

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Consecuencias de la ausencia de regulación del
financiamiento por terceros en el arbitraje comercial en
Ecuador**

Daniel Fernando Ibarra Villacís

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de Abogado

Quito, 9 de abril de 2021.

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Daniel Fernando Ibarra Villacís

Código: 00138966

Cédula de identidad: 172346025-7

Lugar y Fecha: Quito, 9 de abril de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**CONSECUENCIAS DE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN DEL
FINANCIAMIENTO POR TERCEROS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL EN
ECUADOR¹**

**CONSEQUENCES OF THE ABSENCE OF REGULATION OF THIRD PARTY
FUNDING IN COMMERCIAL ARBITRATION IN ECUADOR**

Daniel Fernando Ibarra Villacís.²

dibarravillacis@gmail.com

RESUMEN

Es un hecho que no hay regulación expresa respecto del TPF en Ecuador y en varios países del mundo. Esta ausencia ha generado que varios expertos del arbitraje planteen problemas que pueden presentarse al utilizar este método. Por otro lado, existe otra corriente que propone que establecer una regulación estricta, limitaría el desarrollo del TPF. Sin embargo, tras analizar las posturas y problemas que respectan al TPF, se propone que sería más beneficioso y eficiente regular el TPF en los reglamentos de cada centro de arbitraje, a través de recomendaciones generales que no establezcan demasiadas barreras al funcionamiento de este método. El Ecuador, tiene un ordenamiento jurídico amigable con el TPF, dado que este método no es contrario al orden público, y las partes pueden actuar bajo el principio de la autonomía de la voluntad ante la ausencia de prohibición expresa.

ABSTRACT

It is a fact that there is no express regulation regarding the TPF in Ecuador and in several countries of the world. This absence has led to various arbitration experts raising issues that may arise when using this method. On the other hand, there is another current that proposes that establishing strict regulation would limit the development of the TPF. However, after analyzing the positions and problems regarding the TPF, this paper proposes that it would be more beneficial and efficient to regulate the TPF in the regulations of each arbitration center, through general recommendations that do not establish too many barriers to the operation of this method. Ecuador has a legal system that is friendly to the TPF, since this method is not contrary to public order, and the parties can act under the principle of autonomy of the will in the absence of an express prohibition.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Edgar David Toscano Andrade.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje, financiamiento, financista, método, intereses.

KEYWORDS

Arbitration, champerty and maintenance, funder, method, interests.

Fecha de lectura: 13 de mayo de 2021.

Fecha de publicación: 13 de mayo de 2021.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO.- 5. DESARROLLO.- 5.1. CONSECUENCIAS QUE HA ACARREADO AUSENCIA DE REGULACIÓN DEL TPF.- 5.1.1. PROBLEMAS DOCTRINARIOS.- 5.1.2. PROBLEMAS RECOPIADOS POR EL CONSEJO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE COMERCIAL.- 5.2. EL FINANCIAMIENTO POR TERCEROS EN LA PRÁCTICA.- 5.3. PAÍSES QUE REGULAN EL FINANCIAMIENTO POR TERCEROS.- 5.3.1. REGULACIÓN EN SINGAPUR.- 5.3.2. REGULACIÓN EN HONG KONG.- 5.3.3. REGULACIÓN EN CANADÁ. 5.3.4. EL TPF EN BRASIL.- 5.4. EL TPF EN ECUADOR.- 5.5. UNA ALTERNATIVA A LA REGULACIÓN ESTRICTA DEL TPF.- 6. DISCUSIÓN A LA PROPUESTA.- 6.1. RESULTADOS 7. CONCLUSIONES.- 8. RECOMENDACIONES.-

1. Introducción:

*Third Party Funding*³ o financiamiento por terceros, es un método utilizado en el arbitraje, al cual pueden acudir las partes con el objetivo de que un tercero, ajeno al conflicto, financie todos los costos del proceso arbitral; a cambio de un beneficio económico⁴. Este tercero financista puede ser una compañía que busque invertir, o puede ser el estudio jurídico de abogados que representa a la parte en el arbitraje; no existe una limitación de quien puede ser financista⁵. El financiamiento se maneja bajo un acuerdo entre las partes, un convenio de carácter privado y confidencial, que es completamente ajeno al conflicto objeto del arbitraje. Santiago Theoduloz, comenta respecto a la naturaleza del TPF, lo siguiente:

Así, vamos a estar frente a un TPF cuando; (i) Un tercero ajeno a las partes; (ii) soporte parte o la totalidad de los gastos (costos y honorarios) de un arbitraje, asumiendo en definitiva los riesgos de la actividad arbitral; (iii) con un determinado interés en la disputa que le reportará un beneficio⁶.

Antes, muchos países anglosajones, prohibían el financiamiento en litigios, y a pesar de que hoy en día han levantado esta prohibición, han guardado un silencio en cuanto al financiamiento en el arbitraje⁷. Es importante analizar las consecuencias de la ausencia de regulación del TPF a nivel nacional e internacional; ya que se genera la duda de si podría convertirse en un problema para el arbitraje, o, por el contrario, si este silencio normativo permite una mayor libertad de acción para las partes.

Este artículo académico se centra en el arbitraje comercial en el Ecuador, tanto doméstico como internacional. Se hizo un análisis deductivo, en el que se estudió los principios del arbitraje y cómo los mismos permiten el desarrollo del TPF. También se revisó arbitrajes donde la intervención de un financista ha sido cuestionada. Se consideró legislación comparada con países que han regulado el TPF; para luego aterrizar el análisis en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y definir si Ecuador es un país que lo permite o

³ En adelante TPF, por sus siglas en inglés.

⁴ Ver. Santiago Theoduloz, “Third Party Funding”; su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional”, *Revista de Derecho* N° 20 (2019): 159-187, <https://doi.org/10.22235/rd.vi20.1850>.

⁵ Ver. “¿CÓMO FINANCIAR TU ARBITRAJE? LAS VENTAJAS DEL THIRD PARTY FUNDING”, Bullard Falla Ezcurra, acceso el 27 de enero de 2021, https://www.bullardabogados.pe/boletines/2020/Boletin_especial/day04-06/contenido.html#pregunta1.

⁶ Santiago Theoduloz, “Third Party Funding”; su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional”.

⁷ Ver. “A Brief History of Litigation Finance - The cases of Australia and the United Kingdom”, The Practice, acceso el 27 de enero de 2021, <https://thepractice.law.harvard.edu/article/a-brief-history-of-litigation-finance/>.

lo limita y, finalmente, se presentan recomendaciones para mejorar la práctica del TPF en Ecuador.

2. Estado del arte:

El financiamiento por terceros en el arbitraje es un método que puede llegar a abrir muchas puertas, pues no todos los interesados pueden acceder al mismo debido a sus elevados costos⁸. Lisa Bench ha señalado que el TPF es la solución para aquellas partes que no pueden acceder a un arbitraje por falta de recursos económicos; por lo que el financiamiento lógicamente abre las puertas a aquellos que de otra manera no podrían continuar con un reclamo arbitral, o ayuda a esos clientes con muchos reclamos en curso, mitigando su exposición al riesgo⁹.

En la práctica surgen varios problemas con este método de financiamiento, y el que mayor inseguridad jurídica genera es el posible conflicto de intereses que podría darse entre el financista y los árbitros¹⁰. Por ejemplo, Gary Born ha dicho que, en la práctica arbitral en general, puede existir un conflicto de intereses cuando se habla de la adversidad entre una parte y el árbitro, es decir, cuando los mismo son adversarios en otro proceso arbitral que puede estar relacionado o no al conflicto a tratar¹¹. Situación que podría ocurrir fácilmente en un arbitraje financiado y sería una posible base para encontrar falta de imparcialidad.

Respecto al conflicto de intereses que puede surgir en la práctica arbitral, Emmanuel Gaillard añade que, el árbitro no debe renunciar por cualquier duda que no sea razonable, ya que existen situaciones que surgen por la naturaleza misma del arbitraje y que no necesariamente afectarán a la neutralidad del árbitro¹². Por ejemplo, negocios o relaciones comerciales entre una parte y el árbitro. Gaillard estableció que, “En principio,

⁸ Ver. “Whose Line of Credit is it Anyway? Third Party Funding Issues in Arbitration”, Kluwer Arbitration Blog, acceso el 6 de febrero de 2021, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/17/whose-line-credit-anyway-third-party-funding-issues-arbitration/>.

⁹ Ver. “Third Party Funding – Investment of the Future?”, Kluwer Arbitration Blog, acceso el 6 de febrero de 2021, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/11/01/third-party-funding-investment-of-the-future/>. (traducción no oficial)

¹⁰ Ver. “The ICC’s Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction”, Kluwer Arbitration Blog, acceso el 5 de febrero de 2021, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/>.

¹¹ Ver. Gary Born, “Grounds for Finding Lack of Impartiality”, en *International Arbitration Law and Practices*, (Países Bajos: Wolters Kluwer, 2016). 143. (traducción no oficial).

¹² Emmanuel Gaillard y Diego Fernández “La independencia del árbitro respecto de los abogados de las partes”, en *Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional*, (Bogotá: Universidad del Rosario, 2013).

este tipo de situaciones, que suceden a menudo y de modo natural en la práctica del arbitraje internacional, no pueden, *per se*, dar lugar a dudas razonables sobre la independencia del árbitro”¹³. El TPF puede enmarcarse en dichas circunstancias que pueden surgir, con una creciente frecuencia, en el arbitraje.

Han pasado varios años desde que se empezó a aplicar este método de financiamiento en el arbitraje internacional, pero pocos países lo han regulado dentro de sus ordenamientos internos¹⁴. Actualmente, existe una corriente que ha identificado la necesidad de que se regule y hable más a fondo de este método.

Por ejemplo, Kiera S. Gans y Harout J. Samra han señalado que, si bien la actitud de esperar y ver, pudo haber tenido sentido hace unos años, cuando evitar reaccionar exageradamente al fenómeno del TPF era totalmente comprensible; pero el rápido y persistente aumento de TPF en la comunidad de arbitraje sugiere que ha llegado el momento de actuar al respecto¹⁵.

3. Marco teórico:

Han surgido distintas posiciones respecto al TPF, mismas que parten del hecho que no existe regulación ni normativa internacional de este tema. Un grupo de autores defienden la postura que no se debe regular a fondo este método, ya que, con los principios básicos y directrices generales del arbitraje internacional, basta para establecer límites a este financiamiento¹⁶.

Además, sostienen que una mayor regulación en el tema limitaría la autonomía de la voluntad de las partes y la flexibilidad dentro del arbitraje¹⁷, postura que apoya el enfoque de este trabajo. Al respecto, Marc Krestin y Rebecca Mulder plantearon, que, si

¹³ Emmanuel Gaillard y Diego Fernández “La independencia del árbitro respecto de los abogados de las partes”, 52.

¹⁴ Ver. REPORT OF THE ICCA-QUEEN MARY TASK FORCE ON THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION, Reports No.4, abril 2018.

¹⁵ Ver. “Chevron-Lago Agrio: the risks of third-party funding in multijurisdictional disputes”, DLA PIPER, acceso el 20 de febrero de 2021, <https://www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2014/12/international-arbitration-newsletter-q4-2014/chevron-lago-agrio/>. (traducción no oficial).

¹⁶ Ver. “Third-Party Funding In International Arbitration: To Regulate Or Not To Regulate?”, Kluwer Arbitration Blog, acceso 21 de febrero de 2021, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/12/12/third-party-funding-international-arbitration-regulate-not-regulate/>.

¹⁷ Ver. “Arbitration and Litigation Funding in Singapore and Hong Kong”, Woodsford Litigation Funding, acceso el 22 de febrero de 2021, [https://woodsfordlitigationfunding.com/white-paper-arbitration-litigation-funding-singapore-and-hong-kong2/#:~:text=Since%20Singapore's%20Parliament%20passed%20the,associated%20proceedings%20\(f or%20example%2C%20enforcement.](https://woodsfordlitigationfunding.com/white-paper-arbitration-litigation-funding-singapore-and-hong-kong2/#:~:text=Since%20Singapore's%20Parliament%20passed%20the,associated%20proceedings%20(f or%20example%2C%20enforcement.) (traducción no oficial).

bien la financiación por terceros es un área que requiere mayor regulación, intentar regularlo, al menos a nivel nacional, puede no necesariamente ser el mejor camino a seguir¹⁸.

Por otro lado, una tendencia más formalista señala que debe existir una mayor regulación para garantizar seguridad jurídica. Francisco Blavi comentó sobre este punto que, “es importante apoyar el desarrollo de TPF y aprovechar sus beneficios, al mismo tiempo que se regula lo necesario para evitar incertidumbres y limitar sus peligros”¹⁹.

Otra teoría se inclina por la realidad, más allá del deber ser, y señala que sería muy difícil regular el TPF por la infinidad de situaciones que podrían llegar a surgir en la práctica, por lo que recaerá en los tribunales y sus árbitros el deber de plantear los problemas legales que acarrea este método²⁰. Así como lo señalaron Marc Krestin y Rebecca Mulder,

es prácticamente imposible abordar todos los problemas y preocupaciones con un solo conjunto de reglas claras y vinculantes; Los problemas asociados con la financiación de terceros pueden diferir de un caso a otro, de una jurisdicción a otra y están destinados a cambiar con el tiempo, al igual que la forma en que se practica la financiación de terceros y la forma en que se percibe. No existe una "talla única" y la flexibilidad es clave²¹.

4. Marco normativo:

El arbitraje en el Ecuador se regula a través de la Ley de Arbitraje y Mediación²² y por convenios internacionales ratificados, como la Convención de Nueva York²³. En estos instrumentos no se presenta ninguna restricción ni ninguna clase de regulación respecto del financiamiento por un tercero en el arbitraje.

Por otro lado, tampoco se estaría atentando al orden público del ordenamiento jurídico ecuatoriano, dado que ni en el Código Civil²⁴, ni en el Código Orgánico de la

¹⁸ Ver. “Third-Party Funding In International Arbitration: To Regulate Or Not To Regulate?”, Kluwer Arbitration. (traducción no oficial).

¹⁹ “It’s about time to regulate third party funding”, Kluwer Arbitration Blog, acceso el 19 de febrero de 2021, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/12/17/its-about-time-to-regulate-third-party-funding/>. (traducción no oficial).

²⁰ Ver. Joseph J. Stroble y Laura Welikson, “Third-Party Litigation Funding: A Review of Recent Industry Developments”, *Defense Counsel Journal* Volúmen 87, n.º 1 (2020): 1-18. (traducción no oficial).

²¹ “Third-Party Funding In International Arbitration: To Regulate Or Not To Regulate?”, Kluwer Arbitration Blog,/. (traducción no oficial).

²² Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006.

²³ Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras [Convención de Nueva York], Nueva York, 10 de junio de 1958, ratificada por el Ecuador en 17 de diciembre de 1958. Reserva de Ecuador: Solamente se aplicará en lo referente a material comercial entendida según el derecho ecuatoriano.

²⁴ Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46 del 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. Suplemento 96 de 08 de julio de 2019.

Función Judicial²⁵; existe una prohibición expresa del financiamiento de litigios como en legislaciones de *common law*, en las que prohibían el *champerty* y *maintenance*²⁶.

La LAM señala que las causas de excusa²⁷ y recusación²⁸ del árbitro serán las mismas que las establecidas en el Código Orgánico General de Procesos²⁹ para los jueces, sin embargo, no establece nada respecto del financiamiento por terceros; y como el arbitraje se maneja bajo el principio de autonomía de la voluntad, las partes podrán hacer todo aquello que no está prohibido por la ley³⁰.

Las reglas de *soft law*, si bien no son de obligatorio cumplimiento, son pautas que han sido bien recibidas y aplicadas por la comunidad en el arbitraje internacional. Dentro de esta categoría entran las Directrices IBA sobre Conflicto de Intereses en el Arbitraje Internacional³¹. Estas Directrices establecen un listado de situaciones, no exhaustivas, para determinar la existencia o no de conflictos de intereses.

Nos habla de situaciones que surgen como consecuencia del principio de que nadie puede ser juez y parte a la vez, porque generaría un claro conflicto de intereses³²; incluye situaciones que deben considerarse renunciables, sólo en caso de que las partes, conociendo el conflicto de intereses, explícitamente manifiesten su voluntad de que el árbitro continúe³³; situaciones en las que el árbitro está obligado a revelar información para poder continuar dentro del proceso³⁴; y, situaciones que no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses³⁵. Ninguna de estas atiende el tema del TPF de manera directa.

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional³⁶ de enero de 2021³⁷, es un instrumento vinculante solamente para arbitrajes administrados bajo esta entidad. Es uno de los primeros reglamentos que contiene regulaciones sobre

²⁵ Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ], R.O. 544 de 9 de marzo de 2009.

²⁶ Ver. Joseph J. Stoble y Laura Welikson, "Third-Party Litigation Funding: A Review of Recent Industry Developments".

²⁷ Artículo 19. LAM.

²⁸ Artículo 21. LAM

²⁹ Artículo 22. Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O. Suplemento 506 del 22 de mayo de 2015, reformado por última vez el 23 de febrero de 2021.

³⁰ Ver. Gustavo Bullard. "¿Qué fue Primero el huevo o la gallina?", *Revista Internacional de Arbitraje* (2013), 55-93.

³¹ Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014 [Directrices IBA], Adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el jueves 23 de octubre de 2014.

³² Ver. Listado Rojo Irrenunciable. Directrices IBA.

³³ Ver. Listado Rojo Renunciable. Directrices IBA.

³⁴ Ver. Listado naranja. Directrices IBA.

³⁵ Ver. Listado verde. Directrices IBA.

³⁶ En adelante CCI, por sus siglas.

³⁷ Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de 1 de junio de 2021.

financiamiento por terceros, y establece la obligación de las partes de revelar la identidad de cualquier tercero ajeno al conflicto que influya en el arbitraje; a continuación los artículos más a detalle:

Artículo 11.7. cada parte debe informar al secretario, al tribunal arbitral y a la contraparte, la existencia e identidad de cualquier tercera parte que ha celebrado un acuerdo para la financiación de reclamaciones o defensas, dado que tiene un interés económico en el resultado del arbitraje.

Artículo 17. 2. El tribunal arbitral podrá, [...] tomar cualquier medida necesaria para evitar un conflicto de intereses [...], incluida la exclusión de nuevos representantes del partido de participar en todo o en parte en el procedimiento arbitral³⁸.

Este Reglamento es relevante para este trabajo, pues estas reglas podrían utilizarse en cualquier arbitraje internacional o incluso local, si las partes desearían adoptar o incorporar la regla citada anteriormente en su procedimiento; o, por otro lado, podría utilizarse como una guía para futuras regulaciones por parte de otros centros de arbitraje.

No existe normativa internacional que regule el financiamiento por terceros, ni tampoco regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. No existe una prohibición expresa que podría alegarse para establecer que el TPF afecta al orden público del Ecuador. Lo que existe es *soft law*, que, al día de hoy, podría guiar a los árbitros, jueces y practicantes de arbitraje en el Ecuador sobre las mejores prácticas respecto al TPF.

5. Desarrollo:

5.1. Consecuencias que ha acarreado la ausencia de regulación del TPF

5.1.1. Problemas doctrinarios

Existen varios autores, árbitros y abogados, dentro del mundo del arbitraje, que han criticado el uso del TPF, planteando problemas que podría acarrear este método de financiamiento³⁹. Críticas que deben ser revisadas para poder establecer si pudiesen ser superables o si son realmente barreras o problemas para el sistema arbitral.

Un evidente problema, es el posible conflicto de intereses, ya que no podemos negar que habrá varios arbitrajes en los que exista un claro conflicto de intereses entre el árbitro y el financista, y esto se debe a que el arbitraje internacional tiene un número limitado de árbitros, abogados y partes, que ya se conocen entre sí. El arbitraje es una

³⁸ Artículo 11.7 y 17. 2. Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. (traducción no oficial).

³⁹ Ver. REPORT OF THE ICCA-QUEEN MARY TASK FORCE ON THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION.

industria concentrada, que, a pesar de ser internacional, las partes que recurren a este método de solución de conflictos suelen ser las mismas, por lo que existen ya estrechas relaciones entre ellas. Garino ha dicho al respecto que,

Algunos autores argumentan que estos conflictos de interés podrían ser comunes, considerando que la industria del arbitraje internacional se encuentra altamente concentrada. Apuntan al incremento del uso de TPF; al reducido número de firmas financiadoras; a relación “simbiótica” entre financiadores y un pequeño grupo de firmas de abogados; y los vínculos estrechos entre las firmas de élite y los principales árbitros internacionales⁴⁰.

Ante esta situación se ha propuesto que, “sin dudas revelar la existencia de un TPF es la herramienta que realmente permitirá conocer la existencia de cualquier tipo de conflicto de intereses”⁴¹. Una vez que se conoce del TPF, puede tomarse como referencia las Directrices IBA de Conflictos de Intereses, y determinar si la relación realmente afectaría a la imparcialidad del árbitro⁴².

Cabe notar que, no existe una regla general, dado que las Directrices IBA, contienen una lista no taxativa de relaciones que pueden presentarse en los arbitrajes⁴³, por lo que deberá analizarse cada caso en concreto. Este instrumento de *soft law* establece situaciones ante las cuales el árbitro está obligado a excusarse por la clara presencia de conflicto de intereses, pero también situaciones en las que, una vez revelados los hechos controvertidos, dependerá de las partes el acordar si el árbitro continúa en el proceso o si lo reemplazarán⁴⁴.

Las Directrices IBA son un instrumento muy útil para resolver este problema, ya que una vez que la parte financiada revele el financiamiento, y las partes hayan analizado la relación de este tercero con el árbitro con base a las Directrices IBA; se derivará automáticamente a 2 situaciones: 1) el árbitro será reemplazado, o 2) las partes han descartado cualquier conflicto de intereses y desean continuar con el mismo árbitro; evitando así cualquier problema de imparcialidad dentro del resto del proceso⁴⁵.

⁴⁰ Joaquín Garino Podesta y Sebastián Picardo González. “Acceso a la justicia, prácticas abusivas y el paraíso de los apostadores: Third Party Funding en la práctica arbitral internacional”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* 35, (2019), 39-60.

⁴¹ Santiago Theoduloz, “Third Party Funding”; su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional”, 85.

⁴² Ver. “The ICC’s Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction”, Kluwer Arbitration Blog.

⁴³ Ver. Directrices IBA.

⁴⁴ Ver. *Id.*

⁴⁵ Ver. Santiago Theoduloz, “Third Party Funding”; su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional, 171.

Otra crítica al TPF es que podría existir un abuso del derecho por parte de los demandantes, y así lo estableció Joaquín Garino, quien sostiene que, “el TPF puede incentivar la presentación de demandas especulativas exageradas, o que no hubieran sido presentadas ante la falta de TPF”⁴⁶.

Si bien es cierto que con el apoyo de un financista habrá quienes comiencen arbitrajes que normalmente no lo harían si se tratase de utilizar sus propios fondos, es importante tomar en cuenta que los financistas realizan auditorías y una debida diligencia a los casos, con el fin de asegurar un beneficio, caso contrario no sería visto como una inversión⁴⁷. Es decir, los inversionistas no financiarían cualquier caso que no tenga fundamento suficiente ni posibilidad de éxito.

No existe un límite al financiamiento en un arbitraje, dado que las dos partes en podrían ser financiadas, incluso por el mismo financista⁴⁸, y esto podría generar arbitrajes simulados y otras prácticas abusivas, convirtiendo al arbitraje internacional en un centro de apuestas⁴⁹. Sin embargo, ante este problema, Theoduloz estableció que,

Ahora, ¿existe el riesgo de que una creciente industria de financiamientos de arbitraje genere procesos arbitrales por los beneficios económicos que la actividad conlleva? Entendemos que la única forma de que esto no suceda es regulando a los TPF, pero de ninguna manera prohibiendo los mismos⁵⁰.

Otro problema, se plantea respecto a las costas, donde una de las partes no solamente solicita que la parte perdedora cubra sus propios costos, sino también los de la parte que ha prevalecido en el arbitraje. La problemática se refleja en lo comentado por Carlos Ríos: “La lógica detrás de ello suele ser simple: si no hay dinero para cubrir los propios gastos, mucho menos habrá para reembolsar aquellos en los que ha incurrido la contraparte”⁵¹. Sin embargo, la presencia del tercero financista cambia esta situación, dado que es alguien que tiene suficientes recursos para cubrir los costos del arbitraje⁵².

⁴⁶ Joaquín Garino Podesta y Sebastián Picardo González. “Acceso a la justicia, prácticas abusivas y el paraíso de los apostadores: Third Party Funding en la práctica arbitral internacional”, 46.

⁴⁷ Ver. “¿CÓMO FINANCIAR TU ARBITRAJE? LAS VENTAJAS DEL THIRD PARTY FUNDING”, Bullard Falla Ezcurra.

⁴⁸ Ver. *Id.*

⁴⁹ Ver. Joaquín Garino Podesta y Sebastián Picardo González. “Acceso a la justicia, prácticas abusivas y el paraíso de los apostadores: Third Party Funding en la práctica arbitral internacional”.

⁵⁰ Santiago Theoduloz, “Third Party Funding”; su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional”, 174.

⁵¹ Ver. Carlos Ríos Pizarro, ¿Tres son multitud? Algunas notas sobre el Third Party Funding y su aplicación en arbitrajes comerciales, *Ius Et Veritas* N° 54 (2017), 236-243, <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201702.012>.

⁵² Ver. *Id.*

Otro problema relacionado que surge es, hasta qué punto puede el tribunal obligar o actuar sobre el financista, de qué manera el árbitro tiene potestad sobre el financista, si el mismo es un tercero ajeno al conflicto, a quien no se le aplicarían las reglas o leyes del arbitraje⁵³. Al respecto Garino ha planteado lo siguiente:

el TPF puede exponer a la parte demandada a lo que la doctrina llama “hit-and-run” arbitral. Se conoce como arbitrajes “hit-and-run” a aquellos en los cuales la parte demandante insolvente- valiéndose de TPF- no tiene éxito en la disputa, pero ni la demandante ni el tercero financiador se hacen cargo de una condena adversa en costos el “hit-and-run” requiere que el tercero no haya asumido la responsabilidad por estos costos en el acuerdo de financiamiento respectivo⁵⁴.

Una vez analizados los problemas propuestos por aquellos críticos del TPF, se vio que los mismos pueden resolverse a través de otros métodos que no implican necesariamente una regulación estricta. La naturaleza misma del TPF ayuda a evitar ciertos problemas, por ejemplo, evitar el abuso del derecho a través auditorias que analicen el caso antes del financiamiento; o, los principios y costumbres de la comunidad de arbitraje, que proponen solventar el conflicto de intereses a través de las Directrices IBA. Se puede notar que pesar de no existir regulación expresa y directa sobre el TPF, los problemas planteados pueden ser superables sin la necesidad de una normativa estricta.

5.1.2. Problemas recopilados por el Consejo Internacional de Arbitraje Comercial⁵⁵

El Consejo Internacional de Arbitraje Comercial es una organización dedicada a promover el uso y mejorar de los procesos de arbitraje, y la Universidad Queen Mary de Londres es una de las principales universidades centradas en la investigación del Derecho durante más de 130 años. El *Task Force*, formado por estas dos instituciones, estaba compuesto por una amplia gama de profesionales y líderes expertos: árbitros, abogados, firmas, empresas, instituciones arbitrales, académicos y una variedad de terceros financiadores. Su objetivo era realizar un informe en el que se plantee todo lo relevante que respecta al TPF, desde su experiencia⁵⁶.

El Grupo de Trabajo del ICCA-Queen Mary sobre el Financiamiento por Terceros en el Arbitraje Internacional⁵⁷ planteó una serie de problemas con el TPF, entre los que

⁵³ Ver. REPORT OF THE ICCA-QUEEN MARY TASK FORCE ON THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION,

⁵⁴ Joaquín Garino Podesta y Sebastián Picardo González. “Acceso a la justicia, prácticas abusivas y el paraíso de los apostadores: Third Party Funding en la práctica arbitral internacional”, 46.

⁵⁵ En adelante ICCA por sus siglas en inglés, INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION.

⁵⁶ Ver. REPORT OF THE ICCA-QUEEN MARY TASK FORCE ON THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION.

⁵⁷ En adelante ICCA-QM, por sus siglas en inglés, INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION-QUEEN MARY.

señaló que será cuestión de tiempo que surjan casos en los que se dé un conflicto de intereses debido a la concentración que existe en este mercado. Al respecto han dicho que:

Otros factores incluyen el creciente número de casos que involucran financiamiento de terceros, el segmento altamente concentrado de la industria del financiamiento que invierte en casos de arbitraje internacional, la relación simbiótica entre los financiadores y un pequeño grupo de firmas de abogados⁵⁸.

Debido al reducido número de firmas de abogados y de financistas que trabajan en este mercado actualmente, tarde o temprano llegará a generarse algún tipo de relación entre las partes y los árbitros, o las partes y los financistas, o los financistas y los árbitros⁵⁹; tomando en cuenta el factor de que no existe una restricción o límite a quién puede ser un financista⁶⁰.

Otro problema que surgió es el alcance que tendría la confidencialidad que caracteriza a los arbitrajes, y si esta cubrirá también al tercero financista, es decir, qué pasa con la información que el tercero financista aporte a su financiado, o qué pasa si el financista quiere saber el estado del caso y existe un claro acuerdo de confidencialidad en el que solo las partes podrán conocer sobre este⁶¹. Mayor sería el problema en el que las partes acuerden que el laudo arbitral será confidencial solamente para ellos y árbitro, ¿cómo podrá el tercero financista conocer sobre si le beneficia o no el laudo? Con base a esta investigación, el Grupo de Trabajo concluyó que,

En la mayoría de las jurisdicciones, no hay una respuesta clara sobre si los documentos y la información proporcionados a un financiador serán definitivamente protegidos, [...] no hay precedentes o reglas bien establecidos [...] con el punto⁶².

Al respecto, el Grupo de Trabajo de la ICCA-MQ, señaló que no se tiene claro todavía sobre si la confidencialidad alcanza a proteger también la información del tercero, como en los documentos que él aporte al caso, “existe una categoría separada (documentos legales creados internamente por el financiador), y es poco probable que

⁵⁸ Ver. REPORT OF THE ICCA-QUEEN MARY TASK FORCE ON THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION, 82. (traducción no oficial).

⁵⁹ Ver. *Id.*

⁶⁰ Ver. “¿CÓMO FINANCIAR TU ARBITRAJE? LAS VENTAJAS DEL THIRD PARTY FUNDING”, Bullard Falla Ezcurra.

⁶¹ Ver. Ryan Smith, “Tempering the Gambler’s Nirvana: A Review into to the issues and regulation of Third Party Funding in Investment Treaty Arbitration”. Tesis de maestría. Uppsala University, 2018. <http://www.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A1212686&dswid=7455>.

⁶² REPORT OF THE ICCA-QUEEN MARY TASK FORCE ON THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION, 124. (traducción no oficial).

estos documentos se usen en el arbitraje ya que el financiador no es parte del procedimiento”⁶³. Se ha llegado a cuestionar que, dado que el tercero no es en sí una parte del arbitraje, si los principios y reglas de este no deberían obligarlo, así como tampoco protegerlo⁶⁴.

El Grupo de Trabajo, también se pronunció respecto de las costas que podría solicitar una parte en el arbitraje. En caso de que el tribunal condene a la parte que está siendo financiada, surgió la siguiente duda, ¿podrá el tribunal obligar al financista a pagar estas costas a pesar de que el tercero no es una parte en el arbitraje? El Grupo de Trabajo no tiene claro una respuesta al respecto, pero se señaló que,

En el arbitraje comercial, en este momento no existe una tendencia uniforme para las aplicaciones de costos. Por lo tanto, los tribunales internacionales tendrán que decidir la garantía de las solicitudes de costos con base a las normas pertinentes de la legislación nacional aplicable⁶⁵.

El Grupo de Trabajo de la ICCA-QM, es una entidad compuesta por los mayores expertos en TPF alrededor del mundo, pero incluso ellos se han limitado a enlistar una serie de problemas respecto del TPF, mas no a proponer una solución o una forma de regulación. Han establecido que no existen precedentes suficientes, ni factores objetivos sustentables que sirvan para proponer una regulación al TPF. Sin embargo, son problemas reales, que aquellos países que promuevan la práctica de arbitrajes financiados, deben tomar en cuenta e intentar evitarlos.

5.2. El financiamiento por terceros en la práctica

Debido al carácter reservado de algunos arbitrajes financiados, no se tiene mucha información pública al respecto de lo que ha sucedido en estos procesos, principalmente, porque aparte de la confidencialidad del arbitraje, existe confidencialidad en el acuerdo de financiación entre la parte y el tercero⁶⁶. Es importante señalar que la revisión de los siguientes casos se enfocó en las primeras etapas del arbitraje, no se analizó laudos que establezcan parámetros vinculantes respecto del TPF.

Se revisó el caso entre Guaracachi America Inc., empresa inversionista de Estados Unidos, y Rurlec PLC, empresa inversionista del Reunido Unido; ambas como partes demandantes y partes financiadas; contra el Estado de Bolivia, como demandado. Un arbitraje de inversiones que se desarrolló bajo Reglas UNCITRAL, el cual surgió a raíz

⁶³ Ver. REPORT OF THE ICCA-QUEEN MARY TASK FORCE ON THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION, 119. (traducción no oficial).

⁶⁴ Ver. “It’s about time to regulate third party funding”, Kluwer Arbitration Blog,

⁶⁵ REPORT OF THE ICCA-QUEEN MARY TASK FORCE ON THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION, 165. (traducción no oficial).

⁶⁶ Ver. “The ICC’s Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction”, Kluwer Arbitration Blog.

de un tratado de inversiones entre Estados Unidos y Bolivia, y otro entre el Reino Unido y Bolivia⁶⁷.

Dentro del arbitraje se conocía que los demandantes estaban siendo financiados, pero no se conocía quién era el financista. Una vez que terminó el litigio el financista reveló su identidad y el Estado boliviano declaró conocerlo, ya que la participación de este había generado conflictos procesales entre inversionistas y Estados anteriormente. De haber sabido la identidad del tercero antes, el Estado boliviano señaló que hubiese presentado un reclamo al respecto⁶⁸.

Otro caso revisado fue el de Oxus Gold plc, parte demandante; y, República de Uzbekistan, como parte demandada, proceso que se desarrolló bajo las reglas UNCITRAL. El tribunal notó claramente que el demandante estaba siendo financiado por un tercero y sentó razón en dos providencias del proceso para conocimiento de la parte demandada⁶⁹.

El tribunal dijo que el financiamiento variará en cada caso y dependerá de cada tribunal cómo se maneje el arbitraje, dado que no existen precedentes sustantivos obligatorios con respecto al financiamiento por terceros. El tribunal estableció en el laudo que en este caso la financiación por parte del tercero no afectó en la esencia del proceso arbitral en ningún aspecto⁷⁰.

En Canadá, la Corte Suprema estableció una decisión unánime en el caso entre, 9354-9186 Québec inc. y 9354-9178 Québec inc., como demandantes; y, Callidus Capital Corporation, como demandado y como parte financiada. Se trataba de un juicio en el que los demandados eran deudores; y un tema relevante a tratar durante todo el caso fue si la Corte Suprema podía o no permitir que los demandados tengan financiamiento en el litigio⁷¹.

Se estableció que el TPF no era ilegal, pero que la legalidad de los acuerdos de financiación seguía siendo un tema en evolución. A raíz de esta decisión los arbitrajes

⁶⁷ Ver. Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, PCA Caso No. 2011-17.

⁶⁸ Ver. PRIOR IAREPORTER COVERAGE OF GUARACACHI AND RURELEC V. BOLIVIA, Reporte de fecha 3 de junio de 2014, se puede revisar los reportes de este caso de la IA en <https://www.iareporter.com/arbitration-cases/guaracachi-and-rurelec-v-bolivia/>.

⁶⁹ Ver. Oxus Gold plc v Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, Laudo final, 17 diciembre de 2015, párr. 127.

⁷⁰ Ver. PRIOR IAREPORTER COVERAGE OF OXUS GOLD V. UZBEKISTAN, se puede revisar los reportes de este caso de la IA en <https://www.iareporter.com/arbitration-cases/oxus-gold-v-uzbekistan/>.

⁷¹ Ver. 9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp., 2020 SCC 10 (CanLII), <<https://canlii.ca/t/j7c04>>, retrieved on 2021-04-04.

internacionales con sede en Canadá están considerando el TPF. La posición de la Corte Suprema brinda más acceso a la justicia, y ahora la jurisdicción canadiense ofrece mayor seguridad a las partes, ya que el financiamiento no se considerará contrario al orden público en Canadá⁷².

Otro caso de Canadá, es el caso de *Houle v. St Jude Medical Inc*⁷³, en el que la Corte Superior de Ontario estableció que el aprobar o denegar la financiación, dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, pero que con base a la ley aplicable, el tribunal deberá satisfacer por lo menos estos 4 criterios para aprobar la financiación: (1) el acuerdo necesariamente deberá ser solo para permitir el acceso a la justicia, (2) el acceso a la justicia debe ser sustancialmente significativo, (3) el acuerdo debe ser justo y razonable, debe proteger los verdaderos intereses de la parte; y, (4) el financista no debe ser compensado en exceso, solo por haber asumido los riesgos⁷⁴.

Un caso cercano a la jurisdicción ecuatoriana es el controversial caso de *Chevron, -Lago Agrio*, en la que el Estado ecuatoriano es la parte accionante, y Chevron, es la parte demandada y la parte financiada⁷⁵. La decisión de la Corte del Distrito Sur de Nueva York resaltó que existieron ciertas complicaciones envueltas a la financiación por terceros en las disputas multi jurisdiccionales, sin embargo, no se tiene conocimiento de qué clase de complicaciones, dado que la Corte ha guardado confidencialidad al respecto.⁷⁶

En este caso la parte financiada, Chevron, había tomado la decisión de no revelar información significativa del acuerdo de financiación dado que era confidencial, solamente reveló que estaba siendo financiada pero no la identidad del financista; la Corte de NY tuvo problemas con esta no revelación ya que incluso hubo problemas al momento de pagar las tarifas del arbitraje⁷⁷. Problemas de los que no se conoce a fondo por su confidencialidad.

No se ha encontrado un patrón que se repita en los casos revisados en este trabajo, dado que en algunos casos el financiado fue la parte actora y en otros fue la parte demandada. En los casos analizados no se repitió algún problema, por ejemplo, en el caso de Bolivia se vio que el problema no era por el financiamiento en sí, sino por quién era el

⁷² Ver. Hugh Meighen, "The Third Party Litigation Funding Law Review: Canada", *The Law Review* (2021).

⁷³ Ver. *Houle v St. Jude Medical Inc*. Corte Superior de Ontario.

⁷⁴ Ver. Hugh Meighen, "The Third Party Litigation Funding Law Review: Canada".

⁷⁵ Ver. *Chevron - Lago Agrio*, Corte del Distrito Sur de Nueva York, 2014.

⁷⁶ Ver. "Chevron-Lago Agrio: the risks of third-party funding in multijurisdictional disputes", DLA PIPER.

⁷⁷ Ver. *Id.*

financista. Por otro lado, en el caso de Ecuador, se vio que el problema era la falta de revelación del financiamiento, y la confidencialidad que guardó la parte financiada al respecto.

Sin embargo, también se vio casos financiados sin inconvenientes, por ejemplo, los casos de Canadá no presentaron problema alguno, incluso uno de ellos sirvió como precedente vinculante para levantar la prohibición del financiamiento en Canadá, estableciendo que no sería contrario al orden público⁷⁸. Tampoco se encontró suficientes casos como para establecer conclusiones respecto de un problema que se repita siempre en arbitrajes financiados, solamente se realizó una breve revisión de casos a los cuales se tuvo acceso, para ver cómo se practica el TPF en casos reales y qué pronunciamientos ha habido sobre este método por parte de los árbitros en los mismos.

5.3. Países que regulan el financiamiento por terceros.

Es relevante para el análisis del presente trabajo revisar las legislaciones de aquellos países que han comenzado a regular el TPF, para analizar de qué manera lo han hecho, si desde una tendencia formalista de establecer varios límites o incluso prohibiciones a este método de financiamiento, o si, por el contrario, se han enfocado en establecer directrices generales para un mejor funcionamiento del mismo. Esta revisión también servirá como guía para plantear soluciones a los problemas anteriormente señalados.

5.3.1. Regulación en Singapur

Singapur ha sido uno de los países pioneros en regular el financiamiento por terceros dentro de su ordenamiento jurídico⁷⁹, específicamente a través de la enmienda añadida a su Código Civil en 2016, en la que levanta la prohibición al *champerty* y al *maintenance*⁸⁰, figuras de financiamiento clásicas del *common law*⁸¹. Esta enmienda define el financiamiento, a quienes se los cataloga como financiadores y financiados, y dentro de qué método de solución de disputas será permitido el financiamiento por un tercero sin que sea contrario al orden público. Las definiciones textuales que tipifica esta norma son:

⁷⁸ Ver. Hugh Meighen, “The Third Party Litigation Funding Law Review: Canada”.

⁷⁹ Ver. Joseph J. Stroble y Laura Welikson, “Third-Party Litigation Funding: A Review of Recent Industry Developments”.

⁸⁰ Ver. Sección 5A (1). Civil Law (Amendment) Bill, Bill No. 38/2016, de noviembre de 2016.

⁸¹ Ver. “Maintenance and champerty: An end to historic rules preventing third-party funding?”, Nortor Rose Fulbright, acceso el 3 de abril de 2021, <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/bf0fd6fe/maintenance-and-champerty>.

“Financiador externo” significa una persona que se ocupa de financiar la totalidad o parte de los costos de los procedimientos de resolución de disputas en los que la persona no es parte;

“Parte financiada” significa una parte en un procedimiento de resolución de disputas que celebra un acuerdo con un Tercero Financiado para el financiamiento de la totalidad o parte de los costos del procedimiento e incluye un liquidador o administrador judicial;

"Contrato de financiación de terceros" significa un contrato o acuerdo de una parte o parte potencial para un procedimiento de resolución de disputas con un tercero financiado para el financiamiento de la totalidad o parte de los costos del procedimiento a cambio de una participación u otro interés en el producto o producto potencial de los procedimientos a los que la parte o parte potencial pueda tener derecho

“Procedimiento de resolución de disputas” significa el proceso completo de resolver o intentar resolver una disputa entre 2 o más partes e incluye cualquier procedimiento civil, de mediación, conciliación, arbitraje o de insolvencia⁸².

La enmienda al Código Civil de Singapur es una regulación estricta que pone límites y normas de funcionamiento del TPF, y señala que, ante el incumplimiento de estas directrices, el financiamiento se considerará contrario al orden público. Sin embargo, sigue siendo muy general y deja en manos de los legisladores o ministros el generar los respectivos reglamentos para que esta enmienda tenga efecto. Específicamente en su artículo establece que:

8) El Ministro puede hacer que los reglamentos necesarios o convenientes sean prescritos para llevar a cabo o dar efecto a esta sección, incluyendo:

(a) prescribir las calificaciones y otros requisitos que un Tercero Financiado debe satisfacer o cumplir para ser un Tercero Financiado calificado⁸³.

Los principales objetivos de esta enmienda fueron: 1) establecer requisitos para que un financista y financiado se puedan catalogar como tal, y aclara que, si no se cumplen los mismos, el tercero no tendrá los derechos del acuerdo de financiación. No tipifica los requisitos necesarios, sino que 2) señala que los legisladores deberán hacer las enmiendas necesarias para establecer los requisitos para el financiamiento por terceros⁸⁴.

5.3.2. Regulación en Hong Kong

Hong Kong es otro de los primeros países en regular el financiamiento por terceros en su ordenamiento jurídico a través de la Ley de Arbitraje y Mediación (Financiamiento por Terceros) (Enmienda) Ordenanza, 2017. Esta ley está compuesta por definiciones, requisitos, directrices, y también levanta la prohibición de *maintenance* y *champerty*⁸⁵.

⁸² (10). Civil Law (Amendment) Bill, Bill No. 38/2016. (traducción no oficial).

⁸³ *Ver. Id.* (8). (traducción no oficial).

⁸⁴ *Ver.* Civil Law (Amendment) Bill, Bill No. 38/2016. Explanatory Statement. (traducción no oficial).

⁸⁵ *Ver.* Division 3. 98 L. Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance No. 6 de 2017.

En su sección introductoria, esta ley establece que servirá, “para garantizar que la financiación de terceros en el arbitraje o en mediación no esté prohibido por las doctrinas del *common law* de *manutención* y *champerty*; y proveer las medidas y salvaguardias necesarias”⁸⁶.

La Ley define el TPF y cada uno de sus elementos, también establece requisitos necesarios para que el acuerdo de financiamiento entre las partes sea válido⁸⁷. En su capítulo 5, señala el tipo de comunicación que debe existir dentro de un arbitraje financiado, y la obligación de revelar: 1) que la parte está siendo financiada, 2) el nombre del financiador, y 3) cuándo termina la financiación. También indica que esta información debe revelarse a todas las partes del proceso, tanto árbitros como contraparte. El artículo en su idioma original con el fin de mantener la esencia del mismo, señala lo siguiente:

98U. Disclosure about third party funding of arbitration

- (1) If a funding agreement is mad, the funded party must give written notice of
 - (a) the fact that a funding agreement has been made; and
 - (b) the name of the third party funder.
- (3) The notice must be given to
 - (a) each other party to the arbitration; and
 - (b) the arbitration body⁸⁸.

Esta regulación se ha limitado a establecer recomendaciones generales, y no entran a enlistar taxativamente limitaciones o problemas. Esto podría ser beneficioso para el TPF, porque la regulación brinda libertad de acción a las partes, pero a la vez establece parámetros a nivel nacional, para que todos los arbitrajes mantengan una misma línea. Al respecto Woodsford, una de las empresas más grandes de financiamiento en litigación y arbitraje, han señalado que:

Los cambios recientes en Hong Kong y Singapur han demostrado un compromiso con el principio de autonomía de las partes y "acceso a la justicia" en el arbitraje y han elevado el perfil del sistema judicial en ambas jurisdicciones⁸⁹.

5.3.3. Regulación en Canadá:

Canadá es un país con una legislación de *common law* que prohibía el *maintenance* y *champerty*. Sin embargo, como ya se mencionó anteriormente, la Corte Suprema levantó esta prohibición, y sentó razón de que el financiamiento en litigios y

⁸⁶ Ver. Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) (traducción no oficial)

⁸⁷ Ver. *Id.* Division 2. Interpretation.

⁸⁸ *Id.* 98U.

⁸⁹ “Arbitration and Litigation Funding in Singapore and Hong Kong”, Woodsford Litigation Funding. (traducción no oficial).

arbitraje no sería contrario al orden público canadiense⁹⁰. Aparte, Canadá ha suscrito un instrumento internacional con la Unión Europea, el Acuerdo Económico y Comercial Global⁹¹, un acuerdo integral de economía y comercio, entre Canadá y la Unión Europea en el cual tratan el financiamiento por terceros.

El CETA comienza su capítulo 8, correspondiente a Inversión, definiendo conceptos que serán objetos de las relaciones comerciales del tratado, y define al TPF. Luego señala que la parte financiada debe revelar a la contraparte y al tribunal, la identificación del financista. Indica que la etapa para revelar el financiamiento debe ser al presentar la demanda, y que la terminación se notificará el instante en el que concluya el acuerdo. De manera textual el artículo establece lo siguiente:

Artículo 8.26 - Financiamiento de terceros

1. Cuando exista financiamiento de un tercero, la parte contendiente que se beneficie del mismo revelará a la otra parte y al Tribunal el nombre y la identificación del tercero financiador.

2. La divulgación se hará al momento de la presentación de la demanda. Si el acuerdo de financiamiento concluye, o si el financiamiento se realiza después de la presentación de la demanda, la divulgación se hará tan pronto como se concluya el acuerdo o tan pronto se haga la donación⁹².

El CETA enfoca solamente un capítulo al TPF, por lo que todavía es un instrumento legal muy general, sin embargo, vemos que se limita a establecer recomendaciones y definiciones para que las partes tengan claro los conceptos dentro de un arbitraje financiado, no es una ley que establezca límites o prohibiciones; solamente establece directrices para un mejor funcionamiento del arbitraje.

Tras analizar estas tres legislaciones internacionales, se notó que la manera en la que han regulado el TPF no ha sido muy estricta, se han limitado a establecer recomendaciones y definiciones. Un patrón que se repite es la obligación de revelación del financiamiento y del financista; estas normas quieren evitar a existencia de cualquier conflicto de intereses en los arbitrajes financiados de sus países, para evitar que existan problemas con la figura del TPF.

5.5.1. El TPF en Brasil.

⁹⁰ Ver. *Houle v St. Jude Medical Inc.* Corte Superior de Ontario.

⁹¹ En adelante CETA por sus siglas en inglés, Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement.

⁹² Artículo 8.26. **Chapter eight: Investment.** COMPREHENSIVE ECONOMIC AND TRADE AGREEMENT (CETA) BETWEEN CANADA, OF THE ONE PART, AND THE EUROPEAN UNION AND ITS MEMBER STATES, de septiembre de 2017. (traducción no oficial).

Brasil es uno de los países latinoamericanos en los que está creciendo la práctica del TPF, y a pesar de no tener una regulación al respecto en su ordenamiento jurídico, Brasil es un claro ejemplo de que funciona regular el TPF, a través de reglamentos de instituciones arbitrales. El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil - Canadá⁹³, es el único centro de arbitraje que ha regulado el TPF en Brasil, pero gracias a este centro la práctica de este método está creciendo en este país⁹⁴.

La Resolución 18/2016 de la CAM-CCBC, establece solamente recomendaciones con el objetivo de informar y orientar a las partes en los arbitrajes financiados. Es una resolución corta, de 5 artículos. Esta normativa comienza definiendo al TPF y definiendo los costos del procedimiento arbitral: costos administrativos, honorarios de abogados, árbitros y expertos o peritos; pero aclara que no se limita solamente a estos⁹⁵. De esta manera define el objeto de financiamiento, lo que el tercero aportará al arbitraje.

En sus siguientes artículos reconoce que el financiamiento por terceros podría acarrear problemas de conflictos de intereses que afecten la imparcialidad del árbitro, y recomienda que se informe a las partes lo antes posible del financiamiento y de la identificación completa del tercero que financiará sus costos. Una vez con la información revelada, las partes deberán verificar si existe o no un verdadero conflicto que pueda generar imparcialidad en el arbitraje. El tenor literal de la norma establece lo siguiente:

Artículo 4 – Con el fin de evitar posibles conflictos de interés, el CAM-CCBC recomienda a las partes que informen sobre la existencia de financiación de tercero en la primera oportunidad posible. En esta información, se debe incluir la identificación completa de la fuente de financiación.
Artículo 5 – Ante la información, el CAM-CCBC invitará a los árbitros a proceder a la verificación de conflicto y revelar cualquier hecho que pueda generar duda justificada sobre su independencia e imparcialidad. La información acerca de la financiación de terceros también será proporcionada a la otra parte⁹⁶.

Esta regulación del TPF por parte del CAM-CCBC es bastante similar a la regulación de los países revisados anteriormente. Se limita a establecer definiciones y recomendaciones, pero lo esencial de la regulación, es que obliga la revelación del financiamiento y del financista, con el fin de evitar conflictos de intereses. No es una

⁹³ En adelante CAM-CCBC, por sus siglas.

⁹⁴ Ver. Rodrigo M Carneiro de Oliveira, Eider Avelino Silva and Rafael Curi Savastano, “The Third Party Litigation Funding Law Review: Brazil”, *The Law Review* (2021).

⁹⁵ Ver. Artículos 1 y 2. Resoluciones Administrativas RA 18/2016 Recomendaciones relativas a la existencia de financiación de tercero en arbitrajes administrados por el CAM-CCBC, aprobado el 01 de septiembre de 2011, con enmiendas de 28 de abril de 2016.

⁹⁶ *Id.* Artículos 4 y 5.

resolución que establezca normas estrictas, sino señala recomendaciones para un mejor funcionamiento de arbitrajes financiados que sean administrados en su centro.

5.4. El TPF en Ecuador.

Tras haber revisado la LAM, el Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil y el Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Industrias y Producción, se observó que el TPF no ha sido regulado por ninguna de estos cuerpos normativos de arbitraje en Ecuador.

Por otro lado, se revisó también el Código Civil debido a que es la normativa que regula las relaciones entre privados, y a pesar de que no regula nada del TPF, admite una figura semejante; la cesión de derechos litigiosos. El Código Civil ecuatoriano establece,

Art. 1852.- Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del cual no se hace responsable el cedente. Se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se cita judicialmente la demanda⁹⁷.

A pesar de que la cesión de derechos litigiosos no es lo mismo que el financiamiento por terceros en el arbitraje, es una figura similar que según lo establece Elina Mereminskaya, “Siguiendo la máxima jurídica *qui potest plus, potest minus*, la figura del *TPFunding* parece tener cabida plena”⁹⁸. El principio jurídico *qui potest plus, potest minus*, lo explicó Jáñez diciendo que, “Consiste, entonces, en tener por ordenado o permitido de manera implícita, que se haga algo menor -de rango inferior- de lo que está ordenado o permitido expresamente por la ley. Quien puede lo más, puede lo menos”⁹⁹.

El Código Civil nos habla de venta o cesión de derechos, mientras que el TPF es un financiamiento; un préstamo para que la parte financiada acceda a la justicia, pero sin la necesidad de renunciar a sus derechos litigiosos por completo¹⁰⁰; por lo que podría entenderse que, el TPF es algo menor o de rango inferior a la cesión de derechos litigiosos.

⁹⁷ Art. 1852, Código Civil.

⁹⁸ Elina Mereminskaya. “Financiamiento de litigios a través de terceros y su aterrizaje en Chile”, Informativo CAM N°14. Biblioteca Digital del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS), 2017.

⁹⁹ Tarisicio Jáñez Barrio, *Lógica Jurídica*, (Caracas: Editorial Universidad Católica Andrés Bello, 1999), 468.

¹⁰⁰ Ver. “Arbitration and Litigation Funding in Singapore and Hong Kong”, Woodsford Litigation Funding.

Por otro lado, también se debe tomar en cuenta el principio de autonomía de la voluntad, por el cual las partes pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley¹⁰¹.

Después de tomar en cuenta que: 1) los cuerpos normativos del Ecuador no regulan ni prohíben el TPF, 2) el Código Civil permite una figura similar y de mayor rango, y, 3) con base a los principios *qui potest plus, potest minus* y autonomía de la voluntad; se podría deducir que el TPF no es contrario al orden público ecuatoriano.

5.5. Una alternativa a la regulación estricta del TPF.

El TPF es un método de financiamiento que ha sido criticado en la actualidad por su ausencia de regulación y los problemas que esta acarrea¹⁰². Sin embargo, existen posiciones contrarias, de que esta ausencia de regulación no necesariamente es perjudicial para el arbitraje y sus partes, sino que, la libertad para actuar les ha permitido a las partes innovar con métodos como este y, a su vez, que se vean atraídos a implementarlo en sus arbitrajes¹⁰³.

Si bien se evidenció que existen problemas como consecuencia del TPF no regulado, también se ha evidenciado que son tantos los posibles escenarios que podrían llegar a ocurrir, que sería en extremo complicado poder tipificar todo de una forma estricta y concisa; sería difícil encasillar todo dentro de un ordenamiento jurídico¹⁰⁴.

Este trabajo propone que los encargados de establecer reglas para estos arbitrajes financiados sean las instituciones en las que se administran los mismos. Así lo establecieron Marc Krestin y Rebecca Mulder, “Las reglas de las instituciones tienen una aplicabilidad más amplia que las leyes nacionales y están diseñadas más específicamente para el proceso arbitral. Las directrices internacionales generalmente no son vinculantes y ofrecen una mayor flexibilidad”¹⁰⁵.

La propuesta no es una regulación estricta dentro del ordenamiento jurídico interno, sino guías básicas o principios generales, impuestos por los centros de arbitraje

¹⁰¹ Ver. Gustavo Bullard. “¿Qué fue Primero el huevo o la gallina?”.

¹⁰² Ver. REPORT OF THE ICCA-QUEEN MARY TASK FORCE ON THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION.

¹⁰³ Ver. “The Impact of the COVID-19 Pandemic on Third Party Funding and Security for Costs in International Commercial Arbitration”, Kluwer Arbitration Blog, acceso 3 de abril de 2021, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/30/the-impact-of-the-covid-19-pandemic-on-third-party-funding-and-security-for-costs-in-international-commercial-arbitration/>.

¹⁰⁴ Ver. Third-Party Funding In International Arbitration: To Regulate Or Not To Regulate?”, Kluwer Arbitration Blog.

¹⁰⁵ Ver. *Id.* (traducción no oficial).

nacionales o internacionales, que sirvan para solucionar los conflictos que surjan en estos arbitrajes financiados¹⁰⁶.

Establecer principios generales que sirvan como guía o recomendaciones es una propuesta aceptada por doctrinarios, por el Grupo de Trabajo de la ICCA, e incluso por Singapur, Hong Kong y Canadá, países que ya han regulado el TPF. Las recomendaciones serían guías clave que ayuden a las partes a tener mejores resultados en arbitrajes financiados, sin la necesidad de encasillarlos y limitarlos en reglas estrictas que les restrinjan actuar bajo el principio de autonomía de la voluntad, y sin el riesgo de que se regule más de lo necesario. Krestin y Mulder, han sustentado esta postura, señalando que:

Por lo tanto, propondríamos no optar por un sistema altamente fragmentado de leyes nacionales que regulen la financiación de terceros, sino desarrollar más un conjunto de directrices no vinculantes en las que los profesionales puedan confiar cuando se enfrenten a problemas de financiamiento de terceros en el arbitraje internacional¹⁰⁷.

Entre estas recomendaciones es fundamental el fomentar la comunicación entre las partes desde la primera etapa del arbitraje, e incitarlas a revelar el financiamiento y la identificación del financista, tanto a los árbitros como a la contraparte¹⁰⁸. El Grupo de Trabajo de la ICCA estableció que, “Los principios solo deben confirmar la autoridad de los árbitros e instituciones para solicitar la revelación de información, según sea necesario, y permitir que las partes y los financiadores hagan divulgaciones de hechos consideren relevantes para el conocimiento de los árbitros”¹⁰⁹.

Sin embargo, se respeta la posición de que el acuerdo de financiamiento debe ser privado entre la parte financiada y el tercero, por lo que no se debe obligar a revelar más allá de la identificación del financista¹¹⁰. El convenio de financiamiento es completamente ajeno al conflicto objeto de arbitraje, por lo que no tendría ninguna influencia en la litis. Francisco Blavi ha dicho que,

La práctica sugiere que cualquier regulación de la industria de TPF debería centrarse en la divulgación de información relevante en lugar de crear un régimen sustantivo amplio.

¹⁰⁶ Nota: Los arbitrajes ad hoc, podrían tomar estas recomendaciones de los centros en caso de desearlas, ya que los reglamentos son de conocimiento público.

¹⁰⁷ Ver. “Third-Party Funding In International Arbitration: To Regulate Or Not To Regulate?”, Kluwer Arbitration Blog. (traducción no oficial).

¹⁰⁸ Ver. “The ICC’s Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction”, Kluwer Arbitration Blog.

¹⁰⁹ Ver. REPORT OF THE ICCA-QUEEN MARY TASK FORCE ON THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION, 83. (traducción no oficial).

¹¹⁰ Ver. *Id.* 189. (traducción no oficial)

Definitivamente es innecesario exigir la divulgación completa de las condiciones de financiación en todos los arbitrajes internacionales¹¹¹.

Este trabajo sugiere que el financiamiento por terceros podría funcionar en Ecuador sin regulación, y no llegaría a ser contrario al orden público, como se explicó en el capítulo anterior. El autor ecuatoriano, Andrés Larrea ha comentado al respecto que, “La legislación nacional no hace ninguna referencia a esta alternativa. Sin embargo, tampoco existe una norma legal que la prohíba, por lo tanto, una parte bien podría utilizar un *third-party funder* para financiar su próxima disputa judicial o arbitral”¹¹².

6. Discusión a la propuesta

Se ha analizado los problemas y críticas a la ausencia de regulación del financiamiento por terceros, mismos que podrían llegar a presentarse en la práctica, sin embargo, también se evidenció que no en todos los casos ha habido inconvenientes¹¹³. De este modo, la teoría planteada anteriormente busca promover el uso del TPF a la par de generar seguridad a las partes, “es importante apoyar el desarrollo de TPF y aprovechar sus beneficios, al mismo tiempo que se regula lo necesario para evitar incertidumbres y limitar sus peligros”¹¹⁴.

El trabajo propone que no es necesaria una regulación tan estricta dentro del ordenamiento de cada país, ni tampoco se necesita instrumentos internacionales vinculantes para los países que quieran promover este método en los arbitrajes de sus países¹¹⁵. La alternativa es promover recomendaciones generales respecto del funcionamiento de arbitrajes financiados, regulado por los reglamentos de los centros de arbitraje del Ecuador, y con esta regulación superar los problemas planteados previamente en este trabajo.

Entre los problemas a superar está el conflicto de intereses, en el cual enumerar la variedad de casos y de relaciones que podrían surgir entre árbitro, abogado y financista,

¹¹¹ Ver. “It’s About Time To Regulate Third Party Funding”, Kluwer Arbitration Blog. (traducción no oficial).

¹¹² “¿Es el Financiamiento por Terceros el Futuro de la Resolución de Disputas en Ecuador?”, Tobar ZVS SPINGARN, acceso el 23 de marzo de 2021, <https://coronavirusresponse.tzvs.ec/es-el-financiamiento-por-terceros-el-futuro-de-la-resolucion-de-disputas-en-ecuador/>

¹¹³ Ver. PRIOR IAREPORTER COVERAGE OF OXUS GOLD V. UZBEKISTAN, se puede revisar los reportes de este caso de la IA en <https://www.iareporter.com/arbitration-cases/oxus-gold-v-uzbekistan/>.

¹¹⁴ “It’s About Time To Regulate Third Party Funding”, Kluwer Arbitration Blog. (traducción no oficial)

¹¹⁵ Ver. “Third-Party Funding In International Arbitration: To Regulate Or Not To Regulate?”, Kluwer Arbitration Blog.

sería sumamente complicado¹¹⁶. La recomendación ante este problema es establecer una obligación de revelación del financiamiento y la identidad del financista, una vez revelada la identidad del tercero, se deberá revisar las Directrices IBA.

Como se planteó anteriormente en el trabajo, la revelación de toda la información relevante al TPF, permitirá a las partes analizar si la relación entre el financista y el árbitro entra en la categoría de no renunciante¹¹⁷, obligando al árbitro a excusarse; o, si entra en la categoría de renunciante¹¹⁸, y las partes declaran su voluntad de que el árbitro continúe en el proceso a pesar de su relación con el financista; el árbitro podría continuar sin problema. En cualquiera de las dos situaciones, se eliminaría el conflicto de intereses, asegurando la imparcialidad del árbitro durante el resto del proceso.

Respecto al problema de las costas la propuesta no ahonda mucho al respecto dado que no es común que un tribunal acepte una solicitud de costas¹¹⁹. El grupo de trabajo de la ICCA-QM también estableció que, “En ausencia de un poder expreso, en la legislación nacional aplicable o en las reglas procesales, un tribunal carecería de competencia para dictar una orden de costas contra un tercero financiador”¹²⁰. Esto se debe a que, si el tercero no es considerado parte del arbitraje, tampoco podría ser condenado bajo sus reglas; al tercero solamente le es exigible aquello estipulado en su convenio¹²¹.

Sin embargo, la postura de este trabajo es que igual que enlistar la infinidad de posibles escenarios respecto al conflicto de intereses, sería muy difícil enlistar razones bajo las cuales sea obligatorio que un tribunal condene al pago de costas a una parte o a un financista. Además, alegar que la parte financiada tiene recursos suficientes para costear el arbitraje, no es una razón suficientemente fundamentada para comenzar a implementar una práctica de aprobar caución de costas contra financistas. Así lo señaló Carlos Ríos Pizarro,

No existe fundamento, en nuestra opinión, para verse obligado a condenar a una parte en costos por el mero hecho de existir un acuerdo de financiamiento. La condena en costos dependerá de una serie de factores como el comportamiento de las partes durante el

¹¹⁶ Ver. “Third-Party Funding In International Arbitration: To Regulate Or Not To Regulate?”, Kluwer Arbitration Blog.

¹¹⁷ Ver. Listado Rojo Irrenunciable. Directrices IBA.

¹¹⁸ Ver. Listado Rojo Renunciable, Listado Naranja y Listado Verde. Directrices IBA.

¹¹⁹ Ver. Carlos Ríos Pizarro, ¿Tres son multitud? Algunas notas sobre el Third Party Funding y su aplicación en arbitrajes comerciales.

¹²⁰ REPORT OF THE ICCA-QUEEN MARY TASK FORCE ON THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION, 145. (traducción no oficial).

¹²¹ Ver. *Id.*, 215-216. (traducción no oficial).

arbitraje, las reglas procesales aplicables, la estimación de los árbitros e incluso el propio pacto de las partes¹²².

Respecto al problema de confidencialidad hacia el tercero financista, dependerá de las cláusulas bajo las cuales el financista y financiado manejen su acuerdo, y si la parte financiada le permitirá o no al tercero revisar el expediente de arbitraje. Dependerá de cada caso, dado que establecer un convenio de financiamiento estándar no es la solución; esto limitaría muchos financiamientos y haría que el TPF pierda su esencia y que no sea atractivo para aquellos que buscan invertir en arbitrajes. El informe de la ICCA-QM al respecto estableció que:

El Grupo de Trabajo actúa con especial cuidado en sus propuestas para evitar una intromisión excesiva en la libertad de contratación de las partes, reconociendo que, siempre que las partes estén bien representadas, pueden celebrar una amplia gama de acuerdos¹²³.

Sin embargo, la parte financiada tendrá la obligación de revelar su financiamiento y todo lo que este influya en el arbitraje, así lo han dicho Goldsmith y Melchionda, “Las instituciones deben adoptar una definición clara de TPF y requerir que las partes revelen cualquier relación cubierta por dicha definición”¹²⁴. Por lo que, si las partes han acordado que el arbitraje será confidencial, tanto partes y árbitros deberán aclarar si esta confidencialidad imposibilita también al financista de revisar el expediente.

Otra crítica al TPF es que podría generar gran cantidad de demandas abusivas o partes que actúen de mala fe, abusando del derecho, presentando demandas en arbitraje solamente para retrasar procesos¹²⁵. Sin embargo, no se considera un problema real, dado que los financistas realizan una debida diligencia respecto del caso, y no prestarían fondos a un caso que no tiene buenas oportunidades en las que él se vea beneficiado¹²⁶; el propósito tampoco es financiar cualquier caso que llegue a su puerta. Esto ya dependerá de la debida diligencia con la que actúen los financistas, el arbitraje no debería entrar a regular el acuerdo de financiamiento.

¹²² Ver. Carlos Ríos Pizarro, ¿Tres son multitud? Algunas notas sobre el Third Party Funding y su aplicación en arbitrajes comerciales

¹²³ REPORT OF THE ICCA-QUEEN MARY TASK FORCE ON THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION, 186. (traducción no oficial).

¹²⁴ “The ICC’s Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction”, Kluwer Arbitration Blog. (traducción no oficial).

¹²⁵ Ver. Joseph J. Stroble y Laura Welikson, “Third-Party Litigation Funding: A Review of Recent Industry Developments”.

¹²⁶ Ver. “¿CÓMO FINANCIAR TU ARBITRAJE? LAS VENTAJAS DEL THIRD PARTY FUNDING”, Bullard Falla Ezcurra.

6.1. Resultados

Tras un profundo análisis a los problemas tanto doctrinarios como prácticos, se ha evidenciado que la consecuencia a una ausencia de regulación estricta no es necesariamente mala ni acarreará problemas siempre. Con la teoría propuesta, la mayoría de los problemas que fueron planteados en un inicio se ven superables, y sin la necesidad de regular el TPF de manera estricta; basta con ciertas recomendaciones a nivel general para brindar seguridad jurídica a las partes en un arbitraje financiado¹²⁷.

Las partes deben ser libres de actuar bajo la autonomía de la voluntad, por lo que se debe evitar una regulación estricta llena de barreras¹²⁸; misma que haría que el arbitraje deje de ser un mercado atractivo para financistas y el TPF no funcionaría. Si bien el arbitraje funciona muy bien sin este método, el TPF ayuda a muchas partes a acceder al arbitraje¹²⁹. Brindar acceso a la justicia a más personas es bueno tanto para los centros de arbitraje, como para la justicia ordinaria para reducir la carga de casos a los jueces¹³⁰.

La ausencia de regulación del TPF puede, incluso, ser la esencia para que este método funcione, ya que, ante la falta de limitaciones la parte financiada y el financista pueden pactar un acuerdo libremente de manera privada, con el fin de que ambos obtengan un claro beneficio; llamando la atención a comerciantes y estudios jurídicos a invertir en arbitrajes financiados, y a las partes a recibir apoyo económico y disminuir los riesgos de costos. Woodsford, un equipo de financistas expertos, han establecido que:

Los demandantes sofisticados aprecian cómo el financiamiento puede ayudarlos a administrar los costos y compensar el riesgo legal; Los abogados emprendedores reconocen cómo la financiación de terceros puede ayudarlos a expandir su práctica y ofrecer a los clientes flexibilidad en los honorarios¹³¹.

7. Conclusiones:

Después de analizar los problemas y la infinidad de posibles escenarios que pueden ocurrir en un arbitraje financiado por terceros, se llegó a la conclusión de que los centros de arbitraje son las entidades más aptas para poder regular el TPF. Recaerá en

¹²⁷ Ver. “Third-Party Funding In International Arbitration: To Regulate Or Not To Regulate?”, Kluwer Arbitration Blog.

¹²⁸ Ver. “Arbitration and Litigation Funding in Singapore and Hong Kong”, Woodsford Litigation Funding.

¹²⁹ Ver. “Whose Line of Credit is it Anyway? Third Party Funding Issues in Arbitration”, Kluwer Arbitration Blog.

¹³⁰ Ver. Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota , “ADR MECHANISMS AND THEIR INCORPORATION INTO GLOBAL JUSTICE IN THE TWENTY FIRST CENTURY: SOME CONCEPTS AND TRENDS”, *Global Perspectives on ADR* (2014)

¹³¹ Ver. “Arbitration and Litigation Funding in Singapore and Hong Kong”, Woodsford Litigation Funding. (traducción no oficial).

cada tribunal y árbitro la responsabilidad de analizar al TPF en la práctica, para así poder dar parámetros a tomar en cuenta para la regulación de este método en las respectivas instituciones arbitrales.

Como siguiente punto, partiendo de: el principio de autonomía de la voluntad, dado que el Ecuador no prohíbe el financiamiento; y, del principio de que quien puede lo más, puede lo menos, ya que el Código Civil permite la cesión de derechos litigiosos; se concluyó que el TPF no es contrario al orden público en Ecuador. Brindando así una respuesta al problema jurídico del presente trabajo; estableciendo que la ausencia de regulación no acarrea consecuencias negativas para el arbitraje, pero que sí puede mejorarse su práctica a través de pequeñas recomendaciones.

Concluyendo finalmente que, no es necesaria una regulación estricta que limite y establezca barreras o prohibiciones al TPF. La alternativa de regular a través de recomendaciones generales es suficiente para superar los problemas que han sido planteados por aquellos autores que critican el TPF. Con estas recomendaciones y principios, se crearán mejores costumbres dentro de la comunidad del arbitraje, al momento de trabajar con arbitrajes financiados

8. Recomendaciones:

Con el parámetro que establece este artículo académico, se espera que los centros de arbitraje en el Ecuador comiencen a regular el TPF en sus reglamentos internos, con el fin de llamar la atención de la comunidad de arbitraje, para que sepan que la legislación ecuatoriana es amigable con el TPF y que podría aumentarse crecer la práctica de arbitrajes financiados en el Ecuador, tanto a nivel doméstico como a de arbitrajes internacionales que pudieren ejecutarse en Ecuador.

Se recomienda revisar la regulación del TPF en Hong Kong, Singapur y Canadá, como guías y ejemplos para la regulación en Ecuador. Incluso prestar una mayor atención a la Resolución 18/2016 de la CAM-CCBC, dado que es una realidad más cercana a la propuesta de este trabajo, ya que Brasil ha aumentado su práctica de arbitrajes financiados, solamente a través de regular el TPF en el reglamento interno de la CAM-CCBC. La experiencia de estos países será una gran guía para que los centros de arbitraje ecuatorianos establezcan una regulación efectiva sobre el TPF.

En la regulación, se considera necesario establecer la obligación de revelar toda la información relevante del financiamiento. No basta con revelar que existe un

financiamiento, sino que se debe dar a conocer la identidad del tercero financista, para analizar a fondo cualquier posible relación entre el árbitro y el financista, con el fin de establecer, bajo las Directrices de la IBA, si existe o no un conflicto de intereses. No se considera necesario revelar más información que esta, dado que también hay que respetar la confidencialidad que caracteriza al contrato entre el tercero y la parte financiada.

Respecto al problema que surge de que no se puede tratar al financista como una parte del arbitraje y por lo tanto el árbitro no tiene potestad sobre él, la recomendación, apoyada por pocos doctrinarios dado que no se hablado mucho al respecto, es que se podría tratar al tercero financista bajo la figura de un tercero no signatario, de esta forma el mismo entraría a ser parte del arbitraje y el tribunal tendría potestad sobre él, habilitándose la posibilidad de condenar a costas tanto a la parte como a su financista¹³².

¹³² Ver. JUAN PABLO LABBÉ AROCCA, “LA EXTENSIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE A TERCEROS APARENTES EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: ANÁLISIS DE ALGUNAS TEORÍAS”, *Revista de Derecho* N°2 (2018), 201-236.