

# Desentrañando el Third Party Funding: ¿cuál es su espacio en el arbitraje de inversiones?

## Unraveling Third Party Funding: ¿what is its role in investment arbitration?



ELODY MALPARTIDA ZAMORA

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

CAMILA MENDOZA ROSELL

Abogada por la Universidad de Lima

### SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Third Party Funding.
  1. ¿Qué es el Third Party Funding?
  2. La historia del Third Party Funding.
- III. Third Party Funding y arbitraje de inversión.
  1. ¿Cuál es la regulación vigente a nivel internacional?
  2. ¿Discusiones cerradas?: el Third Party Funding no afecta la admisibilidad de un reclamo de inversiones.
  3. Discusiones abiertas: las preocupaciones existentes sobre el Third Party Funding en el arbitraje de inversiones.
    - 3.1. ¿El Third Party Funding fomenta el aprovechamiento del sistema de arbitraje de inversiones por parte de terceros?
    - 3.2. ¿El Third Party Funding fomenta que se arbitren casos especulativos o sin méritos?
    - 3.3. ¿En qué medida afecta los acuerdos de Third Party Funding a las decisiones sobre los costos del arbitraje?
    - 3.4. ¿Debe revelarse la existencia y/o contenido de los acuerdos de Third Party Funding?
- IV. Conclusiones.



## RESUMEN:

A través del "Third Party Funding", un tercero financia los costos del proceso arbitral a cambio de una participación en el posible resultado final del caso. Este artículo aborda los antecedentes históricos del Third Party Funding, su regulación a nivel internacional en el arbitraje de inversiones y el impacto en la jurisdicción de los tribunales arbitrales y admisibilidad de los reclamos de inversión. Además, se abordan algunas de las discusiones existentes a la fecha, como el riesgo de que se arbitren casos especulativos o sin mérito, si los acuerdos de Third Party Funding pueden afectar las decisiones sobre los costos del arbitraje y si la existencia y/o contenido de los acuerdos de Third Party Funding debe ser revelada durante el proceso arbitral.

Palabras clave: Third Party Funding – arbitraje - inversiones – CIADI – jurisdicción.

## ABSTRACT:

Through "Third Party Funding," a third party finances the costs of the arbitration process in exchange for a share of the case's potential outcome. This article covers the historical background of Third Party Funding, its international regulation in investment arbitration, and its impact on the jurisdiction of arbitral tribunals and the admissibility of investment claims. It also addresses several ongoing debates, such as the risk of speculative or meritless cases being pursued, whether Third Party Funding agreements can influence decisions on arbitration costs, and whether the existence and/or terms of such agreements should be disclosed during the arbitral process.

Keywords: Third Party Funding – arbitration – investments – ICSID – jurisdiction.

## I. INTRODUCCIÓN

El financiamiento por terceros en un litigio, mayormente conocido como TPF por sus siglas en inglés -Third Party Funding - comprende, en sus términos más amplios un método para financiar los costos de un litigio. Mediante este, un tercero - es decir, quien no es parte de la relación jurídica procesal - asume los costos de litigar de una de las partes, quien sí es parte de la relación jurídica procesal.

El TPF no es un fenómeno nuevo y, como tal, ha pasado por un extenso desarrollo. Habiendo empezado en el litigio judicial de la antigua Grecia Roma se fue extendiendo a toda clase de litigios alcanzando en la actualidad a uno de los más especializados: el arbitraje de inversiones.

La presencia del TPF en el arbitraje de inversiones, ha obligado a los actores a enfrentarse a situaciones cuyo manejo genera interesantes debates, algunos de los cuales han sido zanjados y otros que se mantienen activos. El presen-

te artículo realiza un desarrollo general de estas discusiones, proveyendo una mirada al estado actual sobre la incidencia del TPF en el arbitraje de inversiones.

## II. THIRD PARTY FUNDING

### 1. ¿Qué es el Third Party Funding?

El TPF - que también aparece con menor frecuencia con otros nombres tales como "comercial legal Finance", "litigation funding" o "litigation finance"- no cuenta con una definición estandarizada. Ello se debe a que dentro del concepto general se pueden presentar innumerables matices. Tal como indica Caivano "a partir de este concepto general, las variantes pueden ser múltiples".<sup>1</sup>

Lo anterior no quiere decir que no haya habido intentos de definir al TPF. Por ejemplo, el grupo de trabajo de la Universidad Queen Mary y el Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA por sus siglas en inglés) publicó un reporte sobre TPF en arbitraje internacional en el

1. Roque Caivano, «Financiamiento por terceros en el arbitraje: un análisis global», *Revista Argentina de Arbitraje* N° 2 (2018): 2.

año 2018.<sup>2</sup> Tras un exhaustivo análisis sobre los modelos de TPF, el grupo de trabajo propuso la siguiente definición:

*“The term “third-party funding” refers to an agreement by an entity that is not a party to the dispute to provide a party, an affiliate of that party or a law firm representing that party,*

*a) funds or other material support in order to finance part or all of the cost of the proceedings, either individually or as part of a specific range of cases, and*

*b) such support or financing is either provided in exchange for remuneration or reimbursement that is wholly or partially dependent on the outcome of the dispute, or provided through a grant or in return for a premium payment.”<sup>3</sup>*

En ese sentido, la definición del grupo de trabajo busca ser lo suficientemente amplia para que pueda abarcar la mayor cantidad de variantes del TPF.

Por su parte, Blackaby y Wilbraham, citando a Parks y Rogers, se encargan de identificar a los principales de modelos de TPF, los cuales procederemos a explicar brevemente<sup>4</sup>:

**a. Financiamiento por abogados:** puede darse a través del trabajo pro-bono, a través de honorarios contingentes -donde el pago depende del éxito- o, a través de honorarios condicionales -donde se ofrece un descuento que posteriormente se re-

embolsa y se aumentan los honorarios en caso de éxito.

**b. Financiamiento por seguros:** si bien existen distintos tipos de seguros, bajo el más tradicional el asegurador paga al asegurado y se subroga en el manejo del caso cuando el riesgo se materializa, a pesar de que el asegurado continúa siendo la parte reclamante en el arbitraje. También existen los seguros “before-the-event” (BTE), que cubren los gastos legales en los que se incurrirá si es que se inicia un reclamo, y los seguros “after-the-event” (ATE), que aseguran los gastos legales en un reclamo ya iniciado. Estos seguros no suelen cubrir el pago ordenado mediante un laudo.

**c. Financiamiento por capital o “equity”:** se da cuando una empresa vende acciones a un inversionista y así consigue el dinero para financiar el arbitraje. Para que este tipo de financiamiento calce dentro de la definición de TPF, la inversión debe estar ligada al procedimiento arbitral.

**d. Financiamiento del deudor en posesión (“debtor in possession financing”):** este tipo de financiamiento es propio de empresas estadounidenses ya que está diseñado para aquellas que pasan por el proceso de quiebra regulado en el capítulo 11 de la ley de quiebras de los Estados Unidos.

**e. Financiamiento pro-bono o caritativo:** suele darse a través de una donación. En

2. International Council for Commercial Arbitration, «Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party Funding in International Arbitration», *The ICCA Reports* N° 4 (2018): 50.

3. Traducción libre: “El término “third-party funding” se refiere a un acuerdo por el cual una entidad que no es parte en una disputa provee a una parte, un afiliado de dicha parte o una firma de abogados representando a esa parte, a) Financiamiento u otro soporte material en aras de financiar parte o todo el costo del procedimiento, ya sea individualmente o como parte de un rango específico de casos y b) Ese soporte o financiamiento es provisto a cambio de remuneración o reembolso que es total o parcialmente dependiente del resultado de la disputa, o provisto por un préstamo o como retorno de una prima.”

4. Nigel Blackaby y Alex Wilbraham, «Third- party Funding in Investment Treaty Arbitration», en Katia Yannaca-Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 698 – 723: 704-706.

estos casos, si bien no hay un interés financiero en el resultado del litigio, puede haber un interés moral o político.<sup>5</sup>

- f. **Financiamiento de interés común:** el financiador en estos casos tiene un interés indirecto o subyacente en el resultado del litigio. Por ejemplo, cuando se busca sentar un precedente.

El séptimo y último modelo de TPF es denominado por Blackaby y Wilbraham como “financiamiento sin recurso con reembolso contingente al éxito”. De los modelos de financiamiento este es el que más se suele asociar con el término TPF y es el modelo sobre el cual la discusión doctrinaria más se ha enfocado, llamándolo también TPF “profesional” o TPF “de inversión”.

Mediante esta modalidad el financiador realiza una inversión en la disputa, por lo que la parte financiada no queda endeudada con el financiador. Si la parte financiada es exitosa en su reclamo, el financiador ve un retorno en su inversión. En contrapartida, si la parte financiada pierde su reclamo, el financiador pierde su inversión.

Bajo esta modalidad el financiador suele ser una empresa organizada y especializada en la prestación de este servicio (normalmente es un fondo de inversión especializado que consideran al litigio como activo).<sup>6</sup> Asimismo, los financiadores suelen realizar un *due diligence* previo

a la suscripción del acuerdo de financiamiento para determinar la probabilidad de éxito del reclamo y, en consecuencia, el posible retorno que obtendrán.

Asimismo, una vez realizada la inversión, el financiador suele estar involucrado en el caso o en la estrategia legal que se siga. El nivel de involucramiento depende de los términos contractuales que se negocien, pero el financiador podría intervenir, por ejemplo, con comentarios a los escritos legales, participando en prácticas de audiencias, revisando las propuestas de acuerdos extrajudiciales o revisando el manejo de costos.<sup>7</sup>

## 2. La historia del Third Party Funding

El financiamiento de litigios por terceros tiene sus orígenes más rudimentarios en el litigio judicial de la antigua Grecia y Roma. En esos tiempos si uno buscaba destruir a un enemigo una manera de hacerlo era a través de una demanda bien dirigida, aunque probablemente sin veracidad, por lo que la práctica de pagarle a otro para que presente una demanda con este propósito era una práctica socialmente rechazada.<sup>8</sup>

Durante la edad media, en los países del common law la práctica de financiar a un tercero en un litigio llegó a ser prohibida sobre la base de tres doctrinas: “maintenance”, “champerty” y “barretry”. La primera de estas doctrinas consiste en recibir, directa o indirectamente, apoyo fi-

- 
5. Es interesante ver el caso de “Campaign for Tobacco Free Kids” que apoyó en el financiamiento de la defensa de la República Oriental del Uruguay en los seguidos por la empresa tabacalera Philip Morris en el caso CIADI ARB/10/7 llevado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones -CIADI, en el marco del Tratado Bilateral de Inversión entre la República Oriental del Uruguay y la Confederación Suiza. Asimismo, tenemos que, en el 2015, Filantropías Bloomberg y la Fundación Bill y Melinda Gates anunciaron la creación del “Anti-Tobacco Trade Litigation Fund” que tiene por objeto financiar a países de medios y bajos recursos que han sido demandados por empresas tabacaleras en arbitrajes bajo tratados de inversión. Además de financiamiento, el fondo provee asistencia técnica en la defensa de los gobiernos.
  6. Roque Caivano, «Financiamiento por terceros en el arbitraje: un análisis global», *Revista Argentina de Arbitraje* N° 2 (2018): 2.
  7. «Adding value beyond capital: Post-investment», Burford Capital, acceso el 11 de mayo de 2024, <https://www.burfordcapital.com/insights-news-events/insights-research/adding-value-beyond-capital-post-investment/>.
  8. Nigel Blackaby y Alex Wilbraham, «Third-party Funding in Investment Treaty Arbitration», en Katia Yannaca-Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 698 – 723: 699.

nanciero de un tercero para iniciar o defenderse en un proceso que no tiene mayor fundamento legal. Las otras dos consisten en formas agravadas de la primera, ya que no solo se financia una causa frívola, sino que se espera recibir un beneficio económico por ello.<sup>9</sup>

En el siglo XIX el filósofo inglés Jeremy Bentham dio inicio al debate mediante el cual se cuestionaron las doctrinas del “champetry” y “maintenance”. Para Bentham estas doctrinas restringían el acceso a la justicia, calificándolas como políticas inconsistentes y absurdas.<sup>10</sup>

Ahora bien, el TPF “moderno” tiene sus orígenes en Australia, a finales del siglo XX, cuando algunas empresas empezaron a ofrecer el servicio de financiamiento en litigios judiciales a partes.<sup>11</sup> En un inicio el financiamiento estaba restringido a empresas en quiebra<sup>12</sup>, pero posteriormente se extendió a toda clase de litigios, incluso los arbitrales, y a diversas jurisdicciones de common y civil law.

Hoy en día las doctrinas de “champetry” y “maintenance” han sido abandonadas -o son raramente aplicadas- por muchos países. Por el contrario, la práctica del TPF es ampliamente aceptada, existiendo diversos pronunciamientos jurisprudenciales que reconocen al TPF como parte integrante del sistema de solución de con-

troversias actual. Uno de los más emblemáticos es el pronunciamiento del juez Tomlinson en el caso *Excalibur Ventrués LLC c. Textas Keyston Inc* y otros donde afirmó lo siguiente: “*Third party funding is a feature of modern litigation*”.<sup>13</sup>

En el marco de la práctica arbitral actual, existen jurisdicciones como Hong Kong y Singapur que han buscado integrar en sus leyes de arbitraje provisiones que acogen el TPF.<sup>14</sup> Como veremos más adelante, diversos centros de arbitraje también han integrado estas provisiones en sus reglamentos. Incluso tenemos que listas y guías internacionalmente reconocidas como Chambers and Partners elaboran rankings sobre empresas que ofrecen servicios de TPF específicamente para arbitrajes.<sup>15</sup>

### III. THIRD PARTY FUNDING Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN

#### 1. ¿Cuál es la regulación vigente a nivel internacional?

A pesar de que el TPF no es un fenómeno nuevo, en tanto que como vimos en las secciones anteriores puede presentarse de diversas modalidades que a su vez contemplan distintos matices, son pocos los instrumentos normativos o regulatorios que han positivizado disposiciones sobre el TPF.

- 
9. Sebastian Camilo Camayo Ortiz, «Tendencias del Third-Party Funding y su futuro en el arbitraje internacional», *Con-texto* 56, (2021), 17–62: 24.
  10. Nigel Blackaby y Alex Wilbraham, «Third- party Funding in Investment Treaty Arbitration», en Katia Yannaca-Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 698 – 723: 699.
  11. Roque Caivano, «Financiamiento por terceros en el arbitraje: un análisis global», *Revista Argentina de Arbitraje* N° 2 (2018): 1.
  12. Niccolò Landi, «Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure: Third Party Funding in International Commercial Arbitration – An Overview», en Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration Volume 2012* (Vienna: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung), 85 – 104: 87.
  13. Traducción libre: “*El financiamiento por terceros es una característica de la litigación moderna.*” *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc & Ors* [2016] EWCA Civ 1144, Court of Appeal of England and Wales, Civil Division, Case Nos A3/2015/0443 & A3/2015/0476, 18 November 2016, Public Source Materials, 1 – 31: 1.
  14. Nigel Blackaby y Alex Wilbraham, «Third- party Funding in Investment Treaty Arbitration», en Katia Yannaca-Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 698 – 723: 700.
  15. «Litigation Funding: International Arbitration | Litigation Support», Chambers and Partners, acceso el 11 de mayo de 2024, <https://chambers.com/legal-rankings/litigation-funding-international-arbitration-global-wide-58:3214:15649:1>.

En el marco de controversias de inversión, es interesante revisar el Acuerdo Integral sobre Economía y Comercio (Comprehensive Economic and Trade Agreement – CETA) entre la Unión Europea y Canadá que sí incluye una disposición sobre el TPF.

En su capítulo 8, el CETA contiene las disposiciones que regulan las inversiones en el marco del acuerdo. La sección F de este capítulo contempla las disposiciones sobre solución de controversias entre inversionistas y estados, contemplando un método de solución de controversias que puede regirse por las reglas de arbitraje CIADI o UNICTRAL. Dentro de este marco, el artículo 8.26 del CETA impone a la parte financiada en una controversia la obligación de revelar la identidad y dirección del TPF:

*“Article 8.26 Third party funding (1)*

*1. Where there is third party funding, the disputing party benefiting from it shall disclose to the other disputing party and to the Tribunal the name and address of the third party funder.*

*2. The disclosure shall be made at the time of the submission of a claim, or, if the financing agreement is concluded or the donation or grant is made after the submission of a claim, without delay as soon as the agreement is concluded or the donation or grant is made.”<sup>16</sup>*

Lo más interesante de este artículo es que se acoge una definición de TPF que abarca las modalidades de financiamiento a través de

donaciones. Esto nos podría indicar que esta modalidad de financiamiento es utilizada en controversias de inversión con suficiente frecuencia para que se haya considerado necesaria su alusión en el CETA.

En el marco del soft law aplicable al arbitraje de inversiones, debemos resaltar la explicación del sexto estándar general de las Directrices sobre Conflictos de Intereses de la International Bar Association - IBA del año 2024 (Directrices de la IBA), donde se indica lo siguiente:

*“Third-party funders and insurers may have a direct economic interest in the prosecution or defence of the case in dispute, a controlling influence on a party to the arbitration, or influence over the conduct of proceedings, including the selection of arbitrators. These distinctions may be relevant when considering whether such entities should be considered to bear the identity of a party.”<sup>17</sup>*

Sin perjuicio de lo anterior, lo más importante en términos de la regulación del TPF en el arbitraje de inversión es su inclusión en los reglamentos de los principales centros de solución de controversias en materia de arbitraje de inversiones: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI, de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional - CCI, y el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur - SIAC.

El CIADI es el centro que ha incluido la disposición más extensa y específica sobre el TPF en su

16. Traducción libre: “Artículo 8.26 Financiamiento de terceros (1)

*En caso de financiamiento de terceros, la parte en disputa que se beneficie de él deberá revelar al otro partido en disputa y al Tribunal el nombre y dirección del financiador de terceros.*

*La revelación se realizará en el momento de la presentación de una reclamación, o si el acuerdo de financiamiento se concluye o la donación o subvención se realiza después de la presentación de una reclamación, sin demora tan pronto como se concluya el acuerdo o se realice la donación o subvención.” The Comprehensive and Economic Trade Agreement, Capítulo 8, Artículo 8.26.*

17. Traducción libre: “Los terceros financiadores y aseguradores pueden tener un interés económico directo en la tramitación o defensa del caso en litigio, una influencia de control sobre una de las partes del arbitraje o influencia sobre el desarrollo del procedimiento, incluida la selección de los árbitros. Estas distinciones pueden ser relevantes a la hora de considerar si dichas entidades deben tener la identidad de una parte.” International Bar Association, *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (Londres: International Bar Association), 11.

reglamento. La Regla 14(1) del Reglamento de Arbitraje del CIADI contempla la obligación de las partes de revelar la existencia del financiamiento por terceros y regula el alcance de la revelación sobre el TPF, poniendo especial detalle en el contenido de la revelación de identidad del financiador:

*“Regla 14*

*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 (...).”<sup>18</sup>*

Algunas particularidades interesantes sobre la disposición es la inclusión expresa la modalidad de TPF a través de donaciones, la regulación del procedimiento de notificación a los árbitros y contraparte con esta información y el otorgamiento de la facultad al Tribunal para ordenar la revelación de información adicional respecto al acuerdo de financiamiento y al tercero financiador:

*“Regla 14*

*Notificación de Financiamiento por Terceros*

*(...) (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).”<sup>19</sup>*

Los otros centros mencionados contienen disposiciones más acotadas sobre el TPF conforme explicamos a continuación:

El artículo 11.7 del Reglamento de Arbitraje de la CCI incorpora una disposición que obliga a las partes a revelar la únicamente la existencia e identidad de un tercero financiador cuando este tenga un interés económico sobre el resultado del arbitraje<sup>20</sup>.

La Regla 24 del Reglamento de Arbitrajes de Inversiones del SIAC otorga la facultad al Tribunal de ordenar a las partes revelar la existencia y/o identidad del tercero financiador,

18. CIADI, Reglas de arbitraje del CIADI, Regla 14.

19. CIADI, Reglas de arbitraje del CIADI, Regla 14.

20. “Artículo 11

*Disposiciones generales*

*(...) 7. Con el fin de asistir a potenciales árbitros y a árbitros en el cumplimiento de sus obligaciones previstas bajo los Artículos 11(2) y 11(3), cada parte debe informar con prontitud a la Secretaría, al tribunal arbitral y a las otras partes de la existencia e identidad de cualquier tercero que haya celebrado un acuerdo para la financiación de las demandas o las defensas, en el marco del cual tenga un interés de carácter económico sobre el resultado del arbitraje.” Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Reglamento de Arbitraje, artículo 11.7.*

así como algunos términos del acuerdo de financiamiento.<sup>21</sup>

## 2. ¿Discusión cerrada?: el Third Party Funding no afecta la admisibilidad de un reclamo de inversiones

En el arbitraje de inversiones, el tribunal arbitral tiene jurisdicción sobre las controversias legales que surgen de una inversión realizada por un inversor que tiene una nacionalidad diferente a la del estado receptor. A partir de lo anterior, ha surgido la pregunta sobre si la participación de terceros financistas podría afectar la admisibilidad de una reclamación de inversión y la condición del demandante como inversor<sup>22</sup>.

Este tema ha sido objeto de discusión en varios arbitrajes de inversión, donde las partes demandadas han intentado descalificar la condición de inversor de las partes demandantes debido a que éstas buscaron financiamiento de terceros para el inicio del arbitraje. El primer caso de este tipo fue el CIADI ARB/97/4, en el que la República de Eslovaquia argumentó que la asignación de beneficios del reclamo por parte del demandante (Ceskoslovenski Obchodni Banka, A.S) a la República Checa resultó en que esta última se convirtiera en la verdadera parte interesada al ser la propietaria beneficiaria de las reclamaciones en disputa.<sup>23</sup>

Sobre el particular, el tribunal arbitral se pronunció estableciendo lo siguiente:

*"Absence of beneficial ownership by a claimant in a claim or the transfer of the economic risk in the outcome of a dispute should not and has not been deemed to affect the standing of a claimant in an ICSID proceeding, regardless of whether or not the beneficial owner is a State party or a private party."*<sup>24</sup>

Al comentar este caso, Blackaby y Wilbraham concluyen que, aplicando este criterio, si un inversionista asigna alguno o todos los posibles ingresos de un arbitraje a un tercero financiador esto no afectaría su condición de verdadera parte interesada. En otras palabras, recurrir al TPF en nada debería afectar la admisibilidad del reclamo de inversiones<sup>25</sup>.

Desde entonces, ha habido al menos siete casos en los que se ha analizado los efectos del involucramiento de un tercero financiador. Al respecto, en todos ellos los tribunales arbitrales rechazaron los argumentos que cuestionaban la jurisdicción del tribunal arbitral y la admisibilidad de los reclamos interpuestos debido al involucramiento de un tercero financiador<sup>26</sup>.

Entre lo señalado por estos tribunales arbitrales, el argumento común es que los terceros fi-

- 
21. "24. Additional Powers of the Tribunal  
*Unless otherwise agreed by the Parties, in addition to the other powers specified in these Rules, and except, as prohibited by the mandatory rules of law applicable to the arbitration, the Tribunal shall have the power to:*  
(...) I. order the disclosure of the existence of a Party's third-party funding arrangement and/or the identity of the third-party funder and, where appropriate, details of the third-party funder's interest in the outcome of the proceedings, and/or whether or not the third-party funder has committed to undertake adverse cost liability." Singapore International Arbitration Centre, Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, Regla 24.
  22. International Council for Commercial Arbitration, «Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party Funding in International Arbitration», *The ICCA Reports* N° 4 (2018): 216.
  23. Ceskoslovenski Obchodni Banka, A.S. (CSOB) c. República de Eslovaquia, caso CIADI ARB/97/4, Laudo de jurisdicción (24 de mayo de 1999): par. 30.
  24. Ceskoslovenski Obchodni Banka, A.S. (CSOB) c. República de Eslovaquia, caso CIADI ARB/97/4, Laudo de jurisdicción (24 de mayo de 1999): par. 31-32.
  25. Nigel Blackaby y Alex Wilbraham, «Third-party Funding in Investment Treaty Arbitration», en Katia Yannaca-Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 698 – 723: 708.
  26. Ambiente Ufficio S.p.A. c. República Argentina, caso CIADI ARB/08/9, Laudo de jurisdicción (8 de febrero de 2013):

nanciadore no tienen la condición de parte en un arbitraje de inversión, motivo por el cual su involucramiento en el proceso deviene en irrelevante al analizar las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad<sup>27</sup>.

### 3. Discusiones abiertas: las preocupaciones existentes sobre el Third Party Funding en el arbitraje de inversiones

#### 3.1. ¿El Third Party Funding fomenta el aprovechamiento del sistema de arbitraje de inversiones por parte de terceros?

El arbitraje de inversiones es un método de solución de controversias altamente especializado que no está al alcance de cualquiera. Los tratados internacionales que lo regulan establecen criterios muy específicos para determinar quiénes pueden acceder a él y bajo qué condiciones. En ese sentido, el sistema está diseñado no para que cualquiera pueda beneficiarse de él, sino solo quienes cumplen con los requisitos que han sido establecidos por los mismos estados en los tratados internacionales.

Bajo los términos generales de los acuerdos de inversión los financiadores suelen llevarse una parte -a veces bastante sustancial- de los montos indemnizatorios ordenados en los laudos. En ese sentido, hay quienes sostienen que los financiadores en el arbitraje de inversión terminan beneficiándose de este sistema sin cumplir con los requisitos para ello.

Al respecto, se alega que los financiadores no tienen conexión con las inversiones materia de la controversia y tampoco conexión con el desarrollo económico que estas inversiones generaron, por lo que no sienta bien que terminen siendo estos los beneficiarios finales del sistema de arbitraje de inversiones, un sistema que no fue diseñado con la protección de financiadores en mente.<sup>28</sup>

Esto se agrava al considerar que quienes terminan soportando la condena de pago en contra de un estado son sus propios ciudadanos a través de impuestos. En ese sentido, si la parte financiada es el inversionista, el financiador genera el retorno de su inversión a través del pago de los contribuyentes del estado perdedor. Esto crea una asimetría y una transferencia de riqueza que preocupa en particular en el marco de los países en desarrollo, ya que el 88% de los inversionistas vienen de países desarrollados y los países en desarrollo ganan este tipo de arbitrajes solo la mitad de las veces que los países desarrollados.<sup>29</sup>

Un ejemplo de lo anterior se aprecia en el caso CIADI ARB/09/1 en el que las empresas Teinver S.A, Transportes de Cercanías S.A y Autobuses Urbanos del Sur S.A demandaron a la República Argentina. Las demandantes tenían un acuerdo de financiamiento con el fondo Burford Capital Limited y este acuerdo, al ser público, fue materia de amplia discusión en el arbitraje.

---

par. 276-278. Abaclat y otros c. República Argentina, caso CIADI ARB 07/5, Laudo de jurisdicción y admisibilidad (4 de agosto de 2011): par. 546. Giovanni Alemanni y otros c. República Argentina, caso CIADI ARB/07/8, Laudo de jurisdicción y admisibilidad (17 de noviembre de 2014): par. 276-278. Quasar de Valors y otros c. Federación Rusa, caso SCC 24/2007, Laudo (20 de julio de 2012): par. 31.33. RosinvestCo UK Led. c. Federación Rusa, caso SCC Case V079/2005, Laudo (12 de septiembre de 2010): par. 322-323. Teinver SA, Transportes de Cercanías SA y Autobuses Urbanos del Sur SA c. República Argentina, caso CIADI ARB/09/1, Laudo de jurisdicción (21 de diciembre de 2012). Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán, caso CIADI ARB/12/6, Laudo (4 de mayo de 2021): par. 691.

27. "Third-Party Funding", Jus Mundi, Wiki Notes, acceso el 11 de mayo de 2024, <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-third-party-funding>.

28. Maya Steinitz, «Third Party Funding of Investment Arbitration», *Iowa Legal Studies Research Paper* N° 2021-42, (2021): 9.

29. «The Case Against Third-Party Funding in Investment Arbitration by Frank J. Garcia», *Investment Treaty News*, International Institute for Sustainable Development, acceso el 11 de mayo de 2024, [https://www.iisd.org/itn/en/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia/#\\_ftn5](https://www.iisd.org/itn/en/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia/#_ftn5)

Al respecto, en el voto disidente del árbitro Kamal Hossain<sup>30</sup> este explica que la identidad del reclamante en el arbitraje no ha sido determinada y ello genera una contingencia considerable en lo que respecta a la jurisdicción. El árbitro expone una serie de cuestionamientos en este marco los cuales dice son agravados por la existencia del tercero financiador. Al analizar el texto del acuerdo de financiamiento, mediante el cual se le garantizaba al financiador una tasa interna de retorno de al menos el 50% de su inversión, el árbitro concluye que es evidente que los principales beneficiarios de los ingresos del laudo serían el financiador, que no es un inversionista bajo el TBI aplicable, y los abogados:<sup>31</sup>

*“70. Despite not being an –investor under the BIT and the funds provided by Burford not being –protected investment under the BIT, these proceedings have continued because Burford and the Nominated Lawyers have been assured of receiving significant amounts from any award which may be made by the ICSID Tribunal. Burford is a third party and as the Respondent states –is abusing the ICSID system by bringing forward a claim that is contrary to the purposes and goals of the Convention in order to make astronomical profits.”<sup>32</sup>*

Como se desprende del considerando citado, la posición de la República Argentina en el caso

consistía en un rechazo tajante al financiamiento, indicando que se estaría abusando el sistema de arbitraje de inversiones.

En ese sentido, en este caso vemos reflejados en un caso práctico la preocupación sobre el rol del TPF en el arbitraje de inversiones y como los financiadores podrían aprovecharse del sistema. Ello, en tanto que - como concluyó el árbitro Kamal Hossain - Burford Capital Limited no podía ser catalogado como inversionista protegido por el TBI.

### 3.2. ¿El Third Party Funding fomenta que se arbitren casos especulativos o sin méritos?

Otra preocupación que surge respecto al TPF en el arbitraje de inversiones es que puede fomentar que se arbitren casos especulativos o incluso casos sin méritos.

Si esta preocupación suena familiar es porque es la más antigua en el TPF: el “champetry”, práctica que - como vimos en la sección II.2- fue prohibida durante muchos años. El matiz por considerar respecto al “champetry” en el arbitraje de inversiones lo describen Santuosso y Scarlett, citados por Steinitz, indicando que “it seems morally objectionable to allow speculation in the context of ISDS, where outcomes can result in devastating economic implications for developing nations.”<sup>33</sup>

- 
30. Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A c. República Argentina, caso CIADI ARB/09/1, Laudo (21 de julio de 2017).
  31. Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A c. República Argentina, caso CIADI ARB/09/1, Opinión disidente de Kamal Hossain (21 de julio de 2017): 26-31.
  32. Traducción libre: “A pesar de no ser un “inversor” según el TBI y de que los fondos proporcionados por Burford no sean una “inversión protegida” según el TBI, estos procedimientos han continuado porque Burford y los abogados han recibido la garantía de recibir cantidades significativas de cualquier monto que pueda ser otorgado por el Tribunal del CIADI. Burford es un tercero y, como el demandado afirma, “está abusando del sistema del CIADI al presentar una reclamación que es contraria a los propósitos y objetivos de la Convención para obtener ganancias astronómicas”. Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A c. República Argentina, caso CIADI ARB/09/1, Opinión disidente de Kamal Hossain (21 de julio de 2017): 29.
  33. Traducción libre: “es moralmente cuestionable permitir la especulación en el contexto del arbitraje de inversión donde los resultados pueden generar consecuencias económicamente devastadoras para países en desarrollo.” Tara Santuosso y Sacarlett Randall, «Third-Party Funding in Investment Arbitration: Misappropriation of Access to Justice Rhetoric by Global Speculative Finance», *Boston College Law Review* 60 (2019), citado en Maya Steinitz, «Third Party Funding of Investment Arbitration», *Iowa Legal Studies Research Paper* N° 2021-42, (2021): 10.

Davitti y Vargui analizan cuatro casos ante el CIADI<sup>34</sup> en los que encuentran una correlación entre la participación de un tercero financiador y reclamos “inflados” por parte del inversionista financiado. Los autores indican que cuando el financiador interviene de manera significativa en el arbitraje ello afecta el tipo de reclamos que se presentan y la posibilidad de llegar a transacciones. En tanto que los financiadores necesitan recuperar su inversión, una transacción puede ser frustrada por estos si es que no logran obtener un retorno en su inversión a través de esta.<sup>35</sup> En ese sentido, el reclamo ya no refleja el interés del inversionista sino refleja los objetivos especulativos del tercero financiador.<sup>36</sup>

En tanto que el “champetry” es una preocupación antigua, la otra cara de este debate también lo es: el acceso a la justicia. El TPF es una manera para que una parte que no cuenta con los medios económicos para iniciar un procedimiento pueda hacerlo. El arbitraje, y especialmente el arbitraje de inversiones, es altamente costoso. Entre el 2011 y el 2015 el costo aproximado fue de USD 5’619,261.74 para demandantes y de USD 4’954,461.27 para demandados en el foro CIADI<sup>37</sup>. En ese sentido, el TPF democratiza el acceso a este tipo de arbitraje.

Adicionalmente, hay un sector de la doctrina que opina que este peligro es más hipotético que real en tanto que las empresas que financian arbitrajes suelen “financiar únicamente los casos tras un análisis minucioso de los méritos de las reclamaciones”<sup>38</sup>. En efecto, debido a los elevados costos de un arbitraje CIADI, los financiadores realizan un serio due diligence, por lo que no resultaría lógico para estos realizar una inversión considerable en un reclamo que no esté bien fundamentado y que puede ser descartado por frívolo. De ahí se sigue que únicamente entre un 5 y 10% de los potenciales casos son efectivamente financiados.<sup>39</sup>

Finalmente, tenemos una tercera cara de este debate que indica que falta evidencia empírica sobre si el TPF aumenta el número de casos frívolos ante el CIADI o no, por lo que hasta que se cuente con esto realizar un análisis sobre esta contingencia es bastante difícil.<sup>40</sup>

### 3.3. ¿En qué medida afecta los acuerdos de Third Party Funding a las decisiones sobre los costos del arbitraje?

La relación entre los acuerdos de TPF y las decisiones de los tribunales arbitrales sobre los costos del arbitraje ha tenido como consecuencia el surgimiento de dos líneas de discusión. En

- 
34. Infinito Gold c. República de Costa Rica, caso CIADI ARB/14/5, Laudo (3 junio 2021); South American Silver c. Bolivia, caso PCA 2013–15, Laudo (22 de noviembre de 2018); Cortec Mining c. República de Kenia, caso CIADI ARB/15/29, Laudo (22 de octubre 2018); y Churchill Mining y Planet Mining c. República de Indonesia, caso CIADI ARB/12/14 y 12/40, Laudo (6 de diciembre de 2018); citados en Daria Davitti y Paolo Vargui, « Litigation Finance and the Assetization of International Investment Arbitration », *The Journal of World Investment & Trade* 24(3) (2023), 487-500: 493.
  35. “Third party funding in international investment arbitration by Ignacio Torterola”, Investment Policy Hub, acceso el 11 de mayo de 2024, <https://investmentpolicy.unctad.org/blogs/21/third-party-funding-in-international-investment-arbitration>.
  36. Daria Davitti y Paolo Vargui, « Litigation Finance and the Assetization of International Investment Arbitration », *The Journal of World Investment & Trade* 24(3) (2023), 487-500: 493.
  37. «How Much Does an ICSID Arbitration Cost? A Snapshot of the Last Five Years by Jeffery P. Commission», Kluwer Arbitration Blog, acceso el 11 de mayo de 2024, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/02/29/how-much-does-an-icsid-arbitration-cost-a-snapshot-of-the-last-five-years/>.
  38. Enrique Fernández Masiá, «La Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional» *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 8, Nº 2, (2016), 204-220: 207.
  39. Enrique Fernández Masiá, «La Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional» *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 8, Nº 2, (2016), 204-220: 207.
  40. Üzeyir Karabiyik, «Abusive Conduct in Investor-State Arbitration: A Focus on Frivolous Claims», *Deri Park* (2022), 487-512: 507.

primer lugar, se ha analizado si una parte que ha tenido éxito en su reclamo y que ha recurrido a un tercero financiador de terceros puede recuperar tanto los costos ordinarios<sup>41</sup> del arbitraje como los costos adicionales<sup>42</sup> y el monto finalmente pagado al tercero financiador. En segundo lugar, se ha analizado si deben ampararse las solicitudes de garantía de costa (o “security for costs” en inglés) cuando el demandante ha recurrido a un tercero financiador.

Respecto de la primera línea de discusión, debe notarse de manera preliminar que no existe una regla estándar en el arbitraje de inversión sobre la distribución de los costos del arbitraje. Por un lado, el Reglamento de Arbitraje CNUDMI establece en su artículo 42 que los costos deberán ser asumidos por la parte vencida<sup>43</sup>, mientras que por el otro lado el artículo 61 del Convenio CIADI establece que la distribución de los costos será determinada caso por caso por el tribunal arbitral<sup>44</sup>.

Al respecto, existe relativo consenso sobre la posibilidad de que el demandante – que sus-

cribió un acuerdo de TPF – recupere los costos ordinarios de un arbitraje. Esta postura, además de sustentarse en vasta jurisprudencia<sup>45</sup>, también ha sido expresada por la ICC:

*“87. Where a successful claimant or counterclaimant has been funded by a third party, the third-party funder is usually repaid (at least) the costs of the arbitration from the sum awarded. Therefore, the successful party will itself ultimately be out of pocket upon reimbursing such costs to the third-party funder and may therefore be entitled to recover its reasonable costs, including what it needs to pay to the third-party funder, from the unsuccessful party. The tribunal will need to determine whether these costs were actually incurred and paid or payable by the party seeking to recover them, and were reasonable. The fact that the successful party must in turn reimburse those costs to a third-party funder is, in itself, largely immaterial.”<sup>46</sup>*

En ese sentido, la ausencia de consenso en realidad recae en la recuperación de los costos

- 
41. Los costos ordinarios de un arbitraje incluyen los honorarios y gastos del árbitro o árbitros, los costos administrativos del centro de arbitraje, los gastos de las salas de audiencias, los costos de traducción y cualquier otro gasto necesario para llevar a cabo el proceso arbitral. Estos costos son los que se consideran necesarios para la realización de un arbitraje y que las partes deben pagar para llevar a cabo el proceso.
  42. Los costos adicionales de un arbitraje son aquellos que no se consideran costos ordinarios y que pueden surgir debido a circunstancias especiales o inusuales durante el proceso arbitral. Estos pueden incluir el costo de expertos, el costo de testigos, los gastos de viaje y alojamiento para las partes, los costos de producción de pruebas adicionales y cualquier otro gasto que no sea esencial para la realización del arbitraje pero que se considera necesario para el éxito del caso. Los costos adicionales también pueden incluir los honorarios de abogados y consultores externos que puedan ser necesarios para apoyar a las partes durante el proceso arbitral.
  43. CNUDMI, Reglamento de Arbitraje, artículo 42.
  44. CIADI, Convenio CIADI, artículo 61.
  45. Kardassopoulos & Fuchs c. República de Georgia, casos CIADI ARB/05/18 y ARB/07/115, Laudo (3 de marzo de 2010): par. 691. RSM Production Corporation c. Granada, caso CIADI ARB/05/14, Procedimiento de Anulación de Laudo, Orden del Comité para interrumpir el procedimiento y decisión sobre costos (28 de abril de 2011): par. 68. ATA Construction, Industrial & Trading Company c. Reino Hachemita de Jordania, caso CIADI ARB/08/2, Procedimiento de Anulación de Laudo, Orden tomando nota de la interrupción del procedimiento (11 de julio de 2011): par. 34.
  46. Traducción libre: “Cuando un demandante o demandado exitoso ha sido financiado por un tercero, el financiador de terceros usualmente es reembolsado (al menos) los costos del arbitraje de la suma otorgada. Por lo tanto, la parte exitosa quedará, en última instancia, fuera de bolsillo al reembolsar dichos costos al financiador de terceros y, por lo tanto, puede tener derecho a recuperar sus costos razonables, incluido lo que debe pagar al financiador de terceros, del partido no exitoso. El tribunal deberá determinar si estos costos fueron efectivamente incurridos y pagados o pagaderos por la parte que busca recuperarlos, y si fueron razonables. El hecho de que la parte exitosa deba a su vez reembolsar esos costos a un financiador de terceros es, en sí mismo, en gran medida irrelevante.” ICC, « ICC Commission Report Decisions on Costs in International Arbitration », ICC Dispute Resolution Bulletin 87 (2015): 17.

adicionales (que incluye el monto finalmente pagado al tercero financiador). Al respecto, el grupo de trabajo de la Universidad Queen Mary y el ICCA ha establecido que no considera que los costos adicionales (en específico, los costos incurridos por la parte demandante en el TPF) deban ser recuperables<sup>47</sup>. Por su parte, la ICC tiene una postura distinta, argumentando que estos costos deberían ser recuperables en tanto sean razonables<sup>48</sup>.

La ausencia de consenso también se refleja en que los tribunales arbitrales han optado por evaluar caso por caso la solicitud de recuperación de costos para efectos de determinar si los costos incurridos por la parte demandante en el TPF son recuperables. Sin perjuicio de ello, en la mayoría de los casos la decisión del tribunal arbitral ha sido desfavorable<sup>49</sup>.

Respecto de la segunda línea de discusión, de manera preliminar es importante definir qué se entiende por garantía de costos o “security for costs”. En el arbitraje de inversión, esta es una medida provisional mediante la cual una parte (usualmente la demandada) solicita al tribunal arbitral que ordene a su contraparte (usualmente el demandante) a aportar una garantía

de pago con el fin de asegurar el derecho de la primera a recuperar los costos incurridos en el arbitraje en caso de resultar vencedora<sup>50</sup>. Este tipo de medidas suelen ser solicitadas por la parte demandada cuando prevé que, en caso de resultar vencedora, no podrá recuperar los costos del arbitraje toda vez que la parte demandante carecería de fondos suficientes.<sup>51</sup>

En el caso específico del arbitraje de inversión, los tribunales arbitrales han establecido que, como parte del análisis para el otorgamiento de medida provisional de garantía de costos, se considerará si el demandante ha recurrido a un acuerdo de TPF a la par de encontrarse en una situación financiera desfavorable (y que esta haya sido acreditada)<sup>52</sup>. En otras palabras, el solo hecho de que una parte haya recurrido al mecanismo de TPF no tiene como consecuencia automática el otorgamiento de la solicitud de “security for costs”.

Al respecto, debe notarse que en la mayoría de los casos los tribunales arbitrales no han amparado las solicitudes de “security for costs” cuando hay un acuerdo de TPF de por medio<sup>53</sup>. Lo anterior se ha debido a que no se ha demostrado la existencia de circunstancias excepcio-

- 
47. ICCA-QMUL Task Force, *ICCA-QMUL Task Force on TPF in International Arbitration Subcommittee on Security for Costs Draft Report* (2015): 10.
  48. ICC, « ICC Commission Report Decisions on Costs in International Arbitration », *ICC Dispute Resolution Bulletin* 87 (2015): 17.
  49. Nachingwea U.K. Limited, Ntaka Nickel Holdings Limited y Nachingwea Nickel Limited c. República Unida de Tanzania, caso CIADI ARB/20/38, Laudo (14 de julio de 2023): par. 408. Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. República Árabe de Egipto, caso PCA 2012-07, Laudo (23 de diciembre de 2019): par 590-591.
  50. “Security for Costs”, Jus Mundi, Wiki Notes, acceso el 11 de mayo de 2024, <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-security-for-costs>.
  51. Nigel Blackaby y Alex Wilbraham, «Third- party Funding in Investment Treaty Arbitration», en Katia Yannaca-Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition)* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 698 – 723: 714.
  52. Julio Miguel Orlandini-Agreda y Compañía Minera Orlandini Ltda. c. Estado Plurinacional de Bolivia, caso PCA 2018-39, Orden Procesal N° 15 (12 de noviembre de 2021): par. 68-73. Domingo García Armas, Manuel García Armas, Pedro García Armas y otros c. República Bolivariana de Venezuela, caso PCA 2016-08, Orden Procesal N° 9 (20 de junio de 2018): par. 197-199.
  53. Riverside Coffee, LLC c. República de Nicaragua, caso CIADI ARB/21/16, Orden Procesal N° 7 (20 de diciembre de 2023). Bay View Group LLC y The Spalena Company LLC c. República de Ruanda, caso CIADI ARB/18/21, Orden Procesal N° 6 (28 de septiembre de 2020). Eskosol S.p.A. en liquidación c. República Italiana, caso CIADI ARB/15/50, Orden Procesal N° 3 (12 de abril de 2017). South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia, caso PCA 2013-15, Orden Procesal N° 10 (11 de enero de 2016). EuroGas Inc y Belmont Resources Inc. c. República de Eslovaquia, caso CIADI ARB/14/14, Orden Procesal N° 3 (23 de junio de 2015).

nales que justifiquen el otorgamiento de dicha solicitud. Al respecto, en el arbitraje entre Tennant Energy contra Canada (caso PCA 2018-54), el tribunal arbitral resumió cuáles serían las circunstancias excepciones a tener en consideración a la luz de decisiones previas de tribunales arbitrales CIADI y CNUDMI:

*"74. The Tribunal agrees with the tribunal in Orlandini v Bolivia that such exceptional circumstances would include, for instance (i) a claimant's track record of non-payment of costs awards in prior proceedings; (ii) a claimant's improper behaviour in the proceedings at issue, such as conduct that interferes with the efficient and orderly conduct of the proceedings; (iii) evidence of a claimant moving or hiding assets to avoid any potential exposure to a costs award; or (iv) other evidence of a claimant's bad faith or improper behaviour."<sup>54</sup>*

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que, en al menos dos oportunidades, los tribunales arbitrales CIADI han otorgado la solicitud de "security for costs" en arbitrajes en los que un tercero financiador estaba involucrado. El primero de estos casos es RSM Production Corporation contra Santa Lucia (caso CIADI ARB/12/10)<sup>55</sup>. En dicha oportunidad, el tribunal arbitral sí consideró que la existencia de un tercero financiador demostraba que el demandante no iba a contar con los fondos suficientes para el pago de la condena de costos:

*"Moreover, the admitted third party funding further supports the Tribunal's concern that Claimant will not comply with a costs award rendered against it, since, in the absence of*

*security or guarantees being offered, it is doubtful whether the third party will assume responsibility for honoring such an award. Against this background, the Tribunal regards it as unjustified to burden Respondent with the risk emanating from the uncertainty as to whether or not the unknown third party will be willing to comply with a potential costs award in Respondent's favor."<sup>56</sup>*

Más recientemente, en el caso Dirk Herzig contra Turkmenistán (caso CIADI ARB/18/35) el tribunal arbitral concluyó que, debido a los términos del acuerdo de TPF, "Turkmenistan faces not a Risk but, on the basis of the factual record before it, a certainty that it could not collect a costs award."<sup>57</sup> Por tal motivo, el tribunal arbitral resolvió por otorgar la solicitud de "security for costs" de Turkmenistán.

Sin perjuicio de todo lo anterior, lo cierto es que existe relativo consenso respecto de que la existencia de un tercero financiador debe ser analizada junto contras circunstancias al momento de resolver si otorgar o no una solicitud de "security for costs". Este consenso lo refleja la propuesta de reforma del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados, en el borrador elaborado por el Grupo de Trabajo en el año 2022<sup>58</sup>.

#### 4. ¿Debe revelarse la existencia y/o contenido de los acuerdos de Third Party Funding?

La tendencia reciente – tanto a nivel jurisprudencial como normativo – ha sido por determinar que los demandantes en un arbitraje de inversión deberían declarar la existencia de un

54. Tennant Energy, LLC c. Canadá, caso PCA N° 2018-54, Orden Procesal N° 4 (27 de febrero de 2020): par. 174.  
 55. RSM Production Corporation c. Santa Lucía, caso CIADI ARB/12/10, Decisión sobre "security for costs" (13 de agosto de 2014).  
 56. RSM Production Corporation c. Santa Lucía, caso CIADI ARB/12/10, Decisión sobre "security for costs" (13 de agosto de 2014): par. 83.  
 57. Dirk Herzig como Administrador de Insolvencia de los activos de Unionmatex Industrieanlagen GmbH c. Turkmenistán, Decisión sobre solicitud de "security for costs" y "security for claim" (27 de enero de 2020): 59.  
 58. United Nations Commission on International Trade Law, «Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Draft provisions on procedural reform», A/CN.9/WG.III/WP.219, (2022): 7.

acuerdo de TPF así como la identidad de los financiadores. La finalidad de la divulgación es evitar cualquier posible conflicto de interés entre los árbitros y los terceros financiadores.

Esto fue determinado, por ejemplo, por los tribunales arbitrales de los casos Muhammet Cap contra Turkmenistán (caso CIADI ARB/12/6)<sup>59</sup> y South American Silver Limited contra Bolivia<sup>60</sup>. Al respecto, el tribunal arbitral del primer caso fundamentó su decisión estableciendo lo siguiente:

*"The Tribunal has decided that Claimants should disclose whether their claims in this arbitration are being funded by a third-party/parties, and, if so, the names and details of the third-party funder(s) and the terms of that funding. The Tribunal's decision is based on the following factors.*

*First, the importance of ensuring the integrity of the proceedings and to determine whether any of the arbitrators are affected by the existence of a third-party funder. In this respect the Tribunal considers that transparency as*

*to the existence of a third-party funder is important in cases like this."*<sup>61</sup>

Asimismo, tal y como se desarrolló en la sección III.1 del presente artículo, a nivel normativo se aprecia que instrumentos como el CETA establecen expresamente que la parte financiada en una controversia deberá revelar la identidad y dirección del tercero financiador<sup>62</sup>. Esta obligación también la establecen el Tratado de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y Singapur<sup>63</sup> y el Acuerdo de Asociación Económica Integral entre Indonesia y Australia<sup>64</sup>. Al respecto, cabe recalcar que este último instrumento tiene una particularidad, en tanto establece en su artículo 14.32 que *"If a disputing investor fails to disclose third party funding under this Article, the tribunal may order the suspension or termination of the proceedings"*<sup>65</sup>.

La obligación de divulgar la identidad y dirección del tercero financiador también se contempla en los reglamentos de los centros de arbitraje de inversión más importantes del mundo. En efecto, tal y como fue desarrollado

- 
59. Muhammet Çap & Sehil In\_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán, caso CIADI ARB/12/6, Orden Procesal N° 3 (13 de febrero de 2015).
60. South American Silver Led. (Bermuda) c. Estado Plurinacional de Bolivia, CNUDMI, Orden Procesal N° 10 (11 de enero de 2016).
61. Traducción libre: *"El Tribunal ha decidido que los demandantes deben revelar si sus reclamaciones en este arbitraje están siendo financiadas por un tercero/terceros, y, en caso afirmativo, los nombres y detalles del/los financiador(es) de terceros y los términos de ese financiamiento. La decisión del Tribunal se basa en los siguientes factores. En primer lugar, la importancia de garantizar la integridad del procedimiento y determinar si alguno de los árbitros se ve afectado por la existencia de un financiador de terceros. En este sentido, el Tribunal considera que la transparencia en cuanto a la existencia de un financiador de terceros es importante en casos como este."* Muhammet Çap & Sehil In\_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán, caso CIADI ARB/12/6, Orden Procesal N° 3 (13 de febrero de 2015): par. 8-9.
62. The Comprehensive and Economic Trade Agreement, Capítulo 8, Artículo 8.26.
63. Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Singapore, of the other part, Capítulo 3, Artículo 3.8.
64. Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement, Capítulo 14, Artículo 14.32.
65. Traducción libre: *"Article 14.32: Third Party Funding*  
*1. If there is third party funding, the disputing investor benefiting from it shall notify to the disputing Party and to the tribunal, or where the tribunal is not established, to the Appointing Authority of the tribunal, the name and address of the third party funder.*  
*2. Such notification shall be made at the time of submission of a claim, or, where the financing agreement is concluded or the donation or grant is made after the submission of a claim, without delay as soon as such agreement is concluded or the donation or grant is made.*  
*3. If a disputing investor fails to disclose third party funding under this Article, the tribunal may order the suspension or termination of the proceedings."* Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement, Capítulo 14, Artículo 14.32.

en la sección III.2 del presente artículo, encontramos que el CIADI establece que las partes deberán revelar la identidad y dirección del tercero financiador<sup>66</sup>. Por su parte, la CCI y el SIAC contemplan disposiciones similares a las del CIADI. La primera establece la obligación de revelación únicamente cuando el tercero financiador tenga un interés económico sobre el resultado del arbitraje<sup>67</sup>, mientras que la segunda dispone que la revelación deberá realizarse a solicitud del tribunal arbitral correspondiente<sup>68</sup>.

A nivel de soft law, el séptimo estándar general de las Directrices de la IBA es claro en establecer que las partes tienen el deber de divulgar a los árbitros sobre la existencia de una relación entre el árbitro y cualquier persona o entidad con un interés económico en la controversia (que, conforme a lo establecido en la explicación del sexto estándar general de este instrumento, incluye a los terceros financiadores):

*“(6) Relationships*

*(...) Explanation to General Standard 6:*

*(...) Third-party funders and insurers may have a direct economic interest in the prosecution or defence of the case in dispute, a controlling influence on a party to the arbitration, or influence over the conduct of proceedings, including the selection of arbitra-*

*tors. These distinctions may be relevant when considering whether such entities should be considered to bear the identity of a party.*

*(...) (7) Duty of the Parties and the Arbitrator:*

*(a) A party shall inform an arbitrator, the Arbitral Tribunal, the other parties and the arbitration institution or other appointing authority (if any) of*

*(i) any relationship, direct or indirect, between the arbitrator and*

*(...) • any person or entity with a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration; (...).<sup>69</sup>*

Como se aprecia, pareciese existir un consenso respecto de la necesidad de divulgar la existencia de un acuerdo de TPF y la identidad del tercero financiador en un arbitraje de inversiones. Dicho consenso también se aprecia en el Reporte elaborado por el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (Grupo de Trabajo), que se encuentra trabajando en una reforma del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados. En efecto, de acuerdo con el Grupo de Trabajo, entre los comentarios de los Estados miembros de las Naciones Unidas al proyecto de reforma hubo *“broad support for requiring*

66. CIADI, Reglas de arbitraje del CIADI, Regla 14.

67. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Reglamento de Arbitraje, artículo 11.7.

68. Singapore International Arbitration Centre, Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, Regla 24.

69. Traducción libre: *“(6) Relaciones*

*(...) Explicación del Estándar General 6:*

*(...) Los financiadores y aseguradores de terceros pueden tener un interés económico directo en la prosecución o defensa del caso en disputa, una influencia de control sobre una parte en el arbitraje o influencia en la conducta del proceso, incluyendo la selección de los árbitros. Estas distinciones pueden ser relevantes cuando se considera si dichas entidades deben ser consideradas con la identidad de una de las partes.*

*(...) (7) Deber de las partes y del árbitro:*

*(a) Una parte deberá informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las otras partes y a la institución de arbitraje u otra autoridad nominadora (si la hubiere) de:*

*(i) cualquier relación, directa o indirecta, entre el árbitro y*

*(...) • cualquier persona o entidad con un interés económico directo, o un deber de indemnizar a una parte por el laudo que se emita en el arbitraje; (...).” International Bar Association, IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (Londres: International Bar Association), 12.*

disclosure as a way to enhance transparency and avoid conflict of interests.”<sup>70</sup>

Sin embargo, un punto respecto del cual no existe consenso es sobre si el contenido del acuerdo de TPF debe ser divulgado. Al respecto, el Grupo de Trabajo ha destacado lo siguiente:

“136. With regard to subparagraph 1(c), diverging views were expressed on whether the funding agreement or the terms thereof should be subject to mandatory disclosure. One view was that the disclosure of such information was crucial, as it would allow the arbitral tribunal and the other disputing party to be aware of any conflict of interests, how the funding was channeled, and the extent to which the third-party funder might cover the costs of the proceeding. It was stated that without the disclosure of such information, the arbitral tribunal would not be in a position to request additional information in accordance with paragraph 2.

137. Another view was that the funding agreement and its terms should only be disclosed when required by the arbitral tribunal insofar as it would be necessary to identify the nature of the funding arrangement. It was further

mentioned that the funding agreement might be subject to confidentiality, which might deter compliance. However, it was mentioned that the disclosure requirement could be met by taking certain measures, for example, by redacting confidential information.”<sup>71</sup>

Como se aprecia, si bien existen estados miembros que consideran que se debería divulgar la existencia, identidad y contenido de un acuerdo de TPF, existen otros estados que alegan que esto únicamente debería suceder si lo requiere el tribunal arbitral debido a su relevancia en el arbitraje.

Al respecto, Blackaby y Wilbraham alegan que la divulgación de los términos de un acuerdo de TPF no debe producirse a menos que haya una razón específica para ello. Esto se debe a lo siguiente:

“Indeed, the terms of the funding will necessarily reveal material which would be privileged, such as likelihood of success. As a consequence of (a) the lack of materiality of the merits of the dispute; and (b) the possible disclosure of perceptions of strengths and weaknesses through the terms agreed, tribunals have been reluctant to order the disclosure of funding terms.”<sup>72</sup>

- 
70. Traducción libre: “Hubo un amplio apoyo para exigir la divulgación como una forma de mejorar la transparencia y evitar conflictos de intereses.” United Nations Commission on International Trade Law, «Report of Working Group III (Inversor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of its forty-third sesión (Vienna, 5-16 September 2022)», A/CN.9/1124, (2023): 23.
71. Traducción libre: “136. Con respecto al subpárrafo 1(c), se expresaron opiniones divergentes sobre si el acuerdo de financiación o sus términos deberían estar sujetos a divulgación obligatoria. Una opinión fue que la divulgación de dicha información era crucial, ya que permitiría al tribunal arbitral y a la otra parte en disputa estar al tanto de cualquier conflicto de intereses, cómo se canalizaba la financiación y en qué medida el financiador de terceros podría cubrir los costos del procedimiento. Se afirmó que sin la divulgación de dicha información, el tribunal arbitral no estaría en posición de solicitar información adicional de conformidad con el párrafo 2.
137. Otra opinión fue que el acuerdo de financiación y sus términos solo deberían divulgarse cuando lo requiera el tribunal arbitral en la medida en que sea necesario para identificar la naturaleza del acuerdo de financiación. Además, se mencionó que el acuerdo de financiación podría estar sujeto a confidencialidad, lo que podría desalentar el cumplimiento. Sin embargo, se mencionó que el requisito de divulgación podría cumplirse tomando ciertas medidas, por ejemplo, mediante la eliminación de información confidencial.” United Nations Commission on International Trade Law, «Report of Working Group III (Inversor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of its forty-third sesión (Vienna, 5-16 September 2022)», A/CN.9/1124, (2023): 23.
72. Nigel Blackaby y Alex Wilbraham, «Third-party Funding in Investment Treaty Arbitration», en Katia Yannaca-Small (ed), Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (Second Edition) (Oxford: Oxford University Press, 2018), 698 – 723: 722.

En efecto, los tribunales arbitrales han adoptado esta postura y analizado, caso por caso, la necesidad de que se divulguen los términos del acuerdo de TPF. Por ejemplo, en el caso Muhammet Cap contra Turkmenistán (caso CIADI ARB/12/6)<sup>73</sup>, el tribunal ordenó a los demandantes que divulgaran la existencia e identidad de un tercero financiador, así como los términos del acuerdo de TPF. Al respecto, el tribunal arbitral aclaró que este mandato se explicaba en el hecho de que los demandantes no habían cumplido con el pago de una condena de costos en otro caso<sup>74</sup>. Asimismo, el tribunal arbitral enumeró los criterios a tener en consideración para determinar si el acuerdo de TPF debía ser divulgado o no:

*"10. It seems to the Tribunal that the following factors may be relevant to justify an order for disclosure, and also depending upon the circumstances.*

*of the case:*

- a. To avoid a conflict of interest for the arbitrator as a result of the third party funder;*
- b. For transparency and to identify the true party to the case;*
- c. For the Tribunal to fairly decide how costs should be allocated at the end of any arbitration;*
- d. If there is an application for security for costs if requested; and*
- e. To ensure that confidential information which may come out during the arbitral pro-*

*ceedings is not disclosed to parties with ulterior motives."*<sup>75</sup>

Por su parte, existen otros tribunales arbitrales que han determinado que no existe necesidad de divulgar los términos del acuerdo de TPF, únicamente la identidad del tercero financiador. Esto se produjo, por ejemplo, en los casos EuroGas contra la República de Eslovaquia<sup>76</sup> (caso CIADI ARB/14/14) y South American Silver contra Bolivia<sup>77</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

El TPF en el ámbito de arbitrajes de inversiones una práctica de larga data y que es cada vez más común y relevante. A pesar de su creciente uso, aún no existe una regulación uniforme en cuanto al TPF en el arbitraje de inversiones. Si bien existen ciertas disposiciones en instrumentos normativos y en los reglamentos de los centros de arbitraje de inversión, éstas varían en cuanto a su alcance y detalle.

Si bien el TPF ha sido objeto de discusión en varios arbitrajes de inversión, los tribunales arbitrales han sido consistentes en sostener que el TPF no afecta la admisibilidad de una reclamación de inversión ni la condición del demandante como inversor. Ello se debe a que los terceros financiadores no tienen la condición de parte en un arbitraje de inversión, por lo que su

73. Muhammet Çap & Sehil In\_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán, caso CIADI ARB/12/6, Orden Procesal N° 3 (12 de junio de 2015).

74. Muhammet Çap & Sehil In\_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán, caso CIADI ARB/12/6, Orden Procesal N° 3 (12 de junio de 2015): par. 8-10.

75. Traducción libre: "Parece al Tribunal que los siguientes factores pueden ser relevantes para justificar una orden de divulgación, y también dependiendo de las circunstancias del caso:

- a. Para evitar un conflicto de intereses para el árbitro como resultado del financiador de terceros;*
- b. Para la transparencia y para identificar la verdadera parte en el caso;*
- c. Para que el Tribunal decida justamente cómo deben asignarse los costos al final de cualquier arbitraje;*
- d. Si hay una solicitud de seguridad para los costos si se solicita; y*
- e. Para asegurarse de que la información confidencial que pueda surgir durante el proceso arbitral no sea divulgada a partes con motivos ulteriores."* Muhammet Çap & Sehil In\_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán, caso CIADI ARB/12/6, Laudo de jurisdicción (13 de febrero de 2015): par. 50.

76. EuroGas Inc y Belmont Resources Inc. c. República de Eslovaquia, caso CIADI ARB/14/14, Orden Procesal N° 3 (23 de junio de 2015).

77. South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia, caso PCA N° 2013-15, Orden Procesal N° 10 (11 de enero de 2016).

involucramiento en el proceso no es relevante para las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad. Por lo anterior, recurrir al TPF no debería afectar la condición de verdadera parte interesada del inversor en el proceso arbitral.

El TPF en el arbitraje de inversiones ha generado preocupación de que los terceros financiadores se beneficien del sistema de arbitraje de inversión sin tener la condición de parte. Además, existe preocupación sobre la posibilidad de que se arbitren casos especulativos o sin mérito.

Sin embargo, se aprecia que estas preocupaciones terminan siendo reemplazadas por el beneficio que genera el TPF al democratizar el acceso a la justicia para aquellos que no cuentan con los medios económicos para iniciar un arbitraje de inversión, lo que es especialmente importante dado los costos elevados de este tipo de arbitraje. A esto se le suma el hecho de que los terceros financiadores realizan un análisis minucioso de los méritos de las reclamaciones antes de financiarlas, lo que reduce el peligro de los casos frívolos.

En cuanto a la recuperación de los costos del arbitraje, existe un relativo consenso en que el demandante que ha suscrito un acuerdo de TPF puede recuperar los costos ordinarios del arbitraje, pero no hay acuerdo en cuanto a la recuperación de los costos adicionales. En cuanto

a la solicitud de “security for costs”, actualmente existe consenso en que la existencia de un acuerdo de TPF no tiene como consecuencia automática el otorgamiento de dicha solicitud.

Por su parte, la tendencia reciente en el arbitraje de inversión es requerir que los demandantes divulguen la existencia de un acuerdo de TPF y la identidad del tercero financiador para evitar conflictos de interés entre los árbitros y los terceros financiadores. Sin embargo, existe un debate sobre si el contenido del acuerdo de TPF también debe ser divulgado, ya que podría contener información privilegiada. Al respecto, los tribunales arbitrales han adoptado una postura caso por caso en relación con la divulgación de los términos del acuerdo de TPF.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es claro que – pese a que sigue en evolución – el TPF ha encontrado un espacio en el ámbito de los arbitrajes de inversión y ha venido para quedarse. Por tanto, no solo se debe hacer un constante seguimiento a las decisiones de tribunales arbitrales de inversión en los que se vea involucrado un tercero financista, sino también a las modificaciones a instrumentos normativos y reglamentos de centros arbitrales que tengan como finalidad regular esta figura. Ello, con la intención de que el TPF sea utilizado de la manera más responsable y ética posible en el marco de los arbitrajes de inversión.