o sin demora tan pronto como se acuerde, done o conceda el financiamiento de terceros, según sea el caso." Tratado de Libre Comercio UE-México: *"Artículo 10. 1. Cuando exista financiamiento de terceros, la parte contendiente que se beneficie del mismo notificará a la otra parte contendiente y a la división del Tribunal, o cuando la división del Tribunal no esté integrada, al Presidente del Tribunal, el nombre y domicilio del tercero financiador. 2. Dicha notificación se efectuará en el momento de la presentación de una demanda o, cuando el acuerdo de financiación se celebre o la donación o subvención se efectúe después de la sub-misión de una demanda, sin demora tan pronto como se celebre el acuerdo o se efectúe la donación o subvención."*

Ello con el objetivo de cautelar la legitimidad del SCIE, y que se garanticen las facultades de los tribunales para lidiar con situaciones particulares que puedan surgir en casos específicos.

En relación con la reglamentación de financiamiento de terceros, existen diversos elementos a considerar. Uno de tales aspectos es, por ejemplo, si se debiese limitar el recurso de la financiación por terceros a casos en que los demandantes carecen de fondos. Es decir, evaluar la posibilidad de limitar la financiación por terceros en el ámbito del SCIE a las causas iniciadas por demandantes que, de otra forma, no podrían hacer valer sus derechos porque no tienen la posibilidad de costear un proceso de esta naturaleza. Este podría ser el caso, en particular, de los demandantes que, por alguna razón, tal vez incluso vinculada a las razones por las que se presenta el reclamo, carecen de fondos o las pequeñas y medianas empresas con capacidad financiera limitada.

Otro elemento sumamente importante es el relacionado con la obligación de comunicar información sobre la financiación por terceros. Esta obligación de comunicación puede abarcar, como ha sido explicado anteriormente, tanto la existencia de finamiento por terceros como la identidad del tercero que aporta financiación. Cabe señalar que podría ser necesario hacer permanente la obligación de revelación, dado que las circunstancias o acceso al financiamiento podrían cambiar a lo largo del desarrollo del proceso arbitral.

También será importante evaluar la conveniencia de hacer extensiva la obligación de revelación al acuerdo de financiamiento. Esta es una materia que puede resultar altamente sensible, puesto que es importante lograr un equilibrio adecuado entre la necesidad de contar con las principales características del acuerdo de financiamiento para evaluar cómo es que estas pueden impactar en el desarrollo del arbitraje, incluyendo la determinación de posibles conflictos de interés y, por otro lado, evitar que se revele información confidencial o sensible vinculada con el acuerdo de financiamiento.

Como ha sido explicado anteriormente, típicamente un financista realiza una evaluación exhaustiva para determinar cuáles son las probabilidades de éxito de un determinado reclamo antes de brindar fondos para su presentación. Es posible que dicho análisis se incluya en el acuerdo de financiamiento, o que ciertos elementos de su estructura revelen cómo las partes ven sus probabilidades de éxito en relación con la disputa. Algunas de las alternativas para lograr ese equilibrio, incluyen establecer que el tribunal arbitral sea quien determine en qué casos debe presentarse el acuerdo de financiamiento o que, en los casos en los que deberá presentarse que esta información, la misma sea remitida únicamente al tribunal arbitral para que este decida qué parte del acuerdo de financiamiento se incorpora al récord del proceso arbitral. En este marco también es importante considerar cuáles podrían ser algunas de las consecuencias del incumplimiento de la obligación de comunicación de información vinculada con el financiamiento de terceros.

Un ejemplo que puede resultar ilustrativo de cómo se pueden abordar estos asuntos, lo podemos encontrar en las nuevas Reglas de Arbitraje del CIADI que entraron en vigor el 1 de julio de 2022. Las nuevas reglas son el resultado de un proceso de años de discusión entre Estados Contratantes del Convenio, especialistas legales, representantes de inversionistas y académicos. Fue una oportunidad para poner sobre la mesa las preocupaciones de los Estados luego de la experiencia acumulada de tantos años de aplicar reglas en centenares de procesos de arbitraje. Por supuesto, el tema de financiamiento por parte de terceros también fue parte importante de la discusión.

En lo que se refiere al financiamiento por terceros se incluyó una nueva regulación que se materializó en la actual Regla 14, la misma que establece lo siguiente:

> "*Notificación de Financiamiento por Terceros (1) Una parte presentará una notificación por escrito revelando el nombre y la dirección de cualquier tercero de quien la parte, directa o indirectamente, haya recibido*

fondos para la interposición de, o defensa en un procedimiento a través de una donación o una subvención, o a cambio de una remuneración dependiente del resultado del procedimiento ("financiamiento por terceros"). Si el tercero que proporciona el financiamiento es una persona jurídica, la notificación deberá incluir los nombres de las personas y entidades que poseen y controlan dicha persona jurídica.

(2) La parte presentará la notificación a la que se refiere el párrafo (1) al Secretario General al momento del registro de la solicitud de arbitraje o, en su caso, inmediatamente después de concluir el acuerdo de financiamiento si sucede después del registro. La parte comunicará inmediatamente al Secretario General cualquier cambio en el contenido de la notificación.

(3) El Secretario General transmitirá la notificación de financiamiento por terceros y cualquier comunicación sobre cambios a la información contenida en dicha notificación a las partes y a cualquier árbitro propuesto para nombramiento o nombrado en el procedimiento a efectos de completar la declaración de árbitro requerida por la Regla 19(3)(b).

(4) El Tribunal podrá ordenar la revelación de información adicional respecto al acuerdo de financiamiento y al tercero financiador en virtud de la Regla 36(3)."[12]

Tenemos, en este caso, algunos aspectos que vale la pena destacar, particularmente porque en el proceso de enmienda de sus reglas, el CIADI veló en todo momento por tener un enfoque balanceado entre las posiciones e intereses de los Estados, pero también de los inversionistas. Una de las principales características de las nuevas reglas es que establecen la obligación de notificar por escrito el nombre y dirección de cualquier tercero de quien, directa o indirectamente, se hubiera recibido fondos para un arbitraje a través de una donación o subvención, o a cambio de una remuneración dependiente del resultado del procedimiento.

Si el financista es una persona jurídica, se debe incluir los nombres de las personas y entidades que poseen y controlan a esa persona jurídica. Adicionalmente, se establece que se debe presentar tal información al momento de registro de la solicitud de arbitraje o apenas se concluya el acuerdo de financiamiento, y también se debe notificar cualquier cambio en la situación.

Todo lo anterior apunta a preservar la independencia e imparcialidad del tribunal arbitral, que resulta un aspecto fundamental para el adecuado desarrollo del proceso arbitral. Es importante resaltar que no solo se establece la obligación de revelar la identidad del financista, sino que también se toman medidas adecuadas para que las partes conozcan la identidad de las personas naturales o jurídicas que lo puedan controlar. El objetivo es, claramente, permitir la correcta identificación de cualquier potencial conflicto de interés en los miembros del tribunal arbitral al permitir la identificación plena de cualquier persona que pueda tener un interés directo o indirecto en el resultado del conflicto.

Otro aspecto sumamente importante es que se deja abierta la posibilidad de que el tribunal ordene la revelación de información adicional respecto al acuerdo de financiamiento y al tercero financiador.

Esto último es muy importante dado que, hasta la adopción de las nuevas reglas del CIADI, se interpretaba que los tribunales tenían la capacidad de solicitar esta información bajo la regla general de discrecionalidad para la conducción del proceso. Sin embargo, establecer de forma expresa la facultad del tribunal arbitral para requerir la revelación de información adicional del acuerdo de financiamiento o respecto al financista es un paso importante. Debido a que puede ayudar a ahorrar discusiones entre las partes sobre la capacidad del tribunal de ordenar tales cuestiones en relación con terceros financistas y sobre cualquier alegada extralimi-

12. Regla 14. Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones – CIADI.

tación de facultades del tribunal en eventuales procesos de anulación de laudo.

IV. CONCLUSIONES

Como ha sido desarrollado en el presente artículo, las opiniones sobre cómo manejar el fenómeno del financiamiento por terceros son variadas. Las alternativas se encuentran entre una posición que impulsa la prohibición total de la financiación por terceros y, por otro lado, una posición que aboga más bien por su regulación. La misma que, como ha sido desarrollado, debería incluir como mínimo la revelación de la existencia del financiamiento y la identificación del tercero financista, incluyendo potenciales sanciones por incumplimiento de esta obligación.

Asimismo, se han expuesto las principales implicancias jurisdiccionales derivadas del uso de financiamiento por terceros en arbitraje de inversiones, considerando las principales preocupaciones de los Estados. Muchas de estas inquietudes pueden solucionarse, o al menos atenuarse, con una regulación clara y transparente. En ese sentido, creemos que la prohibición total podría ser contraproducente y fomentar formas más sofisticadas de financiación. Consideramos que lo más recomendable en este escenario es establecer una regulación que permita la financiación por terceros, pero bajo ciertas reglas que aseguren la transparencia y brinden a los tribunales la capacidad de manejar situaciones específicas.

Una regulación adecuada permitiría atender muchas de las preocupaciones que han sido desarrolladas en este trabajo en relación con el aumento en el uso del financiamiento de terceros en el SCIE. Es importante prestar debida atención a estas sensibilidades, dado que pueden tener efectos no solamente en la integridad del arbitraje, sino también, de forma más general, en la legitimidad del sistema como mecanismo eficaz y eficiente de solución de controversias.