



Universidad de Costa Rica  
Facultad de Derecho



Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

**EL FINANCIAMIENTO POR TERCEROS FRENTE A LA *CAUTIO JUDICATUM SOLVI* (CAUCIÓN EN COSTAS) EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL Y DE INVERSIÓN**

FELIPE VOLIO SOLEY

B37662

San José, Costa Rica

Marzo de 2019



13 de marzo de 2019  
**FD-723-2019**

*Dr. Alfredo Chirino Sánchez*  
Decano  
Facultad de Derecho

Estimado señor:

*Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante: Felipe Volio Soley, carné B37662 denominado: "El financiamiento por terceros frente a la catio judicatum solvi (caución en costas) en el arbitraje internacional comercial y de inversión" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.*

*Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA".*

**Tribunal Examinador**

<b>Informante</b>	MSc. Anayansy Rojas Chan
<b>Presidente</b>	Dr. Haideer Miranda Bonilla
<b>Secretario</b>	Lic. Federico Torrealba Navas
<b>Miembro</b>	MSc. Juan José Obando Peralta
<b>Miembro</b>	Lic. Alberto Fernández López

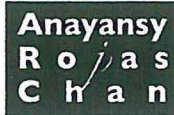
*Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **27 de marzo del 2019**, a las 7:00 p.m. en el cuarto piso de la Facultad.*

Atentamente,

  
Ricardo Salas Porras  
Director



RSP/lcv  
Cc: arch. Expediente



11 de marzo del 2018

Dr. Ricardo Salas Porras  
Director del Área de Investigación  
Facultad de Derecho  
**Universidad de Costa Rica**

Estimado don Ricardo:

En mi condición de Directora del trabajo final de tesis para optar al título de Licenciado en Derecho y miembro del Comité Asesor del estudiante egresado Felipe Volio Soley, carné B37662, me permito informar que he concluido con lectura y revisión de la investigación titulada: **“El financiamiento por terceros frente a la *cautio judicatum solvi* en el arbitraje internacional comercial y de inversión”**.

El estudiante Volio Soley, ha desarrollado una investigación amplia y profunda sobre el financiamiento de terceros en el arbitraje internacional. En la elaboración del trabajo ha utilizado un vasto apoyo doctrinal, así como el método de exposición de casos y síntesis de laudos internacionales lo que enriqueció notablemente el tratamiento del tema. A lo largo del desarrollo de la investigación presenta un análisis crítico de aspectos controvertidos en la doctrina, para concluir en el capítulo final con una interesante y novedosa propuesta de lineamientos que deberá considerar un tribunal arbitral, previo a la adopción de una decisión sobre la procedencia de una caución en costas. En síntesis, se trata de una investigación de alta calidad, que cumple con los objetivos propuestos y, constituye un referente de consulta obligada para los interesados en el tema.

Por las razones anteriormente expuestas, me complace aprobar el trabajo del estudiante Felipe Volio Soley, a efecto de presentar la defensa en la etapa de réplica.

Muy atentamente,

**ANAYANCY  
ROJAS CHAN  
(FIRMA)**

Firmado digitalmente por  
ANAYANCY ROJAS CHAN  
(FIRMA)  
Fecha: 2019.03.11  
16:01:20 -06'00'

Master Anayansy Rojas Chan  
**Directora**



07 de marzo de 2019

Dr. Ricardo Salas Porras  
Director del Área de Investigación  
Universidad de Costa Rica  
Facultad de Derecho

Estimado don Ricardo:

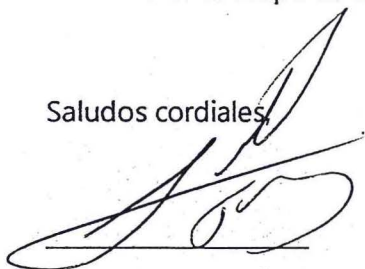
Quien suscribe, ALBERTO FERÁNDEZ LÓPEZ, en mi condición de Lector de Tesis y miembro del Comité Asesor del estudiante egresado, FELIPE VOLIO SOLEY, carné B37662, manifiesto haber terminado la revisión del trabajo final de graduación titulado "EL FINANCIAMIENTO POR TERCEROS FRENTE A LA CAUTIO JUDICATUM SOLVI EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL Y DE INVERSIÓN" y haber aprobado el mismo sin reserva alguna. Mediante este trabajo se busca analizar por medio de doctrina y un estudio de laudos arbitrajes internacionales; los criterios mediante los cuales un tribunal arbitral debe analizar la presencia de un acuerdo de financiamiento frente a la solicitud de la medida cautelar de la caución en costas.

A través del trabajo el autor analiza las medidas cautelares en el arbitraje internacional, las particularidades de la medida cautelar excepcional de la *cautio judicatum solvi*, el financiamiento por terceros y establece una serie de recomendaciones prácticas a tomar en consideración cuando la parte actora goza de financiamiento por terceros y se solicita una caución en contra de ella.

El trabajo de investigación propuesto resulta novedoso y aporta a la doctrina en esta área del derecho. Asimismo, el trabajo cumple con cada uno de los objetivos planteados y logra probar negativamente la hipótesis.

Por lo anterior, se aprueba la tesis del estudiante FELIPE VOLIO SOLEY para que pueda defender la misma en la etapa de réplica.

Saludos cordiales,



Alberto Fernández López

Lector



12 de marzo de 2019

Dr. Ricardo Salas Porras  
Director del Área de Investigación  
Universidad de Costa Rica  
Facultad de Derecho

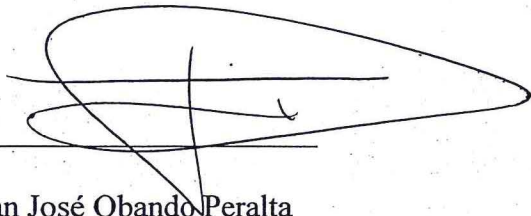
Estimado don Ricardo:

Quien suscribe, **JUAN JOSÉ OBANDO PERALTA**, en mi condición de Lector de Tesis y miembro del Comité Asesor del estudiante egresado, **FELIPE VOLIO SOLEY**, carné B37662, manifiesto haber terminado la revisión del trabajo final de graduación titulado “**EL FINANCIAMIENTO POR TERCEROS FRENTE A LA CAUTIO JUDICATUM SOLVI EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL Y DE INVERSIÓN**” y haber aprobado el mismo sin reserva alguna. Esta investigación busca analizar por medio de doctrina y un estudio de laudos arbitrajes internacionales; los criterios mediante los cuales un tribunal arbitral debe analizar la presencia de un acuerdo de financiamiento frente a la solicitud de la medida cautelar de la caución en costas.

El trabajo de investigación propuesto resulta novedoso y aporta a la doctrina en esta área del derecho en castellano. Asimismo, el trabajo cumple satisfactoriamente con cada uno de los objetivos planteados y logra probar negativamente la hipótesis.

Por lo anterior, se aprueba la tesis del estudiante **FELIPE VOLIO SOLEY** para que pueda defender la misma en la etapa de réplica.

Saludos cordiales,



Juan José Obando Peralta

Lector



*M. L. Vilma Isabel Sánchez Castro*  
*Bachiller y Licenciada en Filología Española. U. C. R.*

---

### **A QUIEN INTERESE**

Yo, Vilma Isabel Sánchez Castro, Máster en Literatura Latinoamericana, Bachiller y Licenciada en Filología Española, de la Universidad de Costa Rica; con cédula de identidad 6-054-080; inscrita en el Colegio de Licenciados y Profesores, con el carné N° 003671, hago constar que he revisado el documento aprobado por el tutor y los lectores. Se han corregido en él los errores encontrados en ortografía, redacción, gramática y sintaxis. El cual se intitula:

**“LA FINANCIACIÓN POR TERCEROS FRENTE A LA CAUTIO JUDICATUM SOLVI (CAUCIÓN EN COSTAS) EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL Y DE INVERSIÓN”**

**FELIPE VOLIO SOLEY**

**LICENCIATURA EN DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

Se extiende la presente certificación a solicitud del interesado en la ciudad de San José a los diez días del mes de marzo de dos mil diecinueve. La filóloga no se hace responsable de los cambios que se le introduzcan al trabajo posterior a su revisión.

*Vilma Sánchez*



## DEDICATORIA

*A mi mamá, Laura, por enseñarme  
a volar.*





*“The fact remains however that an uncorrectable miscarriage of justice is something which parties risk by agreeing to entrust their disputes to a private dispute-resolution system which has very few internal resources to deal with someone who will not play fair. The parties choose arbitration for better or for worse. They relish the better features, of which there are many. When things take a turn for the worse there are limits beyond which they cannot be allowed, consistently with their arbitration agreement, to run to the courts for help. The problem in a case such as the present is to fix those limits. I have found it very difficult. In the end, and with much hesitation, I have come to the conclusion that an order for security for costs does not conform with the type of procedure which the parties have impliedly chosen, and that an order for security should be refused notwithstanding that on a narrower view it appears to answer the justice of the case.”<sup>1</sup>*

Lord Mustill, *Copée vs  
Ken-Ren Chemicals* (1994)

---

<sup>1</sup> En su opinión disidente, en uno de los casos más importantes de la historia de la *cautio judicatum solvi*, Lord Mustil de la Cámara de los Lores (House of Lords) de Inglaterra, señaló que: “Es un hecho, sin embargo, que las partes aceptan el riesgo de que haya un manejo incorrecto de la justicia al confiar sus disputas en un mecanismo privado de resolución de controversias que tiene muy pocos recursos internos para lidiar con una parte que no va a jugar limpio. Las partes eligen el arbitraje para bien o para mal. Ellas celebran sus ventajas, las cuales son muchas. Cuando las cosas salen mal hay límites que no se deben cruzar, los cuales son consistentes con el acuerdo arbitral, y en esos casos no se puede acudir a las Cortes para solicitar ayuda. El problema, como en este caso, es fijar esos límites. Lo he encontrado muy difícil. Al final, y con mucha dubitación, es decidido que la orden de la *cautio judicatum solvi* no es conforme al proceso que las partes eligieron implícitamente, y que la solicitud debe de ser rechazada a pesar de que bajo una visión restrictiva pareciera que es lo justo en este caso.” (Traducción libre)





## TABLA DE CONTENIDOS

<b>DEDICATORIA</b> .....	<b><i>i</i></b>
<b>Tabla de contenidos</b> .....	<b><i>iii</i></b>
<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b><i>vii</i></b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b><i>xii</i></b>
<b>I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA</b> .....	<b><i>xii</i></b>
<b>II. HIPÓTESIS</b> .....	<b><i>xiv</i></b>
<b>III. OBJETIVOS</b> .....	<b><i>xiv</i></b>
A. OBJETIVO GENERAL .....	<i>xiv</i>
B. OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	<i>xiv</i>
<b>IV. METODOLOGÍA</b> .....	<b><i>xv</i></b>
<b>FICHA BIBLIOGRÁFICA</b> .....	<b><i>xvi</i></b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b><i>1</i></b>
<b>I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA</b> .....	<b><i>1</i></b>
<b>II. HIPÓTESIS</b> .....	<b><i>2</i></b>
<b>III. OBJETIVOS</b> .....	<b><i>2</i></b>
A. OBJETIVO GENERAL .....	<i>2</i>
B. OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	<i>3</i>
<b>IV. METODOLOGÍA</b> .....	<b><i>3</i></b>
<b>V. FORMA EN LA QUE ESTÁ ESTRUCTURADA LA INVESTIGACIÓN</b> .....	<b><i>4</i></b>
<b><i>CAPÍTULO PRIMERO: LA CAUTIO JUDICATUM SOLVI COMO UNA MEDIDA CAUTELAR EXCEPCIONAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL</i></b> .....	<b><i>5</i></b>
<b>I. Sección 1: Las medidas cautelares en el arbitraje internacional</b> .....	<b><i>5</i></b>
A. Introducción.....	<i>5</i>
B. Concepto general de medida cautelar .....	<i>6</i>
C. Desarrollo histórico de las medidas cautelares .....	<i>7</i>
D. Aspectos generales del arbitraje internacional .....	<i>9</i>
E. Poder de los Tribunales arbitrales para dictar medidas cautelares .....	<i>13</i>



F.	Requisitos generales de las medidas cautelares bajo la Ley Modelo UNCITRAL ....	22
a.	Un daño que, de no otorgarse la medida, no será resarcible adecuadamente mediante una indemnización .....	26
b.	Demostrar que el beneficio de la parte actora es mayor que el daño que le causa a la otra parte al otorgarse la medida.....	29
c.	La apariencia de buen derecho. ....	30
G.	Medidas cautelares en el arbitraje de inversión.....	32
H.	Momento procesal para solicitar una medida cautelar .....	39
I.	Principio de jurisdicción concurrente .....	43
J.	Intervención de las Cortes en la ejecución de las medidas cautelares.....	46
K.	Conclusión de la Sección I .....	48
<b>II.</b>	<b>Sección 1: La cautio judicatum solvi en el arbitraje internacional .....</b>	<b>49</b>
A.	Introducción.....	49
B.	Evolución y regulación de la <i>cautio judicatum solvi</i> en el arbitraje internacional.....	50
a.	Evolución y regulación arbitral de la <i>cautio judicatum solvi</i> en la <i>lex arbitri</i> de los países del Derecho Común.....	50
b.	Evolución y regulación arbitral de la <i>cautio judicatum solvi</i> en la <i>lex arbitri</i> de los países del Derecho Civil .....	58
c.	Evolución y regulación arbitral de la <i>cautio judicatum solvi</i> bajo la Ley Modelo UNCITRAL .....	60
d.	Regulación de la <i>cautio judicatum solvi</i> bajo las reglas arbitrales institucionales..	62
e.	La <i>cautio judicatum solvi</i> en el arbitraje de inversión .....	65
f.	Conclusiones sobre la <i>cautio judicatum solvi</i> en el arbitraje internacional .....	68
C.	Requisitos para otorgar una <i>cautio judicatum solvi</i> .....	69
a.	Situación financiera inestable.....	70
i.	Cambio en la situación financiera desde la formación del contrato .....	73
ii.	Indisponibilidad de los activos para otorgar un laudo en contra de ellos .....	74
b.	Si es justo, dadas las circunstancias del caso, ordenarle a una parte que cumpla con una <i>cautio judicatum solvi</i> .....	75
c.	<i>Fumus boni iuris</i> (apariencia de buen derecho) .....	76
d.	Aplicación del principio “ <i>cost follow the event</i> ” (costas a la parte vencedora) .....	77
<b>III.</b>	<b>Conclusiones del Capítulo Primero.....</b>	<b>80</b>



**CAPÍTULO SEGUNDO: EL FINANCIAMIENTO POR TERCEROS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL Y DE INVERSIÓN.....82**

**I. Sección primera. La evolución del financiamiento por terceros en el arbitraje internacional.....82**

- A. Definición del concepto de financiamiento por terceros .....83
- B. Comparación del acuerdo de financiamiento por terceros con otras figuras jurídicas afines .....88
  - a. Diferencias con el contrato de cesión de créditos .....88
  - b. Diferencias con el contrato de seguro .....89
  - c. Diferencias con el contrato de préstamo .....90
  - d. Diferencias con el contrato de *cuota litis* .....91
- C. Modos de financiamiento por terceros .....92
  - a. Financiamiento de un paquete de casos o *portfolio funding* .....92
  - b. Financiamiento adicional a las costas del proceso .....93
  - c. Financiación por participación ("*equity financing*").....94
- D. La evolución del financiamiento por terceros .....95
  - a. Evolución del financiamiento por terceros en los países del Derecho Común .....95
  - b. Evolución del financiamiento por terceros en los países del Derecho Civil.....99
  - c. Evolución del financiamiento por terceros en el arbitraje de inversión .....105
- E. Conclusión de la sección primera .....113

**II. Sección segunda. Regulación y buenas prácticas del financiamiento por terceros en el arbitraje internacional .....113**

- A. Regulación del financiamiento por terceros en arbitraje internacional .....114
  - a. El financiamiento por terceros y las Directrices IBA de 2014 sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional .....114
  - b. Regulación del financiamiento por terceros en los reglamentos de arbitraje internacional comercial .....123
  - c. Regulación del financiamiento por terceros en el arbitraje de inversión .....131
- B. Proceso del *due diligence* .....137
- C. Buenas prácticas sobre el acuerdo de financiamiento por terceros .....138

**III. Conclusiones del Capítulo II.....146**



***CAPÍTULO III. El rol del tercero financiador ante la solicitud de una cautio judicatum solvi..... 148***

***I. Sección 1: postura a favor del otorgamiento de la cautio judicatum solvi cuando hay presencia de un tercero financiador.....148***

A. La parte vencedora del arbitraje no podrá ejecutar el laudo condenatorio en costas cuando la parte vencida que inició el arbitraje no tiene bienes suficientes. .... 149

B. El tribunal arbitral usualmente no tiene jurisdicción sobre el tercero financiador... 150

C. La responsabilidad del tercero financiador frente a un laudo adverso en costas y la apariencia de buen derecho ..... 155

***II. Sección 2: postura en contra del otorgamiento de la cautio judicatum solvi cuando hay presencia de un tercero financiador .....157***

***III. Sección 3: consideraciones prácticas relacionadas con el financiamiento por terceros que debe valorar el tribunal arbitral ante una solicitud de cautio judicatum solvi***

***CONCLUSIONES GENERALES..... 168***

***ANEXO I: ENTREVISTA AL ÁRBITRO INTERNACIONAL JOSÉ ROSELL, MIEMBRO REDACTOR DEL ICCA-QUEEN MARY TPF TASK FORCE..... 172***

***Bibliografía..... I***





## ABREVIATURAS

American Arbitration  
Association

**AAA**

Traducción: Asociación  
Americana de Arbitraje

Australian Centre for  
International Commercial  
Arbitration

**ACICA**

Traducción: Centro de  
Arbitraje Comercial  
Internacional Australiano

Acuerdo Económico y  
Comercial Global entre la  
Unión Europea y Canadá

**AECG**

After the Event

**ATE**

Traducción: Seguro después  
del evento

Before the Event

**BTE**

Traducción: Seguro antes del  
evento

Centro de Arbitraje y  
Mediación de la Cámara de  
Comercio Brasil-Canada

**CAM-CCBC**



Cámara Internacional de Comercio	<b>CCI</b>
Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones	<b>CIADI</b>
Chartered Institute of Arbitrators	<b>CIArb</b>
Cámara de Comercio Internacional de China	<b>CIETAC</b>
Civil Justice Council	<b>CJC</b>
Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrajes extranjeras de 1958	<b>Convención de Nueva York</b>
United National Convention on International Trade Law Traducción: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	<b>CNUDMI o UNCITRAL</b>
Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit Traducción: Reglas de Arbitraje de la Institución de Arbitraje de Alemania	<b>DIS</b>



Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional del 23 de octubre de 2014

**Directrices IBA 2014 o Reglas IBA sobre Conflictos de Interés 2014**

Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional del 29 de mayo de 2010

**Directrices IBA sobre Práctica de Prueba**

Federal Arbitration Act de Estados Unidos de América

**FAA**

Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong

**HKIAC**

Corte Internacional de Arbitraje de Londres

**LCIA**

Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong

**HKIAC**

International Bar Association

**IBA**

International Council for Commercial Arbitration-Queen Mary Task Force sobre Financiamiento por Terceros

**ICCA-Queen Mary TPF Task Force**

Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial promulgada por la Comisión de las Naciones Unidas para el

**Ley Modelo UNCITRAL**



Derecho Mercantil  
Internacional de 1985

International Arbitration  
Practice Guideline,  
Applications for Security for  
Costs

Traducción: Lineamientos  
del Chartered Institute of  
Arbitrators para solicitudes de  
*cautio judicatum solvi*

**Lineamientos del CIArb**

Institución de Arbitraje de los  
Países Bajos

**NAI**

Organización Mundial de la  
Propiedad Intelectual

**OMPI**

Federal Statute on Private  
International Law

**PILS**

Traducción: Ley Federal del  
Derecho Internacional  
Privado suizo del 18 de  
diciembre de 1987

Stockhold Chamber of  
Commerce

**SCC**

Traducción: Cámara de  
Comercio de Estocolmo

Singapur International  
Arbitration Center

**SIAC**





Traducción: Centro de  
Arbitraje Internacional de  
Singapur

Reglas Suizas de Arbitraje  
Internacional

**Swiss Rules**

Tratados de Amistad,  
Comercio y Navegación

**Tratados FCN**

Transatlantic Trade and  
Investment Partnership

**TTIP**

Traducción: Asociación  
Transatlántica para el  
Comercio y la Inversión

Zivilprozessordnung

**ZPO**

Traducción: Código de  
Procedimientos Civiles de  
Alemania



## RESUMEN

El financiamiento por terceros facilita el acceso a la justicia y representa una alternativa atractiva para las empresas que optan por no usar sus fondos en costas legales. Es una figura cada vez más frecuente en el arbitraje internacional.

Los centros de arbitraje internacional han actualizado recientemente sus reglamentos para tratar este tema y evitar que la presencia del tercero financiador afecte el buen curso del proceso.

La presencia del tercero financiador puede conllevar distintos problemas dentro del proceso arbitral. Destacan los conflictos de interés que pueden surgir entre el tercero financiador y el árbitro, así como el impacto que puede tener en una decisión de *cautio judicatum solvi* (caución en costas).

Por su lado, la *cautio judicatum solvi* es una medida cautelar excepcional, que solamente se concede en circunstancias muy particulares. Asumir que la *cautio judicatum solvi* únicamente debe otorgarse porque una parte goza de financiamiento por terceros, implica desconocer que el financiamiento por terceros es un elemento común en el arbitraje internacional.

### I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La investigación “El financiamiento por terceros frente a *la cautio judicatum solvi* en el arbitraje internacional comercial y de inversión” aborda las consecuencias que surgen durante el proceso arbitral cuando la parte actora goza de financiamiento por un tercero y la demandada la solicita, ante esta situación, para asegurarse que si gana el arbitraje va a poder recuperar las costas del proceso.

El arbitraje es cada vez más utilizado en la comunidad internacional como un mecanismo de solución alternativa de conflictos comerciales y de inversión por las ventajas que ofrece el arbitraje como la flexibilidad, la confidencialidad y la especialización de los árbitros que van a



dirimir la cuestión en el proceso.<sup>2</sup> Para iniciar un proceso arbitral es necesario prever el factor económico, pues habrá que sufragar una serie de costos que puede representar una carga importante para la parte actora que pretende perseguir sus derechos contractuales en la vía arbitral. Para enfrentar el factor económico, en los últimos años, se ha ido adoptando una nueva figura que permite que las empresas tengan como finalidad financiar arbitrajes y las partes puedan acceder a ellos. El financiamiento por terceros ha emergido en el arbitraje internacional comercial y en el arbitraje de inversión como un medio cada vez más utilizado que promueve el acceso a la justicia.

La dinámica del financiamiento por terceros es usualmente la siguiente: si la parte actora financiada gana el arbitraje, un porcentaje del monto ganado será retribuido al tercero que financió el arbitraje, según lo que disponga el acuerdo de financiamiento. Pero no siempre se da el resultado esperado y debe analizarse diversas aristas dentro del proceso arbitral, en relación con este nuevo sujeto en el procedimiento arbitral. Se debe responder: ¿qué sucede si el actor financiado no tenía fondos suficientes y además pierde el arbitraje?, ¿cómo va a recuperar la parte demandada las costas del arbitraje, si el actor no tiene fondos suficientes y el tercero que financió el arbitraje no es un sujeto del proceso?

Para responder las anteriores interrogantes, se debe analizar la figura de la *cautio judicatum solvi*, que busca asegurar a la parte demandada que, si resulta ganadora en el proceso de arbitraje, va a recuperar de manera efectiva las costas del proceso. Esta es una medida cautelar, que merece ser valorada con detenimiento, porque puede afectar también a la parte actora en una etapa temprana del proceso y con ello, limitar seriamente la posibilidad de acudir a la justicia. Esto se debe a que, si la parte actora no es capaz de ofrecer la caución, el arbitraje sería suspendido. Ante tal situación, surgen diversos problemas como hasta dónde se debe llegar para que se conceda una *cautio judicatum solvi* y qué requisitos se debe reunir para ello. Ni en la doctrina o en la comunidad internacional hay claridad sobre ese tema. Basta por ahora tener presente que es una medida cautelar excepcional que cuenta con requisitos propios. Asimismo, plantea una serie de problemas procesales relacionados con el deber de revelación del acuerdo de financiamiento y los que pueden surgir entre los árbitros y los terceros financiadores. Esta

---

<sup>2</sup> Latham Watkins LLP, *Guide to International Arbitration*, 2017, <https://www.lw.com/thoughtleadership/guide-to-international-arbitration-2017> y Alfredo Bullard Gonzáles, “¿Es el arbitraje un juicio?” *Ita Ius Esto Resvista de Estudiantes*, (2012): 58 y Benson, Bruce, “Arbitration” en *Encyclopedia of Law and Economics*, (Ghent, Bélgica: Universidad de Ghent, 2000), p. 169.



tesis pretende responder a estas interrogantes y además, ante la falta de desarrollo doctrinal en castellano, abordar el tema en este idioma.

## **II. HIPÓTESIS**

Se ha definido como hipótesis con base en el anterior planteamiento y justificación, la siguiente afirmación:

*El tribunal arbitral internacional se verá inclinado a otorgar la cautio judicatum solvi si la parte actora goza de financiamiento por un tercero.*

## **III. OBJETIVOS**

Se ha definido un objetivo general y tres objetivos específicos en la presente investigación.

### **A. OBJETIVO GENERAL**

1. Determinar la influencia que tiene el financiamiento por terceros, en la concesión de una *cautio judicatum solvi*, en el contexto del arbitraje internacional comercial y de inversión.

### **B. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

1. Identificar el poder y los requisitos formales que deben reunirse y someterse a análisis del Tribunal arbitral ante la solicitud de otorgamiento de una *cautio judicatum solvi*.
2. Analizar la evolución y regulación del financiamiento por terceros en el arbitraje internacional comercial y de inversión.
3. Establecer cómo valoran los Tribunales arbitrales la figura del tercer financiador ante la solicitud de una *cautio judicatum solvi*.





#### IV. METODOLOGÍA

El método o la manera en la que se va a llevar a cabo la investigación se basa en una metodología descriptiva analítica. En ese sentido, se utilizará el método comparativo, deductivo e inductivo en la consulta de la doctrina jurídica, así como de la jurisprudencia de arbitraje internacional comercial y de inversión. De igual manera, se analizarán los diferentes reglamentos de los principales centros de arbitraje internacional, junto con los lineamientos y las guías propias del *soft law* que influyen el tema a tratar.

Con respecto a la investigación de campo, se entrevista a algunos profesionales en derecho con amplia trayectoria en el arbitraje internacional. Entre estos, uno de los redactores del International Council for Commercial Arbitration-Queen Mary Task Force sobre Financiamiento por Terceros (en adelante “ICCA-Queen Mary TPF Task Force”), reporte publicado en abril de 2018 y que aborda, desde una perspectiva internacional, el tema a tratar en esta investigación.



## FICHA BIBLIOGRÁFICA

Volio Soley, Felipe. El Financiamiento por Terceros frente a *la cautio judicatum solvi* en el arbitraje internacional comercial y de inversión. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2019.

**Directora:** Anayansy Rojas Chan

**Palabras Claves:** financiamiento por terceros, third party funding, acuerdo de financiamiento, *cautio judicatum solvi* (caución en costas), medidas cautelares en el arbitraje internacional, arbitraje internacional comercial, arbitraje de inversión, conflictos de interés, situación financiera inestable.



## INTRODUCCIÓN

### I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La investigación “El financiamiento por terceros frente a *la cautio judicatum solvi* en el arbitraje internacional comercial y de inversión” aborda las consecuencias que surgen durante el proceso arbitral cuando la parte actora goza de financiamiento por un tercero y la demandada la solicita, ante esta situación, para asegurarse que si gana el arbitraje va a poder recuperar las costas del proceso.

El arbitraje es cada vez más utilizado en la comunidad internacional como un mecanismo de solución alternativa de conflictos comerciales y de inversión por las ventajas que ofrece el arbitraje como la flexibilidad, la confidencialidad y la especialización de los árbitros que van a dirimir la cuestión en el proceso.<sup>3</sup> Para iniciar un proceso arbitral es necesario prever el factor económico, pues habrá que sufragar una serie de costos que puede representar una carga importante para la parte actora que pretende perseguir sus derechos contractuales en la vía arbitral. Para enfrentar el factor económico, en los últimos años, se ha ido adoptando una nueva figura que permite que las empresas tengan como finalidad financiar arbitrajes y las partes puedan acceder a ellos. El financiamiento por terceros ha emergido en el arbitraje internacional comercial y en el arbitraje de inversión como un medio cada vez más utilizado que promueve el acceso a la justicia.

La dinámica del financiamiento por terceros es usualmente la siguiente: si la parte actora financiada gana el arbitraje, un porcentaje del monto ganado será retribuido al tercero que financió el arbitraje, según lo que disponga el acuerdo de financiamiento. Pero no siempre se da el resultado esperado y debe analizarse diversas aristas dentro del proceso arbitral, en relación con este nuevo sujeto en el procedimiento arbitral. Se debe responder: ¿qué sucede si el actor financiado no tenía fondos suficientes y además pierde el arbitraje?, ¿cómo va a

---

<sup>3</sup> Latham Watkins LLP, *Guide to International Arbitration*, 2017, <https://www.lw.com/thoughtleadership/guide-to-international-arbitration-2017> y Alfredo Bullard Gonzáles, “¿Es el arbitraje un juicio?” *Ita Ius Esto Resvista de Estudiantes*, (2012): 58 y Benson, Bruce, “Arbitration” en *Encyclopedia of Law and Economics*, (Ghent, Bélgica: Universidad de Ghent, 2000), p. 169.



recuperar la parte demandada las costas del arbitraje, si el actor no tiene fondos suficientes y el tercero que financió el arbitraje no es un sujeto del proceso?

Para responder las anteriores interrogantes, se debe analizar la figura de la *cautio judicatum solvi*, que busca asegurar a la parte demandada que, si resulta ganadora en el proceso de arbitraje, va a recuperar de manera efectiva las costas del proceso. Esta es una medida cautelar, que merece ser valorada con detenimiento, porque puede afectar también a la parte actora en una etapa temprana del proceso y con ello, limitar seriamente la posibilidad de acudir a la justicia. Esto se debe a que, si la parte actora no es capaz de ofrecer la caución, el arbitraje sería suspendido. Ante tal situación, surgen diversos problemas como hasta dónde se debe llegar para que se conceda una *cautio judicatum solvi* y qué requisitos se debe reunir para ello. Ni en la doctrina o en la comunidad internacional hay claridad sobre ese tema. Basta por ahora tener presente que es una medida cautelar excepcional que cuenta con requisitos propios. Asimismo, plantea una serie de problemas procesales relacionados con el deber de revelación del acuerdo de financiamiento y los que pueden surgir entre los árbitros y los terceros financiadores. Esta tesis pretende responder a estas interrogantes y además, ante la falta de desarrollo doctrinal en castellano, abordar el tema en este idioma.

## **II. HIPÓTESIS**

Se ha definido como hipótesis con base en el anterior planteamiento y justificación, la siguiente afirmación:

*El tribunal arbitral internacional se verá inclinado a otorgar la cautio judicatum solvi si la parte actora goza de financiamiento por un tercero.*

## **III. OBJETIVOS**

Se ha definido un objetivo general y tres objetivos específicos en la presente investigación.

### **A. OBJETIVO GENERAL**

1. Determinar la influencia que tiene el financiamiento por terceros, en la concesión de una *cautio judicatum solvi*, en el contexto del arbitraje internacional comercial y de inversión.





## **B. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

1. Identificar el poder y los requisitos formales que deben reunirse y someterse a análisis del Tribunal arbitral ante la solicitud de otorgamiento de una *cautio judicatum solvi*.
2. Analizar la evolución y regulación del financiamiento por terceros en el arbitraje internacional comercial y de inversión.
3. Establecer cómo valoran los Tribunales arbitrales la figura del tercer financiador ante la solicitud de una *cautio judicatum solvi*.

## **IV. METODOLOGÍA**

El método o la manera en la que se va a llevar a cabo la investigación se basa en una metodología descriptiva analítica. En ese sentido, se utilizará el método comparativo, deductivo e inductivo en la consulta de la doctrina jurídica, así como de la jurisprudencia de arbitraje internacional comercial y de inversión. De igual manera, se analizarán los diferentes reglamentos de los principales centros de arbitraje internacional, junto con los lineamientos y las guías propias del *soft law* que influyen el tema a tratar.

Con respecto a la investigación de campo, se entrevista a algunos profesionales en derecho con amplia trayectoria en el arbitraje internacional. Entre estos, uno de los redactores del International Council for Commercial Arbitration-Queen Mary Task Force sobre Financiamiento por Terceros (en adelante “ICCA-Queen Mary TPF Task Force”), reporte publicado en abril de 2018 y que aborda, desde una perspectiva internacional, el tema a tratar en esta investigación.



## V. FORMA EN LA QUE ESTÁ ESTRUCTURADA LA INVESTIGACIÓN

La investigación se dividirá en tres capítulos: uno por cada objetivo específico.

El **capítulo primero** de esta investigación se referirá en primer lugar, a las medidas cautelares en el arbitraje internacional y luego a la cautelar excepcional de la caución en costas. Antes de analizar los requisitos particulares de la medida cautelar, se analizará el poder de los Tribunales arbitrales para otorgar la *cautio judicatum solvi*.

El **capítulo segundo** se ocupará del financiamiento por terceros. Primero se definirá el concepto de financiamiento por terceros, su relación con figuras jurídicas afines y su evolución. Posteriormente, se analizarán las buenas prácticas con respecto a esta figura y las regulaciones que se han implementado en el arbitraje internacional en torno a la figura del tercero financiador dentro del proceso arbitral.

Una vez analizados ambos elementos, en el **capítulo tercero** se realizará un análisis de la influencia del segundo elemento (el financiamiento por terceros) en el primer elemento (el otorgamiento de la *cautio judicatum solvi*). Se analizará los argumentos a favor y en contra de otorgar la caución cuando la parte actora goce de financiamiento por terceros. Asimismo, se establecerán una serie de recomendaciones prácticas en torno al criterio que deberían seguir los Tribunales arbitrales al valorar una caución en costas cuando la parte actora está siendo financiada.

Finalmente, se presentan las **conclusiones generales** de la investigación y como anexo, una entrevista que se le realiza a José Rosell, uno de los miembros del ICCA-Queen Mary TPF Task Force.



## **CAPÍTULO PRIMERO:**

# **LA CAUTIO JUDICATUM SOLVI COMO UNA MEDIDA CAUTELAR EXCEPCIONAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL**

Para abordar la medida cautelar especial de la *cautio judicatum solvi*, es necesario analizar previamente el concepto general de medida cautelar, con el fin de comprender las similitudes y especialidades que esta tiene con su género de medida cautelar. A lo largo de este capítulo se analizarán las medidas cautelares (I) y la *cautio judicatum solvi* en el arbitraje internacional (II). Finalmente, se establecerán las conclusiones del Capítulo Primero (III).

### **I. Sección 1: Las medidas cautelares en el arbitraje internacional**

#### **A. Introducción**

Se analizará a continuación, el concepto general de medida cautelar (B) y su desarrollo histórico (C). Seguidamente, se analizarán los aspectos generales del arbitraje internacional (D), que será el área bajo la cual se desarrollará esta investigación. Posteriormente, se realizará un recuento histórico del poder que ostentan los Tribunales arbitrales para otorgar medidas cautelares (E). Una vez establecida la pauta en la que los Tribunales arbitrales sí pueden ordenar medidas cautelares bajo el arbitraje internacional comercial y de inversión, se analizarán los requisitos generales que debe cumplir la parte solicitante, para que alguno de estos ordene dicha medida cautelar bajo el Artículo 17 de la Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial promulgada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985 (“Ley Modelo UNCITRAL”) con (F) y el artículo 47 del Reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (G). De esta forma, se abordará el principio de jurisdicción concurrente (H), el momento procesal para solicitar una medida cautelar (I) y la intervención que tienen las Cortes en la ejecución de las medidas cautelares (J).



## B. Concepto general de medida cautelar

Las medidas cautelares representan un capítulo relativamente nuevo en el arbitraje. En términos generales, buscan asegurar el resultado práctico y efectivo de la decisión de fondo para que la justicia no se vea burlada y no se haga imposible su cumplimiento.<sup>4</sup> En ese sentido, buscan mantener el *statu quo* al preservar los derechos de las partes para asegurar el efectivo cumplimiento de la decisión final mientras se resuelve la disputa. Dichas medidas anticipan los efectos de la decisión de fondo y buscan mantener la conservación del estado de las cosas existentes.<sup>5</sup> En otras palabras, son:

“herramientas utilizadas por Tribunales (estatales o arbitrales) durante la consecución de un litigio o arbitraje que buscan proteger la litis de la controversia durante el procedimiento buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final”.<sup>6</sup>

La finalidad de las medidas cautelares ha sido desarrollada por Tribunales arbitrales de Países Bajos como:

“aquella que busca asegurar los activos, preservar el objeto de la controversia, evitar un perjuicio a los derechos de las partes a lo largo del proceso, preservar el *statu quo* o ejercer cierta conducta mientras se resuelve el proceso.”<sup>7</sup>

En síntesis, las medidas cautelares son accesorias a la pretensión principal y sirven para asegurar la finalidad del proceso.

A nivel de doctrina, el tratadista argentino Carnelutti ha distinguido las medidas cautelares, unas como aquellas con carácter conservativo que se otorgan mediante el proceso cautelar instrumental y otras con carácter innovativo que se dan en el proceso final. Las conservativas buscan garantizar los medios del proceso definitivo y conseguir una cautela para el proceso de

---

<sup>4</sup> Alfredo Di Iorio, *Teoría General de las Medidas Cautelares*. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Desalma, 1985), p.89.

<sup>5</sup> Eduardo De Lázari, *Medidas Cautelares*. (La Plata, Argentina: Librería Editora Platense S.R.L, 1995), p.4.

<sup>6</sup> Francisco González Dede Cossío, *Arbitraje*. (Ciudad de México, México: Editorial Porrúa, 2004), p.323.

<sup>7</sup> Cámara de Comercio Internacional, *No. 11443* publicado en el *Yearbook Commercial Arbitration*, (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2005), p.88.



ejecución, mientras que el proceso cautelar final garantiza la practicidad del proceso definitivo.<sup>8</sup> A pesar de dichas precisiones académicas, a lo largo de esta investigación y por cuestiones terminológicas, se utilizarán como sinónimos los términos “medida cautelar”, “medida provisional” y “medida de aseguramiento”.

### C. Desarrollo histórico de las medidas cautelares

Las medidas cautelares no son modernas. Este instituto del derecho procesal viene desde códigos antiguos y el Derecho Romano. Aunque en el año 1760 A.C. el Código de Hammurabi no reguló el asunto de las medidas cautelares expresamente,<sup>9</sup> el Código de Goryn sí señaló, según algunas interpretaciones, que mientras se realizaba el juicio sobre el derecho de propiedad de un esclavo, este debía de retenerse durante la realización del juicio. Esta disposición se configura como una medida cautelar, puesto que pretende asegurar la finalidad del proceso: el derecho de propiedad sobre el objeto (el esclavo). Si el objeto se pierde o el esclavo se escapa, el proceso pierde todo su sentido. Por ende, con dicha medida de retención del esclavo, se pretendía asegurar dicha finalidad del proceso.<sup>10</sup> Es discutible si dicha medida cautelar clasificaba en ese entonces como real o personal puesto que los esclavos eran considerados como cosas.

En el Derecho romano, apunta Juan Iglesias, las partes contaban con la posibilidad de recibir una protección jurídica extraprocesal en virtud del *imperium* que ostentaban los magistrados. Los interdictos son sumamente similares, en ese sentido, a las medidas cautelares. Los interdictos se conocen, bajo el Derecho romano, como una orden del pretor que busca: una exhibición (interdicto exhibitorio),<sup>11</sup> una restitución (interdicto restitutorio)<sup>12</sup> o una prohibición (interdicto prohibitorio).<sup>13</sup> Es interesante que en todos esos casos el pretor realizaba un análisis

---

<sup>8</sup> Francesco Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil*. (Buenos Aires, Argentina: El Foro, 1997), 1997, p.86.

<sup>9</sup> Es importante mencionar que el Código de Hammurabi si reguló; sin embargo, asuntos procesales.

<sup>10</sup> Michael Gagarin, *The First Law of the Goryn Code*. (Austin, Texas: Universidad de Texas, 1989), p.21.

<sup>11</sup> Presentarás o exhibirás a la persona libre que retienes con dolo malo o *Quem liberum dolo malo retines, exhibeas*.

<sup>12</sup> Restituirás al actor aquella cosa objeto de la demanda que recibiste de él en precario o dejaste de tener dolosamente o *Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas*.

<sup>13</sup> Prohibo que se impida por la violencia que sigáis poseyendo la casa de que se trata tal como la poseéis uno por otro sin violencia ni clandestinidad ni en precario. *Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto*.



*ex ante* al dictado de la sentencia, preliminar, en el que determinaba si otorga o no el interdicto y si el supuesto de hecho que alegaba el solicitante en efecto se daba.

Otro nombre que reciben los interdictos es el de providencias administrativas urgentes, dado que buscan mantener una situación o un comportamiento que se ve sujeto a ser cambiado y se trata de conservar dicho estado de manera inmediata. El interdicto era también diferente de una decisión definitiva y podía ser aceptado o rechazado. Si el mismo era aceptado y el solicitante ganaba el proceso, con la sentencia se resolvía definitivamente la cuestión. Si el interdicto era aceptado cada parte prometía una suma si perdía el litigio.<sup>14</sup>

En el ámbito internacional, la primera medida cautelar dictada por un Tribunal internacional permanente fue en 1927 en el caso del Tratado Sino-belga bajo la orden N.º 8.1.1927 dictada por el presidente Max Huber.<sup>15</sup> Con esta decisión, se estableció un *corpus* de reglas coherentes aplicable a las medidas cautelares en las disputas internacionales.<sup>16</sup> Dentro de los requisitos, la orden incluyó criterios actualmente estandarizados como el mantenimiento del *statu quo* de los derechos de las partes pendiente a la resolución final, el requisito del daño irreparable y el concepto de no prejuzgar el fondo del asunto con la medida provisional.

Actualmente la facultad que tiene la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) para dictar medidas provisionales está expresamente regulada en el artículo 41 del Estatuto de la CIJ, el cual dispone:

“1. La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes. 2. Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas.”

Este artículo 41 del Estatuto de la CIJ también sirve de base para que otros Tribunales internacionales puedan dictar medidas cautelares. El artículo 290 de la Convención de las

---

<sup>14</sup> Juan Iglesias, *Derecho Romano, Historia e Instituciones*. (Barcelona, España: Editorial Ariel, S.A.,1997), p.197-198.

<sup>15</sup>Corte Permanente Internacional de Justicia del Tratado del 2 de noviembre de 1865, *Caso China vs. Bélgica* (1927).

<sup>16</sup>Ver: Camero Miles, *The Origins of the Law of Provisional Measures before International Courts and Tribunals*. (Heidelberg, Alemania:, Max Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2013)



Naciones Unidas de Derechos del Mar del 16 de noviembre de 1973 también regula expresamente la facultad del Tribunal arbitral o de la Corte para dictar medidas provisionales:

“que estime apropiadas con arreglo a las circunstancias para preservar los derechos respectivos de las partes en la controversia o para impedir que se causen daños graves al medio marino, en espera de que se adopte la decisión definitiva”.

Los requisitos señalados son sumamente similares a los que se requieren bajo el arbitraje internacional, los cuales serán analizados a continuación.

#### **D. Aspectos generales del arbitraje internacional**

La expansión de la globalización y el crecimiento de las relaciones comerciales transfronterizas han transformado las relaciones jurídicas. El arbitraje se ha convertido en la opción más utilizada para solucionar controversias a nivel internacional en industrias como la de los seguros, las compraventas internacionales, petróleo y el gas, las construcciones, energía, proyectos de infraestructura, telecomunicaciones, transacciones corporativas, *joint ventures*, propiedad intelectual, contratos de distribución, importaciones, exportaciones y muchas otras.<sup>17</sup> Asimismo, el uso de las cláusulas arbitrales en contratos privados internacionales es cada vez más frecuente<sup>18</sup> pues se reconocen las ventajas que este proceso ofrece, como la confidencialidad, la celeridad, la especialidad y la flexibilidad.<sup>19</sup>

El profesor Jan Paulsson parte de la idea que el arbitraje produce una resolución vinculante que viene a ser aceptada con serenidad por aquellos que sufren sus consecuencias, puesto que confiaron y seleccionaron a los que emitieron la resolución.<sup>20</sup> Sin embargo, esta resolución vinculante, llamada en castellano laudo arbitral, no es siempre aceptada con serenidad por las partes, pues la que pierde puede no asimilar el resultado del proceso. El arbitraje es en realidad un proceso de resolución alterna de conflictos entre dos o más partes a través de una resolución

---

<sup>17</sup> Latham Watkins LLP, *Guide to International Arbitration*, 2017, <https://www.lw.com/thoughtleadership/guide-to-international-arbitration-2017>.

<sup>18</sup> En Estados Unidos, la representación de abogados ante el AAA creció de un 36% en 1927 a un 91% en 1947 debido a las leyes que aprobaron la ejecución de los laudos.

<sup>19</sup> Alfredo Bullard Gonzáles, “¿Es el arbitraje un juicio?” *Ita Ius Esto Revista de Estudiantes*, (2012): 58 y Benson, Bruce, “Arbitration” en *Encyclopedia of Law and Economics*, (Ghent, Bélgica: Universidad de Ghent, 2000), p. 169.

<sup>20</sup> Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration*. (Oxford, England: Oxford University Press, 2013), p.1.





vinculante. Este mecanismo es una alternativa a la jurisdicción ordinaria y sus orígenes se remontan desde la antigua Grecia<sup>21</sup> y los tiempos antiguos.<sup>22</sup> El arbitraje se define como:

“un medio por el cual la resolución de un asunto, que es de interés para dos o más partes, es confiado en una o más personas –el árbitro o los árbitros– quienes obtienen sus poderes en virtud de un acuerdo privado, no de las autoridades del Estado, y quienes deben actuar y decidir el caso con base en dicho acuerdo”.<sup>23</sup> (Traducción libre)

El arbitraje puede ser de carácter nacional o internacional. El presente trabajo se enfoca en el arbitraje internacional. La diferencia radica en que en el internacional se encuentran ciertos elementos de extranjería. La Ley Modelo UNCITRAL, establece en el artículo (1)(3) que un arbitraje es internacional, si:

“a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o

b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) el lugar del arbitraje, si este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> En el Derecho romano y en las Doce Tablas también había disposiciones y reglas sobre el nombramiento de terceros, árbitros, que resolvían las controversias. Una tabla específica, la IX-III, establecía explícitamente uno de los temas más criticados en el arbitraje: el de la corrupción. En ese sentido, la tabla establecía una pena a los árbitros y los amenazaba el indicar que si recibían dinero para pronunciar su sentencia, se les iba a condenar bajo la pena de muerte. Ver: Bravo Peralta y Martín Virgilio, *El arbitraje económico en México* (Ciudad de México: Porrúa, 2002).

<sup>22</sup> Jerome T. Barret, y Joseph P. Barret. *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*. (San Francisco, California: Jossey- Bass, 2004).

<sup>23</sup> Emmanuel Gaillard y John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (La Haya, Países Bajos: Kluwer Arbitration, 1999), p.8.

<sup>24</sup> Artículo 1.3 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, (1985), [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf).



La nacionalidad de las partes no es entonces el criterio determinante para calificar a un arbitraje como internacional o no, sino el establecimiento de las partes, el lugar del cumplimiento de las obligaciones contractuales o la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje. Según el comentario oficial a la Ley Modelo UNCITRAL, la gran mayoría de situaciones en las que se considera un arbitraje internacional es porque las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes.

El arbitraje internacional tiene dos grandes vertientes: el comercial y el de inversión. El presente trabajo se enfocará en ambos tipos, por el hecho de tratar una cuestión procesal en la que se aplican principios similares en los dos procesos y por haber más laudos publicados disponibles en el arbitraje de inversión por el principio de transparencia que rige en estos procesos.

Con respecto a la definición de arbitraje internacional comercial, la Ley Modelo UNCITRAL no define estrictamente qué se entiende por la palabra “comercial”; sin embargo, tal y como lo señala el comentario de la Ley Modelo UNCITRAL con respecto a la definición de comercial:

“En la nota al párrafo 1) del artículo 1 se señala que debe dársele “una interpretación amplia” y se enumeran varios ejemplos de relaciones, que podrían describirse como de índole comercial “contractuales o no”.<sup>25</sup>

La finalidad de esa nota es soslayar toda dificultad técnica que pudiere surgir, por ejemplo, al determinar las operaciones que deberían regirse por un determinado texto de derecho mercantil que exista en algún ordenamiento jurídico.

Con respecto al arbitraje de inversión, este se basa en una controversia entre un Estado y un inversionista extranjero. Dicha modalidad adquiere relevancia cuando un Estado busca atraer inversión extranjera directa<sup>26</sup> y con el fin de ser más atractivo, busca darle seguridad

---

<sup>25</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, (1985), p. 12-13 [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf).

<sup>26</sup> La inversión extranjera directa implica usualmente la adquisición por parte de una casa matriz de bienes físicos - como planta y equipo - en el extranjero. Dentro de las diversas modalidades, la casa matriz puede establecer una subsidiaria en el país extranjero o adquirir las acciones de una empresa extranjera. Sobre este tema, ver a Adrian Buckley, *Multinational Finance*. (Pensilvania, Estados Unidos: Prentice Hall, 1996), p.35.



jurídica al potencial inversionista extranjero en el sentido que las controversias que puedan surgir van a poder solventar en un medio neutro y no en las Cortes del país contra el que se pretende entablar el proceso. El inversionista extranjero, usualmente busca dicha seguridad para mitigar el riesgo político que conlleva invertir en otro país como que el Estado confisque, nacionalice o expropie su propiedad privada.<sup>27</sup>

En un principio, no había reglas establecidas para la protección de las inversiones extranjeras, sino disposiciones rudimentarias en tratados de amistad, comercio y navegación (conocidos como los Tratados FCN) como el Tratado FCN entre Italia y Estados Unidos de 1948.<sup>28</sup> En ese mismo año, 1948, el Tratado de la Habana,<sup>29</sup> le dedicó un capítulo completo (Capítulo III) titulado “Desarrollo Económico y Reconstrucción” y le imponía una serie de obligaciones a los Estados para la protección de las inversiones extranjeras. Este Tratado falló; sin embargo y hubo otra serie de intentos multilaterales para proteger a las inversiones extranjeras.<sup>30</sup>

No fue entonces hasta cuando el Banco Mundial creó en 1965 el CIADI mediante la Convención de Washington, la cual busca proteger las inversiones extranjeras y ha sido ratificada por más de 149 Estados. La Convención del CIADI establece un mecanismo arbitral para resolver los conflictos que surjan entre un inversionista extranjero y un Estado. Esta Convención junto con el Reglamento sobre procedimientos del CIADI enmarcan las reglas procesales del arbitraje de inversión.

El Estado manifiesta normalmente su consentimiento para acudir ante un eventual arbitraje en dicho foro por medio de la suscripción de un Tratado Bilateral de Inversión (“TBI”) con otro Estado receptor. Los inversionistas extranjeros del Estado receptor, por su parte, manifiestan su consentimiento para acudir a un arbitraje de inversión con el requerimiento arbitral. Hay otras opciones, además del TBI, como la suscripción de un acuerdo de inversión.<sup>31</sup> Lo importante es que ambas partes manifiesten su consentimiento al arbitraje de una u otra

---

<sup>27</sup> Fry Earl H., *The Politics of International Investment*. (New York, Estados Unidos: Mc Graw-Hill Book Company, 1983), p.57.

<sup>28</sup> Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe de la Corte Internacional de Justicia*, 18 de agosto 1989, p.15

<sup>29</sup> Esta Convención fue celebrada mediante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo en La Habana, Cuba.

<sup>30</sup> Vaughan Lowe, *Changing Dimensions on International Investment Law*. (Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2007), p.8-12.

<sup>31</sup> Ver: Margaret L Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. (Cambridge, Inglaterra: Universidad de Cambridge, 2012)



manera. De hecho, se desprende que, tanto en el arbitraje de inversión como en el internacional comercial, el fundamento del proceso proviene de la autonomía de la voluntad de las partes.

### **E. Poder de los Tribunales arbitrales para dictar medidas cautelares**

La autonomía de la voluntad es la base fundamental durante todo el proceso arbitral.<sup>32</sup> Al ejercer las partes dicha autonomía de la voluntad, son libres de seleccionar las leyes aplicables al proceso arbitral. En ese sentido, los poderes del Tribunal arbitral son aquellos conferidos por las partes dentro de los límites establecidos por las leyes aplicables.<sup>33</sup> Por ende, para que el Tribunal arbitral pueda determinar cuáles poderes ostenta, debe de realizar un análisis de conformidad con la voluntad de las partes, la cláusula arbitral y las reglas escogidas en el caso concreto.

De igual manera, es importante indicar que las partes, en términos generales, pueden otorgar poderes a los Tribunales arbitrales de manera explícita o implícita.<sup>34</sup> Dichos poderes; sin embargo, siempre deben estar en línea con el marco legal que rodea el arbitraje y no violentar aspectos de orden público. En caso de que las partes no hayan previsto, entonces, en la cláusula arbitral explícitamente un poder específico para otorgar medidas cautelares, las leyes que las partes escogieron en la cláusula arbitral van a determinar si el Tribunal tiene dicho poder de manera implícita.<sup>35</sup>

En el arbitraje internacional, así como con los asuntos de conflictos de leyes bajo el Derecho internacional privado, hay una complejidad de leyes que interactúan entre sí. En términos

---

<sup>32</sup> Emmanuel Gaillard, *International Commercial Arbitration*. (Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2009), p.85.

<sup>33</sup> Alan Redfern and Martin Hunter, *International Arbitration*. (Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2015), p.305.

<sup>34</sup> Es fundamental reconocer que las leyes arbitrales no existen en el medio de la nada (“the applicable laws do not exist in a legal vacuum”). Hay miles de contratos que se realizan hasta informalmente y ni siquiera se escoge una ley aplicable puesto que este asunto es frecuentemente olvidado. En ese sentido, un proceso de derecho internacional privado, a pesar de que no hayan sido seleccionadas las reglas aplicables, no se desarrolla en el medio de la nada, sino que tiene lugar en medio de un sistema legal que es admisible para suplementar las reglas no escritas. Sobre este tema, ver: Alan Redfern and Martin Hunter, *International Arbitration*. (Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2015), p.305 y Ver: Lord McNair, *The general principles of law recognized by civilized nations*. (Londres, Inglaterra: British Yearbook of International Law, 1957).

<sup>35</sup> Committee on International Commercial Arbitration, *Inherent and Implied power of Arbitral Tribunal*. (Washington D.C., Estados Unidos, International Law Association, 2014), p.14.



generales, se puede establecer que en el arbitraje internacional hay cinco leyes aplicables, que se conocen como:

1. La ley que gobierna la cláusula arbitral, su interpretación y la ejecución de la cláusula;<sup>36</sup>
2. La ley que gobierna la existencia y el proceso del arbitraje, conocida como la *lex arbitri*;
3. La ley o que gobierna los asuntos sustantivos de la disputa;
4. Las disposiciones del derecho suave (*soft law*)<sup>37</sup> no vinculantes como recomendaciones y;
5. La ley aplicable al reconocimiento y a la ejecución del laudo arbitral.<sup>38</sup>

Todas estas leyes son relevantes durante el análisis para determinar los poderes que ostenta un Tribunal arbitral. La primera ley (la ley que gobierna la interpretación de la cláusula arbitral) es relevante puesto que el Tribunal debe hacer un análisis sobre si las partes consintieron en otorgarle dicho poder y para ello, es necesario interpretar su voluntad y la cláusula arbitral según las reglas interpretativas.<sup>39</sup>

La *lex arbitri* es la ley que delimita el marco general del arbitraje.<sup>40</sup> Aunque las partes raramente la escogen explícitamente en un arbitraje internacional,<sup>41</sup> sí eligen casi siempre el foro del arbitraje. Al haber hecho tal elección, se desprende entonces que la ley del foro usualmente es también la *lex arbitri*.<sup>42</sup> Usualmente, cuando las partes eligen el foro del arbitraje

---

<sup>36</sup> En la doctrina y en la práctica, hay una discusión sobre si la ley que gobierna la interpretación de la cláusula arbitral (a falta de una disposición expresa) es la ley del fondo del contrato o la ley sustantiva del foro del arbitraje. A pesar de que este análisis debe hacerse caso por caso al analizar detalladamente la voluntad de las partes, el principio de separabilidad de la cláusula arbitral no consideró que prevenga a Tribunales de sostener que la ley de fondo del contrato es la aplicable puesto que este principio fue diseñado únicamente para cuestiones de validez y no para ver al contrato principal como uno totalmente desligado de la cláusula arbitral.

<sup>37</sup> Un ejemplo de *soft law* son las Directrices IBA del 2014 sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional o las Directrices IBA sobre Recepción de Evidencia en el Arbitraje Internacional.

<sup>38</sup> William W. Park, “The procedural soft law of international arbitration: Non-governmental instruments,” en *Pervasive Problems in International Arbitration* (Londres, Inglaterra: Kluwer Law International, 2006), p.141–154.

<sup>39</sup> Adrian Briggs, *Civil Jurisdiction and Judgements*. (Nueva York, Estados Unidos: Informal Law from Routledge, 2015), p.776.

<sup>40</sup> Alaistair Henderson, “Lex arbitri, procedural law and seat of the arbitration: Unravelling the laws of the Arbitration Process” *Academy of Law Journal*, (2014): 887.

<sup>41</sup> Seyda Dursun, *A Critical Examination of The Role Of Party Autonomy In International Commercial Arbitration And an Assessment Of Its Role And Extent*, (Istanbul, Turquía: Yalova Universitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012), p.171.

<sup>42</sup> Corte de Apelaciones de Singapur, Caso PT Garuda Indonesia v Birgen Air, 2002, Caso No. 1 SLR 393.



eligen un lugar que no tiene conexión con ellas mismas ni con su relación contractual, por ende, escogen a un lugar neutro.<sup>43</sup>

Las reglas establecidas en la *lex arbitri* representan un estándar externo a la cláusula arbitral y concierne asuntos relacionados con la potestad de los Tribunales de dictar medidas cautelares, y las reglas que le dan la facultad a las Cortes de tomar medidas de apoyo al proceso arbitral como remover a un árbitro por una falta de conducta o llenar una vacante en el Tribunal arbitral si no hubiera otro mecanismo.<sup>44</sup>

Cada Estado elige qué reglas adoptar para regular el proceso de arbitraje internacional dentro de su territorio; sin embargo la Ley Modelo UNCITRAL busca establecer uniformidad en el arbitraje internacional y es la ley recomendada para que los Estados adopten puesto que se busca que las partes tengan seguridad a la hora de seleccionar un foro.

La ley o las reglas legales aplicables, que gobiernan los asuntos sustantivos de la disputa son conocidas como el derecho de fondo del contrato. En algunos contratos esta ley se escoge en una cláusula separada titulada “Derecho Aplicable” o en otros contratos se selecciona dentro de la misma cláusula arbitral.

Las disposiciones del Derecho suave (*soft law*) no vinculantes como recomendaciones quedan a la discreción del Tribunal arbitral para ser adoptadas; sin embargo, son recomendables, pero no obligatorias, si las reglas descritas anteriormente no establecieran cómo resolver un tema y las otras recomendaciones sí recogen ciertos lineamientos que pueden servir de guía para el Tribunal.

Finalmente, la ley aplicable al reconocimiento y a la ejecución del laudo arbitral más aceptada a nivel internacional es la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrajes extranjeras de 1958 (“Convención de Nueva York”).

El poder del Tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares depende de la autoridad que el mismo tiene y emana de la autonomía de la voluntad de las partes y las reglas que escogieran que aplicaran.<sup>45</sup> En ese sentido, a la hora de determinar si este cuenta con poder o no para

---

<sup>43</sup>Cámara de los Lores Británica, *West Tankers v RAS*, 2007, Caso No. 1 Lloyd's Rep 391.

<sup>44</sup> Corte Comercial, Queen's Bench Division, *Caso Smith Ltd v H International*, 1991, Caso No. 2 Lloyd's Rep 127.

<sup>45</sup>Julian Lew, Loukas Mistelis y Stefan Kröll *Comparative International Commercial Arbitration*, (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2003), p.587.



otorgar medidas cautelares debe de analizar sus poderes bajo las reglas antes mencionadas. Este análisis es crucial puesto que raramente las partes acuerdan de manera explícita en la cláusula arbitral el poder del Tribunal para otorgar medidas cautelares. Por ende, cuando no hay una disposición expresa que faculte a los Tribunales para otorgar una medida cautelar, las reglas escogidas por las partes - y en especial la *lex arbitri*- van a otorgarle o negarle dicho poder al Tribunal de manera implícita.<sup>46</sup> La *lex arbitri* es sumamente importante puesto que el poder para otorgar medidas cautelares es un poder de naturaleza procesal.<sup>47</sup>

Históricamente a los Tribunales arbitrales se les negó la posibilidad de dictar medidas cautelares y esta facultad estaba reservada exclusivamente para las Cortes. Ni los Protocolos de Ginebra relacionados con el arbitraje ni la Convención de Nueva York de 1958 regularon el tema de las medidas cautelares. Asimismo, las Cortes presumían su jurisdicción sobre disputas antes de fallar sobre el fondo de un asunto, lo que era considerado como un abuso excesivo del poder de la soberanía estatal. Además, se argumentaba que acudir ante un Tribunal arbitral iba a retrasar el otorgamiento de la medida puesto que este debía de conformarse primero y para otorgar una medida cautelar se necesitan poderes de ejecución en el foro en el que se realiza dicha medida.<sup>48</sup> Por ende, las Cortes eran preferidas sobre los Tribunales arbitrales. Esta tendencia; sin embargo, comenzó a cambiar paulatinamente, aunque se mantiene vigente y con ciertas particularidades, en países como Italia, Argentina y China.

El caso italiano es bastante particular en este sentido. Actualmente, el poder de los Tribunales arbitrales para dictar medidas cautelares está establecido de una manera sumamente restrictiva en el Artículo 818 del Código de Procedimiento Civiles de Italia que es el resultado de la reforma a la Ley de Arbitraje Italiana del año 2006. Antes de 2006, el artículo les impedía expresamente a los Tribunales otorgar medidas cautelares ya que decía: “los árbitros no pueden otorgar medidas accesorias o cautelares”.

La reforma de 2006 y el Artículo 818 del Código de Procedimiento Civiles italiano; sin embargo, introdujeron una excepción a la prohibición en el sentido que ahora se establece: “los

---

46Corte Suprema de Justicia del Reino Unido, *Jivraj v Hashwani*, 2011, Caso No UKSC 40, en donde se reconoció la discreción que ostentan los árbitros para resolver controversias con base en el principio implícito de la autonomía de la voluntad.

47Cámara de Comercio Internacional, 1997, Caso No. 8786, publicado en el Boletín CCI No. 811, 2000.





árbitros no pueden otorgar medidas accesorias o cualquier otro tipo de medidas cautelares, salvo que se exprese lo contrario en la ley”.

Es decir, se debe de presumir que los Tribunales arbitrales en Italia no cuentan con el poder para otorgar medidas cautelares salvo que se pacte lo contrario. Este artículo ha sido interpretado de dos maneras distintas en la doctrina. La posición mayoritaria sostiene que el Artículo 818 del Código de Procedimiento Civiles italiano es una disposición obligatoria que no puede ser derogada.<sup>49</sup> La posición minoritaria sostiene que si las partes les otorgan el poder a los árbitros para conceder medidas cautelares de manera explícita o implícita, al escoger una serie de reglas que le dan al Tribunal el poder para conferir dicho remedio, entonces los árbitros pueden otorgar medidas cautelares puesto que tienen una fuerza contractual.<sup>50</sup>

Gary Born señala por su parte, que cuando las partes otorgan el poder de dictar medidas cautelares al Tribunal arbitral de manera explícita en la cláusula arbitral, la Convención de Nueva York de 1958 y el acuerdo de las partes prevalecerán sobre la prohibición establecida en la *lex arbitri* y por lo tanto, los Tribunales sí detentan en esos casos la potestad de otorgar medidas cautelares en Italia.<sup>51</sup> Esta posición; sin embargo, fue rechazada por la Corte Suprema de Italia mediante la Resolución N.º 9909 del 27 de abril de 2009, la cual reafirmó la posición mayoritaria y señaló que un acuerdo arbitral que le otorgue poderes al Tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares sería completamente inefectivo. Asimismo, en un arbitraje bajo las reglas CCI con el foro en Italia, el Tribunal arbitral sostuvo que:

“los demandantes basaron su solicitud de medidas cautelares en el artículo 23(1) de las Reglas CCI (...). Sin embargo, puesto que el arbitraje tiene su foro en Italia, este es gobernado por las disposiciones de la *lex loci arbitri* establecidas en los artículos 806 y siguientes del Código de Procedimientos civiles de Italia. Puesto que el artículo 818 constituye una disposición mandatoria de ley la cual las partes no pueden derogar al acordar en las reglas CCI, el Tribunal es del criterio que la solicitud de los demandantes

---

<sup>49</sup> Luca G. Radicati di Brozolo y Michele Sabatini, *Reporte de Arbitraje de Italia 2018*. (Londres, Inglaterra: International Bar Association, 2018), p. 14.

<sup>50</sup> Patocchi y Marzolini, en Draetta and Luzzatto (eds.), *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary*, Juris, 2012, p. 319-310 citado por Luca G. Radicati di Brozolo y Michele Sabatini, *Reporte de Arbitraje de Italia 2018*. (Londres, Inglaterra: International Bar Association, 2018)

<sup>51</sup> Gary Born, *International Commercial Arbitration*. (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2014), p. 2465-2466 citado por Luca G. Radicati di Brozolo y Michele Sabatini, *Reporte de Arbitraje de Italia 2018*. (Londres, Inglaterra: International Bar Association, 2018), p. 14.



está regida bajo el artículo 818 y solamente, de manera subsidiaria, por el artículo 23(1) de las Reglas CCI. El Tribunal concluye que entonces no ostenta del poder para otorgar medidas cautelares bajo el artículo 818 y rechaza la solicitud de medidas cautelares solicitada por los demandantes”<sup>52</sup>.

En mi criterio, este razonamiento es el correcto puesto que el Tribunal arbitral siempre está sujeto a las reglas obligatorias establecidas en la *lex arbitri*. Por ende, al ser el foro en dicho caso Italia y ser el Artículo 818 del Código de Procedimientos Civiles una norma no dispositiva, por más que las reglas aplicables digan lo contrario, el Tribunal arbitral con foro en Italia sí se encuentra en ese caso particular para otorgar medidas cautelares.

En Argentina, el Artículo 753 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (“CNCC”) dispone que:

“Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución, deberán requerirlas al juez y este deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”.

Esta norma ha sido interpretada como una negación a los Tribunales arbitrales para otorgar medidas cautelares, puesto que no hay ninguna norma que lo permita. Asimismo, el Artículo 753 CNCC impide a los árbitros aplicar, dictar medidas compulsorias o de ejecución. Por lo tanto, las medidas cautelares deben ser solicitadas ante el juez estatal.<sup>53</sup> No obstante, otros sostienen que el imperio del que carecen los árbitros es distinto a los atributos de jurisdicción con los que sí cuentan los árbitros como la posibilidad de conceder medidas cautelares.<sup>54</sup> En ese sentido, se ha interpretado que el Artículo 753 CNCC no priva a los árbitros de la facultad de decidir sobre la procedencia de las medidas cautelares cuando estas se soliciten durante el procedimiento arbitral, pero que se refieren más bien a la segunda etapa procesal de

---

<sup>52</sup> Caso de la Cámara de Comercio Internacional, no publicado citado por Ferdinando Emanuele y Milo Molfa, “Medidas cautelares” en *International Arbitration: The Italian Perspective* (Londres, Inglaterra: Thomson Reuters, 2014), p.162.

<sup>53</sup> Caso Nac. Civs., Sala A, 13/6/1972, “Vialco SA vs. El Fletero SRL”, ED 50-463, Julio César Rivera, *Arbitraje comercial internacional y doméstico*. (Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, 2007)

<sup>54</sup> Julio César Rivera, *Arbitraje comercial internacional y doméstico*. (Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot: 2007).



ejecución, mediante la cual los árbitros deben de pedir la intervención de los Tribunales estatales.<sup>55</sup>

En mi criterio, si bien es cierto, el último razonamiento es lógico y es cierto que el imperio de los árbitros es distinto a la facultad que tienen para otorgar medidas cautelares, una facultad expresa para los árbitros de otorgar medidas cautelares sí es necesaria, al menos en la *lex arbitri*, puesto que esta delimita el marco bajo el cual se desarrolla el arbitraje. Por ende, aunque que el Artículo 753 CNCC no prohíbe dicha facultad, no una hay norma procesal habilitante que le otorgue dicha facultad a los Tribunales arbitrales. Por ende, en Argentina, salvo disposición habilitante, no sería posible otorgar medidas cautelares.

En la República Popular de China el Artículo 68 de la Ley de Arbitraje les deniega la posibilidad a los Tribunales arbitrales de ordenar medidas provisionales.<sup>56</sup> Las solicitudes de medidas cautelares en un proceso arbitral deben hacerse en las Cortes estatales. La jurisdicción del tipo de corte va a variar según la clasificación doméstica o internacional del arbitraje, si es doméstico sería en las Cortes estatales básicas y si es internacional, en las estatales intermedias.<sup>57</sup>

La doctrina ha considerado que negar la posibilidad de otorgar medidas cautelares al Tribunal arbitral supone una violación directa a la tutela judicial efectiva,<sup>58</sup> ello porque quien insta un proceso arbitral debe poder acogerse a los mecanismos de protección que proporcionan las medidas cautelares.<sup>59</sup> Esto merece sentido, puesto que si las partes confían en un foro para resolver sus disputas, a este se le debería de permitir ejercer una justicia efectiva y completa sobre la disputa que le fue confiada. Por ende, dicha posición de negarle el poder a los Tribunales arbitrales es la excepción y no la regla.

Suiza, uno de los países con más desarrollo en el área del arbitraje comercial internacional, en un principio también les negaba a los Tribunales arbitrales, la posibilidad de

---

<sup>55</sup> Rodrigo Bordachar Urrutia, *Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia*. (Buenos Aires, Argentina: Instituto de Cultura Jurídica, 2015), p. 77.

<sup>56</sup> Gabriël Moens y Sam Luttrell, "Interim Measures of Protection under the Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration" *International Arbitration Journal*, (2010): 77.

<sup>57</sup> Huawei Sun y Lei Zhang, *Global Arbitration Review*. (China: Zhong Lun Law Firm, 2017), para. 20-24

<sup>58</sup> José Carlos Fernández Rozas, "Arbitraje y Justicia Cautelar," *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XXII, (2007), p.23-60

<sup>59</sup> Ernesto Salcedo Verduga, *Las Medidas Cautelares en el Arbitraje*. (Guayaquil, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2006), p. 16.



otorgar medidas cautelares. En ese sentido, el Concordato Cantonal de Suiza de 1969 señalaba en el Artículo 26(1) que:

“Solamente las autoridades judiciales estatales tienen la autoridad para ordenar medidas provisionales”.

Esto; sin embargo, cambió con el actual Artículo 183 de Ley Federal del Derecho Internacional Privado suizo del 18 de diciembre de 1987 (conocidas como “PILS”) que contempla expresamente la posibilidad que las partes soliciten medidas cautelares en la jurisdicción arbitral y estatal. En ese sentido, el Artículo 183 PILS denominado “Medidas provisionales o de conservación” establece que:

“1 Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal arbitral podrá, a solicitud de una de las partes, ordenar medidas provisionales o de conservación.

2 Si la parte concerniente no cumple voluntariamente con dichas medidas, el Tribunal arbitral podrá solicitar la asistencia del juez competente; el juez aplicará su propio derecho.

3. El Tribunal arbitral o el juez podrán sujetar el otorgamiento de medidas provisionales o de conservación a las garantías apropiadas”. (Traducción libre)

En Austria, hay un debate histórico sobre si los Tribunales arbitrales pueden otorgar o no medidas cautelares. Tradicionalmente, la potestad de otorgar medidas cautelares en Austria era competencia de las Cortes estatales.<sup>60</sup> Esta visión predominó por gran tiempo en la doctrina austriaca, con la salvedad del autor Schönherr que adoptó la posición alemana en la que los árbitros sí podían otorgar medidas cautelares.<sup>61</sup> Actualmente, la doctrina mayoritaria en Austria reconoce el poder de los Tribunales para otorgar medidas cautelares. En ese sentido, el Artículo 593(1) del nuevo Código de Procedimientos Civiles de Austria (ZPO) señala que el Tribunal arbitral puede ordenar medidas cautelares salvo que las partes hayan acordado lo contrario.

El párrafo 1041 del Código de Procedimientos Civiles de Alemania (ZPO § 1041.1) señala que salvo que las partes hayan pactado lo contrario, el Tribunal arbitral puede (“kann”)

<sup>60</sup> Corte Suprema de Austria, *Caso Ob 350/77*, 1977.

<sup>61</sup> F. Schönherr, ‘Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis und Schiedsgericht’, (GesRZ, 1980).



ordenar directamente, si una parte ha emitido una petición correspondiente, las medidas provisionales o medidas que tengan la finalidad de proveer seguridad, si lo considera necesario.

Similarmente, el Artículo 39 del Arbitration Act de 1996 en el Reino Unido establece que las partes son libres de dotar al Tribunal arbitral del poder para ordenar una medida cautelar que permita garantizar el laudo final. En ese sentido, el poder se titula “poder para otorgar laudos provisionales”.

En Estados Unidos, el poder de los Tribunales arbitrales para otorgar medidas cautelares fue confirmado por el caso *Island Creek Coal Sales Co. vs Gainesville* desde 1984<sup>62</sup> y en el caso *Advanced Micro Devices, Inc. vs. Intel Corporation*.<sup>63</sup> Otros países como Bélgica (Art.1691.1), Chile (Art. 17), Colombia (Art.152), Ecuador (Art.9), España (Art.23), Guatemala (Art.22), Holanda, Hong Kong, India, Japón (Art.24), Malasia (Art.19) México (Art. 1433),<sup>64</sup> Panamá (Art. 24), Perú (Art.47), Singapur, Suecia (Art.25), Ucrania y Venezuela (Art.26) también han reconocido explícitamente la facultad de los Tribunales arbitrales de otorgar medidas cautelares. Esta es la tendencia dominante y que, en mi criterio, los países deberían de adoptar.

Complementariamente, la gran mayoría de centros arbitrales también cuentan con disposiciones expresas que otorgan poderes a los Tribunales arbitrales para emitir medidas cautelares. Las reglas arbitrales complementan el poder de los Tribunales arbitrales para otorgar medidas cautelares. En ese sentido, se pueden señalar: el Artículo 25 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (“LCIA”), el Artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje (“AAA”),<sup>65</sup> el Artículo 26(1) del

---

<sup>62</sup>Corte de Apelación de Estados Unidos, Sexto Circuito, *Island Creek Coal Sales Co. vs. Gainesville* 729, 15 de marzo 1984.

<sup>63</sup> Corte de Apelación de California, Sexto Circuito, *Advanced Micro Devices, Inc. vvs. Intel Corporation*, 4 de junio del 1994.

<sup>64</sup> Francisco González de Cossio, “The 2011 reform on Mexican arbitration law.” *IBA Arbitration News* 1, (2012), p. 72.

<sup>65</sup> El artículo 21 del AAA dispone lo siguiente: “Medidas Cautelares de Protección. 1. El Tribunal, previa solicitud de cualquier parte, podrá adoptar cualquier medida cautelar que estime necesaria, incluyendo medidas sumarias y medidas de protección y conservación de la propiedad. 2. Estas medidas cautelares podrán adoptar la forma de laudo provisional, pudiendo el Tribunal requerir garantía de los costes derivados de tales medidas. 3. Las medidas cautelares solicitadas por una parte ante la autoridad judicial no se considerarán incompatibles con el acuerdo de arbitraje ni una renuncia al derecho al arbitraje. 4. El Tribunal podrá distribuir los costes asociados a las solicitudes de medidas cautelares en un laudo provisional o en el laudo definitivo”.



Reglamento UNCITRAL, el Artículo 46 del Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (“OMPI”), por mencionar unos cuantos.

Por su parte, el Artículo 28 de las Reglas de la Cámara Internacional de Comercio (“CCI”) del 2017 dispone lo siguiente:

“1) A menos que las partes hayan acordado otra cosa, tan pronto como el archivo ha sido transmitida a ella, El Tribunal arbitral podrá, a petición de una de las partes, ordenar cualquier providencia precautoria que estime conveniente. El Tribunal arbitral podrá subordinar la concesión de cualquier medida de este tipo sujetos a la seguridad apropiada proporcionada por el solicitante. Las medidas mencionadas deberán adoptar la forma de una orden, dando razones, o de un premio, como el Tribunal arbitral considere apropiado (...).”

En conclusión, los centros arbitrales y sus reglamentos también reconocen la facultad de los Tribunales arbitrales de otorgar medidas cautelares; sin embargo, en la práctica, las restricciones a los poderes de los árbitros para otorgar medidas cautelares se encuentran en la *lex arbitri* y no en las reglas arbitrales institucionales.<sup>66</sup> Lo ideal sería entonces que la *lex arbitri* dentro de la cual se enmarque dicho arbitraje, también permita dicha potestad. La *lex arbitri* por excelencia, cuyo propósito es lograr una unificación de todas las leyes arbitrales internacionales, es la Ley Modelo UNCITRAL.

#### **F. Requisitos generales de las medidas cautelares bajo la Ley Modelo UNCITRAL**

Uno de los desafíos más grandes del Derecho internacional consiste en lograr una adecuada armonización de normas. Consecuentemente, en el área del arbitraje comercial internacional, la Ley Modelo UNCITRAL buscó, a mediados de los ochentas, apoyar a los Estados a modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral para lograr un tratamiento uniforme a nivel internacional. Esto se materializó el 21 de junio de 1985 cuando se publicó y aprobó la Ley Modelo UNCITRAL con la finalidad que los Estados la adoptaran en sus jurisdicciones respectivas y se lograra una adecuada armonización de legislaciones nacionales sobre arbitraje comercial internacional. La reforma más importante que ha afectado la Ley Modelo UNCITRAL desde su promulgación en 1985, fue la modificación del año 2006. El tema

---

<sup>66</sup> Phillip Landolt y Barbara Reeves Neal, “Provisional Measures Concerning Competition Law” en *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*. (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2011), p. 669.



específico de las medidas cautelares, reguladas en el Artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL, fue el cambio más significativo que sufrió este cuerpo normativo.

La versión original de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 regulaba de manera lacónica la facultad del Tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares y disponía lo siguiente:

“Artículo 17. Facultad del Tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el Tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El Tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas”.

Desde ese momento, el Artículo 9 de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 aclaró que:

“No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un Tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el Tribunal conceda esas medidas”.

A pesar del avance de regular el tema del poder de los Tribunales arbitrales para otorgar medidas cautelares en el arbitraje internacional comercial, estas disposiciones eran breves y generales, lo que dio origen a interpretaciones distintas.<sup>67</sup> Esto violentaba flagrantemente el propósito de uniformidad de la ley. El Artículo 17 fue interpretado también de manera limitada y se entendía que la redacción estaba relacionada de manera directa con las medidas cautelares vinculadas directamente con la protección de la materia objeto de la disputa y no les otorgaba poderes adicionales a los Tribunales arbitrales. Asimismo, a pesar de tener la facultad de otorgar medidas cautelares, el foro preferido por las partes para solicitar medidas cautelares seguía siendo las Cortes estatales y no los Tribunales arbitrales. Por ende, la Ley Modelo

---

<sup>67</sup> Pilar Perales y Ignacio Torerola, *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010*. (, Buenos Aires, Argentina: Editorial Legis, 2011), p. 253.





UNCITRAL de 1985 no estaba cumpliendo con su propósito en el ámbito de las medidas cautelares.

A finales de la década de los noventas; sin embargo, se empezó a ver un cambio y los Tribunales arbitrales asumieron un rol más protagónico con respecto al otorgamiento de medidas cautelares.<sup>68</sup> Esta necesidad presionó a que en 2006 se reformara el Artículo 17 de medidas cautelares y se les diera a los árbitros un poder más amplio en comparación con la versión de 1985.

El inciso primero del Artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL es similar a la versión de 1985 puesto que confiere el poder general a los Tribunales arbitrales para dictar medidas cautelares:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares”.

Sobre este artículo es importante señalar que se quitó la referencia a “las medidas provisionales cautelares que el Tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio” para evitar confusiones e interpretaciones restrictivas. Asimismo, el artículo aclara que dichas medidas pueden ser ordenadas a instancia de una de las partes y no le da la facultad al Tribunal de otorgarlas de oficio. Finalmente, el apartado primero “salvo acuerdo en contrario de las partes” respeta la voluntad de las partes de disponer sobre dicho poder del Tribunal y convierte la norma en disponible, no vinculante para las partes, si se quiere acordar lo contrario.

El inciso segundo del Artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL define lo que se entiende por medida cautelar y enumera, de manera abierta, el tipo de medidas cautelares que pueden ser ordenadas por los Tribunales arbitrales. El artículo dispone lo siguiente:

“2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se

---

<sup>68</sup>Michelle Grando, *The Coming of Age of Interim Relief in International Arbitration: A report from the 28th Annual ITA Workshop*, (Kluwer Arbitration Blog, 2016), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/07/20/the-coming-of-age-of-interim-relief-in-international-arbitration-a-report-from-the-28th-annual-ita-workshop/>



dirima definitivamente la controversia, el Tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

- a) mantenga o restablezca el *statu quo*<sup>69</sup> en espera de que se dirima la controversia;
- b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
- c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
- d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

Como se mencionó anteriormente, estas medidas ya no se limitan a las relacionadas con el objeto de la disputa, sino que abarcan una lista más expansiva.

El tema sobre si esta lista abarca el poder del Tribunal arbitral para otorgar una *cautio judicatum solvi* será abordado en la Sección II de este mismo capítulo.

Uno de los problemas más grandes que enfrentan los árbitros frente a una solicitud de medida cautelar es determinar cuáles son los requisitos aplicables para otorgar o no dicha medida. La Ley Modelo UNCITRAL ofrece una solución al respecto. A continuación, se analizarán los requisitos que deben de cumplirse para otorgar una medida cautelar según el Artículo 17 A de la Ley Modelo UNCITRAL, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 17 A. Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares

1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al Tribunal arbitral de que:

a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más

---

<sup>69</sup> El *statu quo* “se basa en el principio de que una vez que se somete una diferencia a arbitraje, las partes no deben tomar medidas que puedan agravar o ampliar su diferencia u obstaculizar la ejecución del laudo”- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones , *Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún contra el Estado Plurinacional de Bolivia*, “Decisión en medidas precautorias”, 26 de febrero del 2010, Caso CIADI ARB/06/2.



grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser esta otorgada;  
y

b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del Tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho Tribunal.

2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo solo serán aplicables en la medida en que el Tribunal arbitral lo estime oportuno”.

En ese sentido, la parte solicitante de la medida cautelar debe demostrar un daño que, de no otorgarse la medida, no será resarcible adecuadamente mediante una indemnización (a); que el beneficio de la parte actora es mayor que el daño que le causa a la otra parte al otorgarse la medida (b) y la apariencia de buen derecho (c).

**a. Un daño que, de no otorgarse la medida, no será resarcible adecuadamente mediante una indemnización**

Con respecto a este requisito, vemos que el numeral 17(A)(1)(a) nos habla de un test hipotético que debe de realizar el árbitro antes de otorgar la medida cautelar, que consiste en imaginarse qué sucedería si la medida cautelar no se otorga.<sup>70</sup> Si la respuesta es que no se producirá ningún daño si la medida no se otorga o que el daño pudiera ser resarcido mediante una indemnización, el Tribunal deberá rechazar la medida. La pregunta consiste en determinar ¿qué es un daño que no puede ser resarcido adecuadamente mediante una indemnización?

---

<sup>70</sup> Ver artículo: “de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser esta otorgada”



El comentario al Artículo 2 de la Guía del Chartered Institute of Arbitrators (“CIArb”) sobre medidas cautelares de 2015 señala que:

“Los árbitros deben de quedar satisfechos en el sentido de que la parte que solicita la medida cautelar sufra probablemente un daño en caso de no otorgarse la medida. Los árbitros no deben de quedar satisfechos en el sentido de que ese daño va a ocurrir definitivamente, solamente tienen que quedar satisfechos en el sentido de que haya un riesgo de que dicho daño ocurra. Si el daño puede ser indemnizado adecuadamente mediante un laudo que condene a la otra parte a pagar una suma monetaria, puede no ser apropiado otorgar la medida cautelar. Los árbitros por lo tanto deben de determinar caso por caso si un daño determinado puede ser indemnizado adecuadamente por medio de daños. La prueba que hay que aplicar con respecto a la determinación del nivel del daño varía según el tipo de medida cautelar solicitada y las circunstancias del caso”.<sup>71</sup>  
(Traducción libre)

Por ende, el CIArb señala que este análisis debe de realizarse caso por caso. Los autores Lew, Mistelis y Kröll comparan este requisito con el de un daño irreparable, el cual, según ellos, debe entenderse en el sentido económico y no literal. El estándar del daño irreparable busca en indagar si algo se perdería por esperarse al laudo final o si más bien algo se perdería de no otorgarse la medida cautelar.<sup>72</sup>

El daño irreparable no debe ser urgente en un sentido estricto y absoluto puesto que no sería correcto que un Tribunal arbitral rechace una solicitud de medidas cautelares con el fundamento en que la parte afectada podría esperar un mes sin sufrir una pérdida. El análisis de la urgencia, según Landoldt, debe ir enfocado en el lapso que transcurre entre la solicitud

---

<sup>71</sup>Chartered Institute of Arbitrators, *Applications for Interim Measures*, Artículo 2 (iii): p.7. Ver original: “Arbitrators need to be satisfied that the party applying for an interim measure is likely to suffer harm if the measure is not granted. They do not need to be satisfied that the harm will definitely occur, rather they need to be satisfied that there is a risk that the harm is likely to occur. If the harm can be adequately compensated for by an award of monetary damages (that is likely to be honoured) it may not be appropriate to grant the interim measure.15 Arbitrators should therefore determine whether a given harm can be sufficiently and adequately compensated through damages on a case-by-case basis. The test to be applied to determine the level of harm that justifies an interim measure varies depending on the type of measure sought and the circumstances of the case.”

<sup>72</sup>Phillip Landolt y Barbara Reeves Neal, “Provisional Measures Concerning Competition Law” en *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*. (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2011, p. 680.



de la medida cautelar y el tiempo en el que se dicte el laudo definitivo o parcial. Por ende, podría compararse con el de *periculum in mora* o peligro en la demora.

No obstante, también se ha argumentado que el estándar no es aquel del “daño irreparable” en el sentido angloamericano del Derecho común, pero en cambio, hay que demostrar un daño grave, sustancial o serio. En ese sentido, un laudo requirió la demostración de un daño sustancial, pero no irreparable como es conocido bajo el Derecho común.<sup>73</sup> La barra probatoria del daño irreparable es mucho más alta que la del daño sustancial, puesto que, en el mundo comercial la mayoría de los daños son susceptibles de reparación mediante compensación monetaria. Lew, Mistelis y Kröll sostienen; sin embargo, que no siempre es posible compensar a una parte mediante una indemnización por un daño causado a la reputación de una empresa.<sup>74</sup>

Según Born, en la práctica, los Tribunales consideran sobre este requisito los siguientes factores:

- i. “El alcance del daño serio que puede sufrir la parte solicitante durante el proceso arbitral;
- ii. El alcance y la posibilidad de compensar ese daño mediante el laudo final; y
- iii. El alcance de lo justo o equitativo que sería que la carga del riesgo o del daño durante el proceso arbitral sea cargado por una parte u la otra.”<sup>75</sup> (Traducción libre)

Por ende, la parte solicitante debe demostrar un daño que, de no otorgarse la medida, no será resarcible adecuadamente mediante una indemnización monetaria, según el estándar que estime adecuado (ya sea daño irreparable en el sentido grave o de daño sustancial).

---

<sup>73</sup> Cámara de Comercio Internacional, *Caso No. 8786, 11(1) ICC Ct. Bull. 81, 83*, “Laudo Interino” (2000) citado por Gary Born, *International Commercial Arbitration*. (La Haya, Países Bajos, Kluwer Law International: 2014), p.2470.

<sup>74</sup> Julian Lew y Loukas Mistelis, *Comparative International Commercial Arbitration*, (La Haya, Países Bajos, Kluwer Law International: 2003) p.605.

<sup>75</sup> Gary Born, *International Commercial Arbitration*. (La Haya, Países Bajos, Kluwer Law International: 2014), p.2471.

**b. Demostrar que el beneficio de la parte actora es mayor que el daño que le causa a la otra parte al otorgarse la medida**

El requisito de la ponderación de intereses en juego también establece una prueba mental que debe realizar el árbitro antes de otorgar la medida cautelar. Los dos intereses que deben de ponderarse son dos: el primero es el de la parte que solicita la medida y el interés contrapuesto de la otra que busca que se rechace la medida. En algunas ocasiones, también puede haber intereses de terceros que resulten afectados, si se otorga o rechaza la medida.

Este requisito se relaciona con la proporcionalidad, aunque ha sido discutido si es estrictamente lo mismo. Al respecto, sobre la proporcionalidad, el comentario al Artículo 2 de la Guía del CIArb sobre medidas cautelares de 2015 señala que:

“(a) Los árbitros también deben de considerar el daño que le puede ser ocasionado a la otra parte si se otorga la medida cautelar. Cualquier daño que le pueda ser causado a la otra parte debe de ser balanceado en contra del daño que podría sufrir el solicitante de la medida cautelar si dicha medida no es otorgada. Los árbitros deben de considerar si las circunstancias del caso y la base que sustenta el otorgamiento cautelar supera los argumentos que favorecen el rechazo de la medida cautelar o viceversa.

(b) Los árbitros también pueden llegar a considerar la posición financiera de las partes para asegurarse que ninguna parte va a ser desfavorecida sustancialmente si la medida cautelar es otorgada en el sentido de que el arbitraje va a ser abandonado. En esa situación, el posible cambio de circunstancias que le puede ser causado a ambas partes debe de ser medido y considerado cuidadosamente”.<sup>76</sup> (Traducción libre)

El balance de intereses en juego consiste entonces en una comparación directa entre la carga futura que le va a ser impuesta a la contraparte, si la medida cautelar es otorgada frente a la carga futura que se le causaría a la parte solicitante, si no se otorga la medida.

---

<sup>76</sup> Chartered Institute of Arbitrators, *Applications for Interim Measures*, Artículo 2 (vi): p.7. Ver original: “a) Arbitrators need also to consider any harm likely to be caused to the opposing party if they grant the interim measure. Any harm caused by granting the measure should be weighed against the likely harm to the applicant if the measure is not granted. They should consider whether the circumstances of the case and the grounds supporting the granting of the relief outweigh the grounds favouring denial of the relief or vice versa. b) Arbitrators may need to consider the relative financial position of the parties to ensure that a party will not be substantially disadvantaged if the interim measure is granted such that the arbitration is abandoned. In this situation, the likely financial hardship to be caused to both parties should be carefully weighed and considered.”



Este requisito no requiere entonces, terminológicamente, de mayor complejidad y va a variar caso por caso, según los intereses en juego que puedan ser afectados. El árbitro debe buscar afectar lo menos posible el estado actual de las partes, salvo que sea estrictamente necesario realizar lo contrario. Dentro de este análisis, también es importante considerar la apariencia de buen derecho, ya que de nada valdría afectar la esfera jurídica actual de una parte, si esta no tiene posibilidades razonables de ganar la pretensión al final del proceso.

### **c. La apariencia de buen derecho.**

La apariencia de buen derecho o el *fumus boni iuris* (humo de buen derecho) consiste en un análisis *prima facie* que hace el Tribunal sobre la pretensión en el caso concreto. Al respecto, sobre el establecimiento *prima facie* que debe hacer el Tribunal arbitral sobre la pretensión del caso, el comentario al Artículo 2 de la Guía del CIArb sobre las medidas cautelares de 2015 señala que:

“los árbitros que consideren medidas cautelares deben de quedar satisfechos en que el aplicante tiene un caso razonablemente argumentable. Esto quiere decir que los árbitros deben de quedar satisfechos al realizar un análisis preliminar sobre el caso del aplicante y que tiene posibilidades en ganar el caso final; sin embargo, los árbitros deben de tener cuidado en no prejuzgar el fondo del caso” (Traducción libre).<sup>77</sup>

La Corte Suprema de Nueva Zelanda estableció en el caso de *Safe Kids in Daily Supervision Ltd. vs. McNeill*, la barra de una “verdadera posibilidad de éxito” en el fondo del caso.<sup>78</sup> En este caso se puede ver cómo, bajo dicha concepción, se clasifica el requisito de la apariencia de buen derecho como un requisito positivo al requerir que demuestre una verdadera posibilidad de éxito en el caso.

---

<sup>77</sup> Chartered Institute of Arbitrators, *Applications for Interim Measures*, Artículo 2 (vi): p.7. Ver original: “Arbitrators considering an application for interim measures should be satisfied on the information before them that the applicant has a reasonably arguable case. This means that arbitrators should be satisfied on a very preliminary review of the applicant’s case that it has a probability of succeeding on the merits of its claim; however arbitrators should not prejudge the merits of the case.”

<sup>78</sup> Tribunal Supremo de Nueva Zelanda, *Safe Kids in Daily Supervision Limited vvs. McNeill and Others*, 14 de Abril del 2010, Caso NZHC 605.



Otros Tribunales arbitrales, por otro lado, de una interpretación negativa que consiste en la tarea del Tribunal de establecer que las pretensiones no tienen ningún mérito.<sup>79</sup> En ese sentido, en el caso *Rules Sergei Paushok vs. el Gobierno de Mongolia*, el Tribunal Arbitral determinó en una orden de medidas cautelares dentro del proceso *ad hoc* bajo las reglas UNCITRAL de 1976, que este requisito hace referencia a que: “la demanda, no es realizada, de manera frívola”.

Con respecto a las demandas frívolas, dicho aspecto juega relevancia en el sentido del fenómeno frecuente de las tácticas de guerra en el arbitraje internacional o las *guerrilla tactics*. Es difícil encontrar una definición uniforme a este término puesto que unos sostienen que estas representan una estrategia legítima que forma parte de la obligación del abogado de representar a su cliente, mientras que otros las describen como aquellas prácticas hostiles que se realizan en detrimento de otra parte.<sup>80</sup> Lo cierto es que el Tribunal debe ser cuidadoso en analizar si el interés de la parte, que solicitando la medida cautelar no es retrasar el proceso arbitral puesto que las tácticas de guerra más peligrosas<sup>81</sup> son las que pasan inadvertidas o buscan retrasar, de manera leve, el proceso.<sup>82</sup> A su vez, el Tribunal debe ver las posibilidades razonables que tiene la parte de ganar el caso al final ya que de lo contrario, se estaría afectando a un tercero de manera innecesaria.

Otro aspecto fundamental que debe cuidar el Tribunal arbitral es no prejuzgar el fondo del caso, al realizar el análisis *prima facie* de los argumentos de las partes y el Derecho aplicable.

Al respecto, sobre la proporcionalidad, el comentario al Artículo 2 de la Guía del CIArb sobre las medidas cautelares de 2015 señala que:

“(a) Al decidir sobre solicitudes de medidas cautelares, los árbitros deben de ser cuidadosos en no prejuzgar o predeterminar la disputa misma. Los árbitros no deben de

---

<sup>79</sup> Cámara de Comercio Internacional, *Producer vvs. Construction Company*, “Laudo Interino”, 12 de diciembre de 1996, Caso No. 1694 NAI; publicado por Albert Jan van den Berg, *Yearbook Commercial Arbitration 1998*, Volumen XXIII, (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 1998), pp.97-112.

<sup>80</sup>Fabian Ajogwu, *Dealing with Guerilla Tactics in International Arbitration: which tools for Counsel and Arbitrators?*, (Lagos, Nigeria: Kenna Partners, 2016), p.3.

<sup>81</sup> Un caso interesante mediante el cual se discute si las medidas cautelares que se solicitaron constituyeron una táctica de guerra fue el caso de Timor Leste y Australia. En este caso, se originó una disputa por la aplicación de unos tratados y el control de un área rica en petróleo en el Mar de Timor enterentre los dos Estados.

<sup>82</sup>Günther J. Horvath & Stephan Wilske, “Conclusion and Outlook”, en *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2013), p. 340.





decidir ningún asunto sobre la disputa final con base en la evidencia y argumentos presentados en una solicitud de medidas cautelares. Esto también quiere decir que los árbitros deben de mantener una mente abierta al escuchar solicitudes posteriores y la evidencia. Cuando los árbitros consideren que una medida cautelar no puede ser otorgada sin hacer una decisión sobre el caso como un todo, ellos pueden abstenerse de otorgar dicha medida o proceder con la audiencia sobre el fondo del asunto.

(b) Los árbitros deben de reiterar a las partes al realizar su decisión sobre la solicitud de medidas cautelares que ellos no han prejuzgado ni decidido finalmente ningún asunto relacionado con la disputa. De lo contrario, alguna parte puede recusar el nombramiento del árbitro posteriormente con base en falta de imparcialidad”<sup>83</sup>  
(Traducción libre).

Este requisito reitera el carácter de accesoriedad que tiene la medida cautelar. Asimismo, advierte a los árbitros, lo cuidadosos que deben ser para que el laudo que vayan a dictar sea ejecutable y que sus nombramientos no vayan a ser cuestionados en una etapa posterior por falta de parcialidad. No obstante, es importante aclarar que el Tribunal no cometería un error si únicamente realiza un análisis *prima facie* del caso sin prejuzgar el fondo del caso, sino que únicamente realizada un juzgamiento con base en argumentos y evidencia incompletos sin ningún efecto preclusivo.<sup>84</sup> En este análisis, el Tribunal puede considerar el sustento legal de los argumentos de las partes.

### G. Medidas cautelares en el arbitraje de inversión

La potestad del Tribunal arbitral en el arbitraje de inversión bajo las reglas del CIADI sobre otorgar medidas cautelares, también es ampliamente reconocida. En ese sentido, un Tribunal

---

<sup>83</sup> Chartered Institute of Arbitrators, *Applications for Interim Measures*, Artículo 2 (vi): p.8-9. Ver original: “When deciding applications for interim measures, arbitrators should be careful not to prejudge or predetermine the dispute itself. They should not finally decide any issue in the dispute based on the evidence and argument in support of, or in opposition to, an application for interim measures. This also means that arbitrators should keep an open mind when hearing later submissions and evidence. Where arbitrators consider that the interim measure cannot be granted without making a decision on the merits of the case as a whole, they may either refrain from granting such a measure<sup>18</sup> or proceed to an accelerated hearing on the merits. b) Arbitrators should emphasise to the parties that, in reaching their decision on an application for interim measures, they have not prejudged or fully decided any issue in the dispute. Failing to do so may result in later challenges to the arbitrators’ appointment on the basis of lack of impartiality.”

<sup>84</sup>Gary Born, *International Commercial Arbitration*. (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2014), p.2478.



arbitral bajo las reglas CIADI determinó, en términos generales, que “un Tribunal disfruta de una amplia discreción para dictar medidas provisionales, pero no debe recomendar medidas provisionales a la ligera y debe sopesar los intereses divergentes de las partes a la luz de las circunstancias del caso.”<sup>85</sup> Dicha facultad para otorgar medidas cautelares se encuentra regulada bajo el Artículo 47 del Convenio CIADI y la Regla N.º 39. El Artículo 47 del Convenio CIADI señala que:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes”.<sup>86</sup>

Similarmente, la Regla N.º 39 titulada Medidas Provisionales establece lo siguiente:

“(1) En cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.

(2) El Tribunal dará prioridad a la consideración de las peticiones de las partes hechas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (1).

(3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento.

---

<sup>85</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Caso Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, 21 de marzo del 2007, Caso No. ARB/05/07.

<sup>86</sup>Este artículo es similar al numeral 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que dispone que:

“1. La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes.  
2. Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas.”



(4) El Tribunal solo recomendará medidas provisionales, o modificará o revocará sus recomendaciones, después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones.

(5) Si una parte presenta una solicitud en virtud del párrafo (1) antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General deberá, a petición de cualquiera de las partes, fijar plazos para que las partes presenten observaciones sobre la solicitud, de tal forma que la solicitud y las observaciones puedan ser consideradas prontamente por el Tribunal una vez constituido.

(6) Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes o después de incoado el procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses”.

Con respecto al párrafo primero y el poder que tiene el Tribunal arbitral de inversión para otorgar una medida cautelar, llama la atención que el artículo señala “(...) que el Tribunal recomiende la adopción de medidas cautelares (...)”, cabe la pregunta, en ese sentido, sobre si la palabra recomendación le resta un carácter obligatorio a la medida cautelar ordenada por el Tribunal arbitral constituido bajo las reglas CIADI. Los autores Redfern y Hunter señalan, en ese sentido, que:

“el uso de la palabra recomendación en ese contexto surge de la preocupación externada por los redactores de la convención del CIADI en el sentido de que esta fuera vista como un respeto hacia la soberanía nacional para que no se otorgaran poderes a Tribunales privados para ordenarle a un Estado lo que debía hacer o dejar de hacer algo, con un fundamento puramente provisional.<sup>87</sup>” (Traducción libre)

No obstante, señalan los autores, la jurisprudencia arbitral bajo las reglas del CIADI sí reconoce que las medidas cautelares constituyen obligaciones vinculantes para las partes. A continuación, se analizará un caso de una medida cautelar ordenada por un Tribunal arbitral en

---

<sup>87</sup> Alan Redfern and Martin Hunter, *International Arbitration*. (Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2015), p.314.



contra de un Estado bajo la Regla N.º 39 CIADI y el análisis que hace el Tribunal con respecto hacia el respeto que deben tener los Tribunales arbitrales en relación a la soberanía nacional.

En el caso de Perenco Ecuador Ltd. vs. la República del Ecuador y la empresa estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) bajo el caso CIADI N.º ARB/08/06, Perenco (inversionista extranjero francés) presentó una demanda arbitral en contra de la República de Ecuador y su empresa estatal, Petroecuador, relacionada con el alza del precio del petróleo y el monto adeudado bajo dos contratos de participación entre Perenco y Petroecuador. Perenco reclamaba que la Ley N.º 42 alteraba de manera radical y unilateral los derechos de Perenco y que dicha modificación violaba los términos de los contratos de participación y el acuerdo entre las repúblicas de Ecuador y Francia para la promoción y protección recíproca de inversiones.

El 3 de marzo de 2009, el Juzgado de Coactivas de Petroecuador ordenó incautar la producción y embarques de Crudo Napo que eran propiedad de Perenco, hasta que Perenco pagara una suma de 327 millones de dólares. Esta medida se dio luego que el presidente de Ecuador anunciara medidas coactivas en contra de Perenco, porque no habían pagado sus impuestos sobre ganancias extraordinarias debido a los altos precios del crudo. Consecuentemente, Perenco presentó una solicitud de medidas provisionales ante el Tribunal Arbitral para que se ordenara a los demandados abstenerse del cobro forzoso de los montos adeudados en disputa bajo la Ley N.º 42 y preservar el *statu quo* mientras se resolviera la reclamación. En la solicitud, Perenco indicó que esta medida era urgente, puesto que, de lo contrario, los demandados embargarían los activos de Perenco en un plazo de tres días a no ser que ellos pagaran los 327 millones de dólares bajo la Ley 42. Perenco buscaba evitar la interferencia con la capacidad del Tribunal de otorgar un remedio efectivo. Asimismo, alegaban que, si los demandados incautaban sus cuentas bancarias, equipo propiedad y demás activos, la compañía no podría operar más y estaría obligada a cerrar el negocio. Consecuentemente, Perenco le solicitó al Tribunal arbitral que ordenara a los demandados abstenerse de demandar cualquier monto presuntamente adeudado bajo la Ley N.º 42, entre otras medidas relacionadas.

En su respuesta, Ecuador citó la Regla N.º 39(4) de las Reglas de Arbitraje CIADI, que confiere la facultad al Tribunal, de recomendar medidas provisionales sujetas a que se brinden primero a cada parte, una oportunidad para que hagan presenten sus observaciones. Ecuador alegaba que el Tribunal no tiene entonces la facultad para emitir dichas órdenes ya que no se



les ofrecían a los demandados una oportunidad significativa de presentar sus observaciones, puesto que la orden se solicitaba “inmediatamente”. Los demandados alegaban que los Tribunales no tienen un poder que los faculta expresamente para emitir órdenes interinas mientras se resuelve una solicitud de medidas provisionales. Perenco argumentaba que los demandados al expresar sus argumentos estaban teniendo una oportunidad para presentar sus observaciones y que, si el Tribunal esperaba para emitir la orden, ésta ya no tendría sentido.

El Tribunal, en su decisión, reconoció en primer lugar que:

“Si bien el Tribunal no requiere estar satisfecho de que tiene jurisdicción para pronunciarse sobre el fondo de esta diferencia para resolver la solicitud de medidas provisionales, no ordenará dichas medidas salvo que exista, a lo menos, una base *prima facie* sobre la cual su jurisdicción pueda establecerse”.<sup>88</sup>

Con respecto a dicho análisis *prima facie* el Tribunal citó el Artículo 9 del TBI en el que Ecuador consintió someter a toda diferencia legal entre el Estado y un nacional o sociedad de la otra parte contratante relativa a una inversión, al CIADI y, por lo tanto, reconoció la base *prima facie* mediante la cual permite establecer su jurisdicción. Asimismo, el Tribunal reconoció su poder de restringir acciones para salvaguardar la efectividad e integridad del procedimiento arbitral y evitar agravar seriamente la disputa bajo el Artículo 47 del Convenio CIADI y la Regla N.º 39.<sup>89</sup>

Con respecto a los requisitos, el Tribunal señaló que el Artículo no establece una condición de pérdida irreparable y que:

“Las medidas provisionales solo pueden ser otorgadas cuando sean urgentes, porque no pueden ser necesarias si, al momento, no existe una necesidad demostrable para ellas. Las medidas provisionales serán otorgadas si son necesarias al momento de la decisión

---

<sup>88</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Victor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende c. Chile*, “Decisión sobre la solicitud de medidas provisionales”, 25 de septiembre de 2001, Caso No. ARB/98/2.

<sup>89</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Victor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende c. Chile*, “Decisión sobre la solicitud de medidas provisionales”, 25 de septiembre de 2001, Caso No. ARB/98/2.



para salvaguardar la efectividad y la integridad del procedimiento y evitar una severa agravación de la diferencia.”

El Tribunal señaló, entonces, que, de no otorgarse la medida, Perenco sería condenado al pago de 327 millones de dólares y si su negocio fuera efectivamente terminado, este daño, no podría ser adecuadamente compensado a través de un laudo de daños pecuniarios si demanda se sostuviera.

Con respecto a los argumentos de los demandados y los límites del poder que gozan los Tribunales arbitrales de inversión para ordenar medidas cautelares, el Tribunal señaló en el párrafo 50 que:

“en cualquier arbitraje CIADI, una de las partes será un Estado soberano y cuando se otorgan medidas provisionales en su contra, sus efectos necesariamente serán los de restringir la libertad del Estado para actuar como lo desee. Las medidas provisionales pueden, por consiguiente, impedir que un Estado aplique una ley en tanto se expide una resolución final sobre el fondo de la diferencia (...).”

En su análisis para llegar a tal conclusión, el Tribunal citó, repitió y adoptó el criterio del Tribunal arbitral en el caso de *City Oriente vs. Ecuador*, en su decisión sobre medidas provisionales del 19 de noviembre de 2007, párrafo 43, en el que la Ley 42 también era el centro de controversia y en ese sentido se dispuso que:

“El Tribunal es muy consciente de que la Ley [42] fue promulgada, en ejercicio de su legítima e indiscutida soberanía nacional, por el poder legislativo de la República del Ecuador y que, con posterioridad, el Tribunal Constitucional de esa Nación, en Resolución de 22 de agosto de 2006, ha decidido que no viola la Constitución. Corresponde a los Poderes públicos ecuatorianos promulgar las leyes que estimen apropiadas para el bien común de esa Nación, y el Tribunal de Arbitraje ni puede ni desea interferir en esa tarea legislativa. La función del Tribunal en este caso se circunscribe a resolver las disputas que surgen en relación al Contrato.”



En la decisión de revocación de medidas provisionales del 13 de mayo de 2008, párrafos 56 y 57, el Tribunal arbitral repitió dicho reconocimiento de la soberanía nacional de Ecuador y de la legitimidad del Poder Legislativo y añadió que:

“El Tribunal de Arbitraje se reafirma en esta conclusión. Un árbitro carece de competencia para suspender el poder legislador del Ecuador o actos legislativos emanados del Congreso ecuatoriano, y el Tribunal nunca lo ha pretendido, ni menos lo ha ordenado. Como ya dejó claro en la última frase del párrafo 43 de su Decisión, [se elimina la nota de pie] “[l]a función del Tribunal en este caso se circunscribe a resolver las disputas que surgen en relación al Contrato”. Y así ha ocurrido: lo que ha suspendido el Tribunal de Arbitraje en sus Medidas Provisionales no son los actos legislativos del Ecuador, sino cualquier medida o acto conminatorio o de naturaleza coactiva de Petroecuador o de Ecuador, que tenga por resultado interferir en los derechos contractuales, incluido el derecho de la Demandante a demandar el cumplimiento del Contrato.”

Por ende, el Tribunal reconoció su limitación en el sentido que no puede parar de aplicar una ley y que sus decisiones son interpartes y que no tienen efectos *erga omnes* para terceros. En ese sentido, no tiene las funciones ni atribuciones de las que goza un Tribunal constitucional. No obstante, el Tribunal arbitral sí puede imponer medidas sobre los actos que afecten los derechos contractuales sobre una de las partes que ha consentido arbitrar su disputa. En palabras del Tribunal arbitral, en el párrafo 90:

“En primer lugar, el Tribunal reitera una vez más su respeto a las potestades soberanas de la República del Ecuador y al derecho a disponer sobre sus recursos naturales de acuerdo con las leyes que los Poderes públicos ecuatorianos estimen apropiadas. Las Medidas Provisionales no interfieren en el ejercicio de estas potestades. Lo único que establecen es que, provisionalmente, mientras se dirime el impacto de una legislación sobrevenida, los recursos naturales se continúen explotando en los términos de un Contrato que los Poderes públicos ecuatorianos en su día otorgaron, considerándolo entonces instrumento válido y eficaz para disponer de sus recursos naturales.”



En otras palabras, un Estado no podría invocar su derecho interno para eximir o justificar una infracción a una de sus obligaciones internacionales<sup>90</sup>. Finalmente, el Tribunal sí llegó a la conclusión que las circunstancias del caso le requieren recomendar medidas provisionales que le impiden a la demandada solicitar que Perenco pague cualquier monto presuntamente adeudado conforme a la Ley 42.<sup>91</sup>

## H. Momento procesal para solicitar una medida cautelar

Usualmente, las medidas cautelares se solicitan durante el procedimiento arbitral, después de la constitución del Tribunal arbitral y antes del pronunciamiento del laudo<sup>92</sup>. La gran interrogante que surge es: ¿qué sucede si la medida cautelar es necesaria antes de la constitución del Tribunal arbitral?

La opción más lógica es que las partes deberían acudir a las Cortes y solicitar la tutela cautelar en ese foro; no obstante, si las partes firmaron una cláusula arbitral, deberían tener la posibilidad de contar con otro foro distinto a las Cortes tradicionales que les otorgue un remedio cautelar. En ese sentido, una medida cautelar de las Cortes violentaría el deseo de las partes por la neutralidad.<sup>93</sup> En respuesta a dicho problema, una serie de reglas institucionales ha regulado la posibilidad de que las partes soliciten medidas cautelares, aún antes de la constitución del Tribunal arbitral ante un árbitro distinto.

El Reglamento de Arbitraje de la CCI desde los años noventa creó la figura del pre-arbitral *referee* inspirada en el *reféré* de la Ley Procesal francesa<sup>94</sup> y les permitía a las partes que este

---

<sup>90</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Victor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende c. Chile*, “Decisión sobre la solicitud de medidas provisionales”, 25 de septiembre de 2001, Caso No. ARB/98/2.

<sup>91</sup>*Ibid.*

<sup>92</sup>El Artículo 290 (5) de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Mar señala que: “hasta que se constituya el Tribunal arbitral al que se someta una controversia con arreglo a esta sección, cualquier corte o Tribunal designado de común acuerdo por las partes o, a falta de tal acuerdo en el plazo de dos semanas contado desde la fecha de la solicitud de medidas provisionales, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar o, con respecto a las actividades en la zona, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos podrá decretar, modificar o revocar medidas provisionales conforme a lo dispuesto en este artículo si estima, en principio, que el Tribunal que haya de constituirse sería competente y que la urgencia de la situación así lo requiere. Una vez constituido, el Tribunal al que se haya sometido la controversia podrá, actuando conforme a los párrafos 1 a 4, modificar, revocar o confirmar esas medidas provisionales.”

<sup>93</sup>Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration*. (Oxford, England: Oxford University Press, 2013), p.215

<sup>94</sup>Wallace R. Baker y Patrick de Fontbressin, *The French Référé Procedure – A Legal Miracle?* (Miami, United States: University of Miami, 1992-1993), p.8-20





tercero dictara medidas cautelares aún antes de la integración del Tribunal arbitral. Esta figura fracasó; sin embargo, puesto que se requería de un “opt-in” para otorgarle jurisdicción y esto raramente sucedía. Consecuentemente, las Reglas CCI de 2012 crearon en su Artículo 29 la figura del árbitro de emergencia, el cual reza:

“1) Una parte que necesite medidas temporales o de conservación urgentes que no pueden esperar hasta la constitución de un Tribunal arbitral ("Medidas de emergencia") puede presentar una solicitud de este tipo de medidas de conformidad con las Reglas de árbitro de emergencia en Apéndice VS. Dicha solicitud será aceptada sólo si es recibida por la Secretaría antes de la entrega del expediente al Tribunal arbitral de conformidad con Artículo 16 y con independencia de si la parte que hace la solicitud ya ha presentado su solicitud de arbitraje.

2) La decisión del árbitro de emergencia adoptará la forma de una orden. Las partes se comprometen a cumplir con cualquier orden dictada por el árbitro de emergencia.

3) La orden del árbitro de emergencia no será vinculante para el Tribunal de arbitraje con respecto a cualquier pregunta, cuestión o controversia determinados en el orden. El Tribunal arbitral podrá modificar, terminar o anular la orden o cualquier modificación de los mismos hecha por el árbitro de emergencia.

4) El Tribunal arbitral decidirá sobre las solicitudes o reclamaciones de cualquiera de las partes relacionadas con los procedimientos árbitro de emergencia, incluyendo la reasignación de los gastos de tales trámites y cualquier reclamación que surja de o en conexión con el cumplimiento o no cumplimiento de la orden (...).”

Sobre esta figura, las partes ya no necesitan incluirla explícitamente en su cláusula arbitral, sino que al haber un artículo que la regula expresamente, su jurisdicción se entiende incluida salvo pacto contrario. Es decir, se requiere de un “opt-out” para excluir la jurisdicción del árbitro de emergencia. En ese sentido, el Artículo 29(6)(b) de las Reglas CCI señala que: “las disposiciones del árbitro de emergencia no se aplican si (...) las partes han acordado otro procedimiento pre-arbitral que prevé la concesión de invernadero, medidas provisionales o similares”.



Actualmente, la mayoría de reglas arbitrales institucionales tienen una provisión relacionada con el árbitro de emergencia que les permite a las partes solicitar medidas cautelares aún antes de la integración del Tribunal arbitral.<sup>95</sup>

En el arbitraje de inversión, la Regla 39 (1) y (5) del CIADI por su parte señala que las medidas provisionales pueden solicitarse y ordenarse por el Tribunal arbitral:

“en cualquier etapa una vez incoado el procedimiento (...) Si una parte presenta una solicitud en virtud del párrafo (1) antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General deberá, a petición de cualquiera de las partes, fijar plazos para que las partes presenten observaciones sobre la solicitud, de tal forma que la solicitud y las observaciones puedan ser consideradas prontamente por el Tribunal una vez constituido”.

Con respecto al proceso normal que debe seguirse frente a una solicitud de una medida cautelar, el Artículo 17B de la Ley Modelo UNCITRAL reconoce la potestad del Tribunal de otorgar una medida cautelar sin previo aviso a la otra parte en casos de urgencia en la forma de una orden preliminar. En ese sentido, el numeral indica que:

“1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra parte, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del Tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada.

2) El Tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada.

3) Las condiciones definidas en el artículo 17 A serán aplicables a toda orden preliminar, cuando el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1)

---

<sup>95</sup> Las Reglas del International Centre for Dispute Resolution (ICDR); Artículo 32 del Stockholm Chamber of Commerce (SCC); Anexo 1 del Singapore International Arbitration Centre (SIAC); Artículo 43 del Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI), Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC); Artículo 9(B) del London Court of International Arbitration (LCIA); World Intellectual Property Organization (WIPO) y otras, regulan también en sus reglamentos la figura del árbitro de emergencia.



del Artículo 17 A sea el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden”.

En estos casos, por lo tanto, es fundamental que si se avisa a la otra parte sobre la existencia de la solicitud de la medida cautelar, exista un riesgo de que se frustre la medida solicitada. De lo contrario, se seguirá el trámite normal establecido en el Artículo 17 C de la Ley Modelo UNCITRAL que relata el régimen específico por medio del cual se ordenan las órdenes preliminares cautelares y señala que:

“1) Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar, el Tribunal arbitral notificará a todas las partes la solicitud presentada de una medida cautelar, la petición de una orden preliminar, la propia orden preliminar, en caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el Tribunal arbitral en relación con ello.

2) Al mismo tiempo, el Tribunal arbitral dará, a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible.

3) El Tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar.

4) Toda orden preliminar expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el Tribunal arbitral la haya emitido. No obstante, el Tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos.

5) Una orden preliminar será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo”.



Asimismo, el Artículo 17D de la Ley Modelo UNCITRAL reconoce que el Tribunal podrá “modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes”. Por ende, las medidas cautelares pueden ser otorgadas por los Tribunales arbitrales durante el procedimiento arbitral y en algunos casos, un árbitro de emergencia puede ser nombrado al efecto para ordenarla, incluso antes de la constitución del mismo Tribunal. Similarmente, si una Corte ordena una medida cautelar se sostiene que un Tribunal arbitral debería poder modificar dicha orden emitida por la parte, puesto que la orden estatal es temporal y no previene al Tribunal de su jurisdicción para emitir otra cautela,<sup>96</sup> no obstante, hay Tribunales que pueden ser renuentes a contradecir órdenes dictadas por autoridades estatales. El principio de jurisdicción concurrente es sumamente importante en la relación entre las Cortes estatales y los Tribunales arbitrales.

### **I. Principio de jurisdicción concurrente**

En materia de medidas cautelares los árbitros usualmente no gozan de una jurisdicción exclusiva. Asimismo, se acepta el beneficio en el que las Cortes y los Tribunales arbitrales compartan una jurisdicción concurrente para otorgar medidas cautelares.<sup>97</sup> Por ende, ambos foros tienen una jurisdicción compartida.

Este control concurrente que comparten las Cortes y los Tribunales ha sido criticado puesto el procedimiento arbitral debería ser conducido sin interferencias externas y porque al permitírsele a las partes acudir a las Cortes, se estarían promoviendo tácticas dilatorias de parte de un demandado que no quiera avanzar con el procedimiento;<sup>98</sup> sin embargo, según Yesilirmak, hay diversas razones para apoyar el principio de jurisdicción concurrente que están relacionadas con la naturaleza básica y la operación del arbitraje. En ese sentido, los árbitros no tienen *imperium* para ejecutar sus decisiones y hasta los laudos arbitrales necesitan del reconocimiento de las Cortes para ser ejecutados. Por ende, generalmente los árbitros se abstienen de ordenar medidas que requieren intrínsecamente de poderes coercitivos.

---

<sup>96</sup> Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2005), p.107.

<sup>97</sup> Ali Yesilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2005), p. 66.

<sup>98</sup> Alan Redfern and Martin Hunter, *International Arbitration*. (Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2015), p. 343.



Asimismo, los árbitros no tienen poderes ni jurisdicción sobre terceros ajenos al proceso arbitral por la naturaleza consensual del arbitraje. Un Tribunal arbitral no podría entonces emitirle una orden a un banco de paralizar las cuentas en donde los fondos de una parte están guardados y en estas circunstancias, las Cortes serían el remedio adecuado dentro de un arbitraje para ordenar una medida cautelar.<sup>99</sup>

Otra de las ventajas del principio de jurisdicción concurrente tiene que ver con el hecho de que las Cortes pueden ordenar medidas cautelares de noche y de día de manera inmediata. Por ende, si un asunto surge antes de la constitución del Tribunal arbitral y requiere de atención inmediata que no puede esperar ni siquiera al nombramiento del árbitro de emergencia, las Cortes serían el foro adecuado al que acudir.

Con respecto al principio de jurisdicción concurrente en las medidas de emergencia, el Artículo 29(7) de las Reglas CCI, también aclara que:

“7) Las disposiciones árbitro de emergencia no están destinados a impedir que cualquier parte de la búsqueda de medidas temporales o de conservación urgentes de una autoridad judicial competente, en cualquier momento antes de hacer una solicitud de este tipo de medidas, y en circunstancias apropiadas aún después, de conformidad con las Reglas. Cualquier aplicación de tales medidas de una autoridad judicial competente no se considerará como una violación o una renuncia del acuerdo de arbitraje. Cualquier aplicación y las medidas adoptadas por la autoridad judicial debe ser notificada sin demora a la Secretaría”.

Asimismo, el Artículo 28(2) de las Reglas CCI dispone que:

“Antes de la entrega del expediente al Tribunal arbitral, y en circunstancias apropiadas aún después, las partes pueden solicitar a cualquier autoridad judicial competente para las medidas temporales o de conservación. La aplicación de una parte a una autoridad judicial por tales medidas o para la aplicación de tales medidas dictadas por un Tribunal arbitral no se considerará como una violación o una renuncia del acuerdo de arbitraje y

---

<sup>99</sup> Sin embargo, según señala Yesilirmak, el Tribunal arbitral podría en esos casos ordenarle a la parte relevante no mover los fondos bancarios a ninguna otra parte y el propósito de la medida también se lograría indirectamente sin darle una orden directa a un tercero como lo es el banco.



no afectará a las competencias en la materia reservada al Tribunal de arbitraje. Cualquier aplicación y las medidas adoptadas por la autoridad judicial debe ser notificada sin demora a la Secretaría. La Secretaría informará al Tribunal de arbitraje de los mismos”.

El artículo es claro en que la solicitud de la medida cautelar ante una Corte estatal no se considerará como una renuncia al acuerdo de arbitraje y no afecta la competencia ni la jurisdicción del Tribunal arbitral. Por ello, esta solicitud se realizará en circunstancias especiales cuando la situación lo amerite y no tendrá mayor efecto con respecto a la jurisdicción del Tribunal arbitral.

Si es importante aclarar, que, por motivos de una tutela judicial efectiva y economía procesal, se ha establecido que los Tribunales arbitrales no deben revisar cuestiones previamente revisadas por las Cortes estatales.<sup>100</sup> En un caso CCI de 2002, donde el Tribunal arbitral tenía el foro en Suiza, los árbitros desestimaron una solicitud de medida cautelar ya que una solicitud con los mismos argumentos y hechos había sido rechazada anteriormente por una Corte del estado de Nueva York. Por ende, si la Corte estatal rechaza una medida cautelar, la parte perdedora no puede ir luego ante un Tribunal arbitral para solicitar la misma medida y obtener un resultado más favorable.<sup>101</sup> El Tribunal arbitral se basó en ese caso en el Artículo 183 PILA.

Asimismo, en ese caso, el Tribunal se basó en un precedente de la Corte federal suiza conocida como el caso Fomento, en el que se señaló, según el Tribunal, que está legalmente establecido en Suiza que un Tribunal arbitral internacional con foro en dicho país, debe aplicar las mismas reglas que una Corte suiza hubiera aplicado con respecto a cuestiones de *res judicata* o cosa juzgada material. Por ende, si una Corte ya se pronunció por un asunto, el Tribunal arbitral se va a ver imposibilitado para pronunciarse sobre el mismo tema por cuestiones de cosa juzgada.<sup>102</sup>

---

100Walter Gerhard, Bosch Wolfgang y Jürgen Brönnimann, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*. (Bern, Suiza: Stämpfli Verlag, 1991), p.14.

101Cámara de Comercio Internacional, *Caso A v Z*, del 2 de abril del 2002, citado en ASA Bulletin, (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2003), p.810-821.

102Corte Suprema de Justicia de lo Civil Panamá, *Caso Fomento de Construcciones y Contratas S.A. contra Colon Container Terminal S.A.*, 15 de noviembre del 2001, Caso No. BGE 127 III 279 S. 280.



Dicha solución debe ser adoptada, en mi criterio, puesto que, de lo contrario, los Tribunales arbitrales se verían como una segunda instancia frente a las Cortes estatales (o viceversa) cuando a una parte le rechacen una medida cautelar. Esto no solo iría en contra del principio de celeridad del arbitraje, sino que también alargaría los plazos y causaría incertidumbre en cuanto a las decisiones sobre medidas cautelares.

En el arbitraje de inversión, el tema de la jurisdicción concurrente es más complicada puesto que una de las partes involucradas en el arbitraje es el Estado mismo. Por ende, el procedimiento arbitral busca ser autónomo y estar libre de injerencias políticas o estatales.<sup>103</sup> En ese sentido, una vez iniciado el procedimiento arbitral, el Tribunal arbitral tendrá una jurisdicción exclusiva para otorgar medidas cautelares. Al respecto, el Artículo 26 del Convenio del CIADI señala que:

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

Por ende, si las partes en un arbitraje de inversión quieren dar autoridad a las Cortes para otorgar medidas cautelares deben de acordarlo de manera expresa.<sup>104</sup> De lo contrario, la regla general es que las Cortes no tienen jurisdicción para otorgar medidas cautelares dentro de un procedimiento arbitral.

## **J. Intervención de las Cortes en la ejecución de las medidas cautelares**

Jan Paulsson sostiene que en el arbitraje hay una “gran paradoja” puesto que, por un lado, en el arbitraje se busca la cooperación de la autoridad pública; sin embargo, por el otro, el arbitraje busca liberarse del poder público, lo que genera una constante tensión entre los

---

<sup>103</sup>Ver: Ibrahim F.I. Shihata, *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA*, Washington D.C. ICSID, (Washington D.C., United States: World Bank, 1992)

<sup>104</sup>Ali Yesilimirik, “Provisional Measures in International Commercial Arbitration”, *Kluwer Law International*, (2005): p.61.



Tribunales arbitrales y las Cortes estatales. Por ende, el arbitraje busca cooperación de quien busca liberarse a la vez.<sup>105</sup>

En términos generales, la asistencia de las Cortes en el arbitraje debe ser ejercida con gran discreción.<sup>106</sup> La intervención de las Cortes para asegurar la eficiencia de las medidas cautelares ordenadas por un Tribunal arbitral no debe confundirse con el poder de las Cortes para otorgar medidas cautelares directamente.<sup>107</sup> Ambos poderes coexisten perfectamente y reflejan dos formas de intervención distintas. Como se mencionó anteriormente, la asistencia de las Cortes es muy importante en el arbitraje, puesto que los árbitros, a diferencia de las Cortes, carecen de *imperium*. En ese sentido, cuando la asistencia de las Cortes es requerida, aunque esto sucede raramente, dicha ayuda usualmente es solicitada por las Cortes del foro del arbitraje. En algunas situaciones; sin embargo, también puede requerirse la asistencia de otras Cortes extranjeras para dictar medidas cautelares, en el caso que una evidencia muy importante o los activos de una parte se encuentren en otro país.<sup>108</sup>

Para reconciliar la tensión entre las Cortes estatales y los Tribunales arbitrales, se requiere de los principios de efectividad y buena administración de la justicia. Esta reconciliación requiere satisfacer las necesidades del comercio internacional mediante un balance entre la seguridad jurídica y la flexibilidad que existe en el arbitraje para evitar un abuso de la intervención de las Cortes estatales y respetar en todo momento, la autonomía de la voluntad de las partes.<sup>109</sup> Este balance necesita una colaboración constante entre las Cortes y los árbitros. Las Cortes deben de colaborar bajo una noción de asistencia y control,<sup>110</sup> el problema es que esta colaboración no está regulada bajo la mayoría de las leyes arbitrales estatales. Según Yesilmirik, en esos casos el tema debe de ser abordado de manera restrictiva, en el sentido que la protección de las Cortes estatales únicamente sea permitida en relación con las medidas cautelares bajo circunstancias apropiadas.

---

<sup>105</sup> Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration*. (Oxford, England: Oxford University Press, 2013), p.30.

<sup>106</sup> Douglas Reichert, "Provisional Remedies in the Context of International Commercial Arbitration", *Berkeley Journal of International Law*, (1986), p.370.

<sup>107</sup> Jean-François Poudret y Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*. (London, England: Sweet & Maxwell, 2007), p. 543.

<sup>108</sup> Ali Yesilmirik, "Provisional Measures in International Commercial Arbitration", *Kluwer Law International*, (2005): p. 80.

<sup>109</sup> Ali Yesilmirik, "Provisional Measures in International Commercial Arbitration", *Kluwer Law International*, (2005): p. 84.

<sup>110</sup> Berthold Goldman, "Arbitrage Commercial International", *Jurisclasseur Droit International*, Fascicule 586-5-2, No. 77, 1991, traducido por Schwartz, *Provisional Measures* p. 270.





## K. Conclusión de la Sección I

Para concluir la Sección I sobre medidas cautelares en el arbitraje internacional, hay que señalar que bajo el arbitraje internacional comercial y de inversión, los árbitros tienen, en términos generales, la potestad de ordenar medidas cautelares a las partes durante el proceso arbitral, salvo algunas excepciones como el caso italiano. Dicho poder de otorgar medidas cautelares se deriva generalmente de la *lex arbitri* y se complementa con las reglas institucionales o *ad hoc* seleccionadas. Dentro de ese marco legal, se encuentran los requisitos que debe satisfacer la parte solicitante para que el Tribunal otorgue la medida cautelar. Las circunstancias del caso van a determinar si el Tribunal debe dictar o no la medida cautelar para asegurar la finalidad del proceso. El principio de jurisdicción compartida entre las Cortes estatales y los Tribunales arbitrales, es ampliamente reconocido y las Cortes deben asistir en este proceso de manera restrictiva y únicamente si las circunstancias del caso son apropiadas. A continuación, se analizará la medida cautelar excepcional conocida como la *cautio judicatum solvi*.



## II. Sección 1: La cautio judicatum solvi en el arbitraje internacional

### A. Introducción

Como se mencionó en la sección anterior, el arbitraje es cada vez más utilizado en la comunidad internacional como un mecanismo de solución alternativa de conflictos. No obstante, para iniciar un proceso arbitral, es necesario sufragar una serie de costos como los honorarios de los abogados, los honorarios de los árbitros, los gastos del proceso, las tarifas del centro arbitral (si las hubiera) y cualquier otro costo no legal que pueda surgir.<sup>111</sup> Estos costos pueden representar una carga importante a la parte actora, sobre todo si se encuentra en una situación financiera inestable. El problema aumenta para la parte demandada si gana el arbitraje y la parte actora no es capaz de pagar un laudo adverso en costas. Como respuesta a este problema, la *cautio judicatum solvi* pretende asegurarle a la parte demandada que, si gana el arbitraje, va a poder recuperar de manera efectiva las costas del proceso.

La *cautio judicatum solvi* es reconocida como una medida cautelar excepcional puesto que puede afectar también a la parte actora en una etapa temprana del proceso e impedirle perseguir sus intereses contractuales, lo cual se puede considerar como una violación al acceso a la justicia. Esto se debe a que, si la parte actora no es capaz de brindar esa caución porque esta representa una carga dineraria muy alta, no va a poder continuar con el arbitraje. Ante esta situación, surgen diversos problemas como qué tan alta debe de ser la barra probatoria para otorgar una *cautio judicatum solvi* y qué circunstancias fácticas deben estar presentes. En la doctrina y en la comunidad internacional no hay claridad sobre ese tema, ya que la esta caución se conoce por algunos como una medida cautelar excepcional que cuenta con sus requisitos propios. Asimismo, hay una problemática con respecto al poder que ostentan los Tribunales arbitrales para otorgar esta medida cautelar salvo una disposición expresa, por ser excepcional. Para responder a estas preguntas, se desarrollará la evolución de esta medida cautelar en el arbitraje internacional comercial y de inversión (B), y se analizarán los requisitos necesarios para otorgar dicha medida (C).

---

<sup>111</sup> Chartered Institute of Arbitrators, *Introduction To The International Arbitration Practice Guidelines*: Párrafo 4(1).



## B. Evolución y regulación de la *cautio judicatum solvi* en el arbitraje internacional

La *cautio judicatum solvi* o la caución en costas es una medida cautelar con fuentes del Derecho Común y es conocida bajo el término en inglés “*security for costs*”. A continuación, se relatará la evolución histórica de esta medida cautelar en la *lex arbitri* de los países del Derecho Común (a), en los países del Derecho Civil (b), bajo la Ley Modelo UNCITRAL (c), bajo las reglas arbitrales institucionales (d) y en el arbitraje de inversión (e).

### a. Evolución y regulación arbitral de la *cautio judicatum solvi* en la *lex arbitri* de los países del Derecho Común

Históricamente, la *cautio judicatum solvi* se conoce en los países del Derecho Común como una excepción a la regla general antigua en la que una persona puede litigar como pobre.<sup>112</sup> En el último siglo, el sistema legal inglés ha jugado un rol preponderante en el desarrollo de esta medida dentro del arbitraje internacional.

En un principio, en Inglaterra se sostenía que los árbitros no tenían poder para ordenar una *cautio judicatum solvi*.<sup>113</sup> La decisión de *Bank Mellat vs. Helliniki Techniki* y *Ken-Ren* sentaron, más adelante, precedentes sumamente importantes al respecto que cambiaron esta percepción. A continuación, se realizará un análisis de ambas decisiones.

El Artículo 12(6)(a) del Arbitration Act de 1950 establecía que:

“La Corte Superior deberá tener, para los propósitos relacionados con una referencia, el mismo poder para dictar órdenes con respecto a- (a) una caución en costas (...)”.  
(Traducción libre)<sup>114</sup>

<sup>112</sup>Corte de Apelaciones de Inglaterra, *Cowell v Taylor*, 1885, Caso No. 31 Ch D 34.

<sup>113</sup>District Court, *Unione Stearinerie Lanza vvs. Wiener*, 1917, Caso No. 2 K.B. 558.

<sup>114</sup> Ver original: “The High Court shall have, for the purpose of and in relation to a reference, the same power of making orders in respect of- (a) security for costs”



Al respecto, el caso de la Corte de Apelaciones de *Bank Mellat vs. Helliniki Techniki*<sup>115</sup> lidiaba con una solicitud de una *cautio judicatum solvi* bajo este mismo artículo y sirve como un precedente importante en esta materia bajo el Arbitration Act de 1950.<sup>116</sup> Dicho caso contenía una cláusula arbitral bajo las reglas de la CCI y proveía que la sede arbitral iba a estar situada en Londres. El contrato de *joint venture* para el desarrollo de un terreno cerca de Teherán había sido suscrito por un banco iraní, una empresa griega y otra danesa. El banco iraní demandado le solicitó a la Corte Superior Inglesa (English High Court) que le ordenara a la empresa griega actora para que brindara una *cautio judicatum solvi*, puesto que los actores tenían su residencia en un país extranjero y había razones para pensar que ellos no iban a ser capaces de pagar con las costas de los demandantes si resultaban ganadores en el arbitraje.

En primera instancia Bingham J. rechazó la orden. La parte demandada apeló la decisión y la Corte de Apelaciones sostuvo lo resuelto en primera instancia rechazando la orden. En ese sentido, la Corte sostuvo que las Cortes inglesas deben ser lentas en reconocer la jurisdicción para ordenar una *cautio judicatum solvi* en el arbitraje internacional, salvo que hubiera una conexión específica con Inglaterra, dentro de las circunstancias específicas del caso, además del simple hecho que las partes acordaron que el arbitraje tuviera lugar ahí.<sup>117</sup> La Corte también señaló que en el caso del arbitraje comercial internacional, bajo las reglas de la CCI las Cortes debían, como regla general, declinar ordenar esta caución en contra de un demandante extranjero.

Con respecto al fondo de la medida cautelar, los demandados alegaban que los actores eran incapaces de cumplir con sus deudas y que su solvencia era altamente cuestionada. La Corte determinó que el propósito de esta medida cautelar:

“no es valorar la fe de la parte actora sino asegurarles a los demandados que no van a forzados a acudir ante una corte por un extranjero, para luego ganar y no recuperar sus

---

<sup>115</sup> Este caso es sumamente reconocido puesto que aclaró que la jurisprudencia inglesa “no reconoce el concepto del proceso arbitral flotando en el firmamento transnacional, desconectado con ningún otro sistema legal municipal”. (Traducción libre)

<sup>116</sup> Corte Superior de Inglaterra, *Bank Mellat vs. Helliniki Techniki*, (1983), Caso No. 3 ALL ER 428, <http://www.uniset.ca/other/cs3/1984QB291.html>.

<sup>117</sup> Ver original: “English courts should be slow in applying the jurisdiction to order security for costs in international arbitration unless, in the particular circumstances of each case, there was some more specific connection with England than the mere fact that the parties had agreed that any arbitration was to take place there”.



costas. Los demandantes conceden que la corte no puede ignorar, en el caso de cualquier empresa, su estado financiero, pero en este caso este no es mayormente considerable”.<sup>118</sup> (Traducción libre)

En ese sentido, la Corte por un lado, en virtud de la sección 447 del Companies Act de 1948, señaló que la incapacidad de pagar las costas por parte de los demandados si es un motivo para ordenar una *cautio judicatum solvi*; sin embargo, la jurisdicción de la Corte en ese sentido es discrecional y depende de las circunstancias del caso. La Corte determinó que los actores estaban involucrados en una serie de contratos importantes en el Medio Oriente. Por ende, determinó que la situación financiera dudosa de los actores no constituía un motivo suficiente como para ordenar la medida cautelar.

Posteriormente, en 1994, el caso de Ken-Ren<sup>119</sup> profundizó más al respecto y constituye el precedente más importante hasta el momento en esta materia, puesto que esta decisión recalcó la necesidad de transformar el Arbitration Act con respecto a esta medida cautelar. En este caso la parte demandante, Ken-Ren, demandó en vía arbitral a una compañía belga y austriaca con base en unos contratos de *joint venture* que contenían una cláusula arbitral bajo las reglas de la CCI con arbitraje en Londres. Como se puede apreciar, este caso es similar al de Bank Mellat en el sentido que los demandantes están domiciliados fuera de Inglaterra, la disputa se da en relación con un contrato de *joint venture* que contenía una cláusula arbitral bajo las reglas de la CCI y la sede del arbitraje era Londres.

Ken-Ren era una compañía constituida bajo las leyes de Kenia desde 1975 y se dedicaba a la construcción de una planta fertilizante en la ciudad de Mombasa. El accionista mayoritario de esta sociedad era el Gobierno de Kenia. El proyecto en Mombasa; sin embargo, nunca se desarrolló, lo cual desencadenó en un arbitraje internacional en Londres. La única conexión con Inglaterra era la sede del arbitraje. Esto dado que los contratos estaban sujetos a la ley belga y austriaca, y el contrato fue desarrollado en Kenia, Austria y Bélgica.

---

<sup>118</sup>Ver original: “The object of security for costs is not to test the faith of the plaintiff/claimant. It is to ensure that the defendant is not going to be put before a court by a foreigner, win and then not get his costs. The defendants concede that the court cannot ignore, in the case of a corporation at any rate, its financial state, but it is not a very major consideration.”.

<sup>119</sup> Cámara de los Lores de Inglaterra, *SA Copée Lavalin vvs. Ken-Ren Chemicals and Fertilisers Ltd*, (1994), Caso No. 380 LMLN 4, <https://ca.vlex.com/vid/coppee-lavalin-v-ken-681489581>



Ken-Ren presentó el requerimiento arbitral contra la contraparte *Coppée*, el 14 de noviembre de 1990. Una vez constituido el Tribunal, Ken-Ren pagó la totalidad de la suma del depósito que exigía el Artículo 9 de las reglas CCI, pero *Coppée* se negó a pagar el depósito, alegando que Ken-Ren era insolvente e incapaz de pagar las costas del arbitraje. Asimismo, *Coppée* recalcó que Ken-Ren residía fuera de la jurisdicción inglesa. Consecuentemente, solicitó una *cautio judicatum solvi* bajo la sección 12(6)(a) del Arbitration Act de 1950 y el Artículo 8(5) de las reglas CCI. Ken-Ren solicitó el rechazo de la medida puesto que las reglas CCI excluían el derecho de las partes a solicitarle a una Corte nacional una *cautio judicatum solvi* y que no había una disposición expresa que le permitiera ordenar una medida de esta naturaleza.

El juez Potter J. rechazó la solicitud el 8 de octubre de 1992 y *Coppée* apeló esa decisión que fue también rechazada por la Corte de apelaciones el 29 de junio de 1993. Posteriormente, en última instancia, la Cámara de los Lores (en inglés “*House of Lords*”), reconoció que la Cámara sí tiene jurisdicción, en circunstancias excepcionales, para ordenar una *cautio judicatum solvi*. En ese sentido, señaló que:

“Este es un caso excepcional en donde sería apropiado para las Cortes ejercer su jurisdicción de ordenar una *cautio judicatum solvi*. No solo era Ken-Ren insolvente, sino que el Estado de Kenia, en cuyo interés versaba el arbitraje, no tendría responsabilidad para pagar las costas. Consecuentemente, *Coppée* quedaría inhabilitado de la ventaja de tener una orden a su favor con respecto a las costas del proceso, lo cual era un aspecto del arbitraje consentido entre las partes con sede en Inglaterra”.<sup>120</sup>  
(Traducción libre)

Un aspecto fundamental del caso Ken-Ren versa sobre el hecho que la parte actora, Ken-Ren, estaba siendo financiada por un tercero, el Estado de Kenia. Según Lord Woolf, si la pretensión de Ken-Ren hubiera sido declarada con lugar, el principal beneficiario hubiera sido el Estado de Kenia; sin embargo, si la pretensión hubiera sido infructuosa, el Estado de Kenia

---

<sup>120</sup>Ver original: “*This was an exceptional case where it would be appropriate for the court to exercise its jurisdiction to order security for costs. Not only was Ken-Ren insolvent, but the state of Kenya in whose interest the arbitration was brought would have no responsibility for paying the costs. Accordingly, Coppée would be deprived of the advantage of an order for costs made in its favour, which was a feature of an arbitration agreed to be conducted in England and which the parties were regarded as having accepted.*”.



no tendría ninguna responsabilidad de pagar las costas del proceso, por lo que los demandados serían privados de la posibilidad de recuperar las costas del proceso.

En la opinión disidente de Lord Browne-Wilkinson y Lord Mustill, señalaron indirectamente el carácter excepcional de esta medida cautelar al indicar que: “una *cautio judicatum solvi* le prohibiría a la parte actora de continuar con el proceso arbitral constituido hasta que le haga frente a la caución y si él fuera incapaz o renuente a hacer esto, estaría impedido para perseguir su pretensión del todo. Este factor fue sumamente disidente”. (Traducción libre)

Lord Mustill consideró que las Cortes inglesas deben identificar el tipo de procedimiento arbitral que las partes han previsto y en este caso, la elección de las reglas CCI junto con la sede son un indicador de que las partes estaban buscando una relación con las Cortes nacionales de Inglaterra; no obstante, en su discurso, Mustill señaló que la apelación y la solicitud de la medida cautelar debían ser rechazadas a pesar de reconocer que la posición de Coppée era “poco envidiable” puesto que era probable que este no recuperaría sus costas. En ese sentido indicó que:

“Es un hecho, sin embargo, que las partes aceptan el riesgo de que haya un manejo incorrecto de la justicia al confiar sus disputas en un mecanismo privado de resolución de controversias que tiene muy pocos recursos internos para lidiar con una parte que no va a jugar limpio. Las partes eligen el arbitraje para bien o para mal. Ellas celebran sus ventajas, las cuales son muchas. Cuando las cosas salen mal hay límites que no se deben cruzar, los cuales son consistentes con el acuerdo arbitral, y en esos casos no se puede acudir a las Cortes para solicitar ayuda. El problema, como en este caso, es fijar esos límites. Lo he encontrado muy difícil. Al final, y con mucha dubitación, es decidido que la orden de la *cautio judicatum solvi* no es conforme al proceso que las partes eligieron implícitamente, y que la solicitud debe de ser rechazada a pesar de que bajo una visión restrictiva pareciera que es lo justo en este caso”.<sup>121</sup> (Traducción libre)

---

<sup>121</sup> Esta cita de Lord Mustill ilustra la difícil tarea que tienen los árbitros a la hora de dictar esta medida cautelar. Ver original: “The fact remains however that an uncorrectable miscarriage of justice is something which parties risk by agreeing to entrust their disputes to a private dispute-resolution system which has very few internal resources to deal with someone who will not play fair. The parties choose arbitration for better or for worse. They relish the better features, of which there are many. When things take a turn for the worse there are limits beyond



La mayoría del Tribunal; sin embargo, sí consideró que la *cautio judicatum solvi* debía ordenarse puesto que la parte demandante era extranjera. Esta decisión fue sumamente controversial, puesto que afectaría en la reputación que tiene Londres como un centro de arbitraje comercial internacional tan atractivo.<sup>122</sup> Consecuentemente, justo después de este caso, el Arbitration Act de 1996 dio un poder casi expreso a los Tribunales arbitrales para otorgar una *cautio judicatum solvi*, aun cuando no hubiera un acuerdo explícito entre las partes. Por ende, se eliminó el abordaje del caso de Ken-Ren en el que las Cortes intervenían en el otorgamiento de la medida y ahora dicho poder se delega exclusivamente a los Tribunales arbitrales.<sup>123</sup> Asimismo, se prohibió la posibilidad de otorgarla bajo el fundamento que la parte actora era residente fuera de la jurisdicción inglesa. Este fue un avance en favor del arbitraje internacional.

Al respecto, la Sección N.º 38(3) del Arbitration Act de 1996 establece que:

“El Tribunal puede ordenarle a la parte actora proveer seguridad para las costas del arbitraje. Este poder no puede ser ejercido bajo los alegatos que la parte actora sea:

- (a) un individuo que tiene su residencia habitual afuera del Reino Unido, o
- (b) una corporación o asociación incorporada o formada bajo la ley de un país afuera del Reino Unido, o cuya administración central o control sea ejercido afuera del Reino Unido” (Traducción libre).

Actualmente, la facultad del Tribunal arbitral de otorgar una *cautio judicatum solvi* en Inglaterra bajo el Arbitration Act es ampliamente reconocida.

---

which they cannot be allowed, consistently with their arbitration agreement, to run to the courts for help. The problem in a case such as the present is to fix those limits. I have found it very difficult. In the end, and with much hesitation, I have come to the conclusion that an order for security for costs does not conform with the type of procedure which the parties have impliedly chosen, and that an order for security should be refused notwithstanding that on a narrower view it appears to answer the justice of the case. “

<sup>122</sup> Julian Lew, “Business and the Law: A Question of Costs,” *Financial Times*, (Junio 1994): p.14.

<sup>123</sup> Anteriormente, se les permitía a las partes obtener esta cautelar ante una corte inglesa, como apoyo de un proceso arbitral que se condujera en Inglaterra. Sin embargo, el Tribunal arbitral no tenía poder para hacerlo directamente.





En Australia, desde 1970, el apartado N.º 53 de las Reglas de la Corte Suprema de New South Wales señala que:

“la Corte puede, si lo considera adecuado, ordenarle al demandante brindar seguridad para las costas del demandado y suspender el proceso hasta que dicha seguridad sea brindada”.<sup>124</sup> (Traducción libre)

La legislación más importante en materia de arbitraje en Australia es el International Arbitration Act de 1994 que da en la Sección N.º 16, Parte III, fuerza de ley a la Ley Modelo UNCITRAL. Adicionalmente, cada Estado y Territorio adoptaron legislaciones similares a la Ley Modelo UNCITRAL. La facultad de otorgar una *cautio judicatum solvi* por los Tribunales es ampliamente reconocida en este país.<sup>125</sup>

En Hong Kong, por su parte, hay una regulación dualista del arbitraje: una para arbitrajes domésticos y otra para internacionales. Ambos regímenes; sin embargo, están disponibles y las partes pueden acordar que en un arbitraje internacional aplique la ley nacional o viceversa.<sup>126</sup> La regulación doméstica sobre el arbitraje en Hong Kong es similar a la inglesa. En un principio, los árbitros no tenían, en términos generales, el poder para otorgar una *cautio judicatum solvi* en un arbitraje. Esto cambió; sin embargo, con la Ordenanza de Arbitraje de junio de 1997, que buscaba reducir la intervención de las Cortes en el arbitraje y ampliar los poderes a los árbitros.<sup>127</sup> La Sección 2(G)(B) de esta ordenanza aplica tanto para arbitrajes domésticos como internacionales, por lo que este poder es ampliamente reconocido. El subpárrafo tres de esta disposición cambió en el sentido que ahora aclara que los árbitros no deben exigir a una parte actora que ordene una *cautio judicatum solvi*, bajo el único fundamento que es extranjera, puesto que dicho motivo podía ahuyentar la reputación de Hong Kong como un centro de arbitraje internacional.

---

<sup>124</sup> Ver texto original: “the Court may order [the] plaintiff to give such security as the Court thinks fit for the costs of the defendant of and incidental to the proceedings and that the proceedings be stayed until security is given.”

<sup>125</sup> Sobre el arbitraje internacional comercial en Australia ver: Michael Pryles, “National Report for Australia,” en *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International; 2008), p.1 - 64

<sup>126</sup> Katherine Lynch, “Security for Costs in Domestic and International Arbitration in England and Hong Kong,” *Journal of International Arbitration* 12.2, (1995): p.43.

<sup>127</sup> Craig C. Shepherd, “Security for Costs in Hong Kong Arbitrations,” *Asian Dispute Review* 1.2, (1999): p.24.



En Estados Unidos también hubo incertidumbre al principio con respecto al poder de los árbitros para otorgar una *cautio judicatum solvi*, puesto que en el Federal Arbitration Act (“FAA”), la mayoría de las leyes estatales no trataban el tema. Los abogados norteamericanos están familiarizados con el principio del *american rule* (“regla americana”) que establece que todos pagan. En otras palabras, en términos generales y bajo algunas excepciones, la regla norteamericana dice que en los procesos civiles cada parte va a pagar sus costas procesales durante el procedimiento.<sup>128</sup> Esta regla se contrapone a la inglesa que es reconocida en los otros países y dice más bien que el perdedor es el que paga las costas del proceso.

Esta regla fue establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso de *Arcambel vs. Wiseman* en 1796.<sup>129</sup> La *ratio legis* se basa en que litigar es incierto y uno no debe de ser penalizado únicamente por defenderse o por perseguir una demanda. En ese sentido el pobre podría ser desincentivado a establecer acciones para defender sus derechos si la sanción por perder incluye pagar las costas del abogado de la contraparte. Asimismo, según señala la Corte, algunos clientes están dispuestos a pagar más por los abogados que otros y si los clientes y abogados supieran que sus costos van a ser cubiertos, hay un riesgo de que haya un abuso. Según Rubins, por esta tendencia en los procesos judiciales, la cultura legal en los Estados Unidos puede ser menos amigable frente a la *cautio judicatum solvi* que otras jurisdicciones del Derecho Común y esta tendencia puede afectar las decisiones de los jueces o los árbitros con sede en Estados Unidos o donde la ley norteamericana sea aplicable.<sup>130</sup> Rubins también sostiene que algunos Estados requieren que el Tribunal arbitral únicamente tendrá este poder si las partes lo previeron explícitamente. A pesar de los señalamientos de Rubins, la regla americana aplica en los procesos judiciales y no es seguida necesariamente en los procesos del arbitraje internacional.<sup>131</sup> Asimismo, hay Cortes en Estados Unidos que han reconocido la importancia de otorgarla, puesto que de lo contrario, la ejecución del laudo arbitral perdería sentido.<sup>132</sup> Aunado a lo anterior, las reglas de la AAA reconocen

---

<sup>128</sup>Richard L. Marcus, Martin H. Redish y Edward F. Sherman, *Civil Procedure: A Modern Approach*. (Minnesota, Estados Unidos: West Publishing Company, 1995)

<sup>129</sup>Corte Suprema de Estados Unidos, *Arcambel vs. Wiseman*, (1796), Case No. 3 U.S. 3 Dall. 306 306.

<sup>130</sup>Noah Rubins, “In God We Trust, all Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration,” *American Review of International Arbitration* 11, (Junio 2000): 330.

<sup>131</sup>Para un estudio sobre la regla norteamericana versus la regla de que el perdedor paga ver: Theodore Eisenberg y Geoffrey P. Miller, “The English Versus the American Rule on Attorney Fees: An Empirical Study of Public Company Contracts,” *Cornell Law Review* 98.2, (Enero de 2013): p. 327.

<sup>132</sup>Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos, *Pacific Reinsurance Management Corp. vs. Ohio Reinsurance Corp.*, (5 de Junio de 1991), Caso No. 935 F.2d 1019, 1022–23.



explícitamente el poder de los Tribunales arbitrales para ordenarla como se verá en la siguiente sección.

En conclusión, el poder de los Tribunales arbitrales para otorgar una *cautio judicatum solvi* en un arbitraje internacional es actualmente reconocida de manera amplia en los países del Derecho Común. Este poder no es solamente reconocido, sino que también está regulado expresamente, salvo en Estados Unidos y contiene las palabras: “security for costs” dentro de las leyes arbitrales estatales. Por ende, no es necesario que las partes acuerden explícitamente en la cláusula arbitral que el Tribunal tendrá poder para otorgar una *cautio judicatum solvi*, sino que este emana de la *lex arbitri*. No obstante, este poder para otorgar esta caución evolucionó en los últimos años y antes, dicho poder residía en las Cortes. Actualmente se reconoce también que la *cautio judicatum solvi* no se puede otorgar bajo el pretexto de que la parte demandante no resida en el país de la sede del arbitraje, puesto que dicho razonamiento desincentivaría el arbitraje internacional. A diferencia de Estados Unidos, la regla general es que la parte que pierde el proceso paga las costas de la otra parte. Las circunstancias para otorgar esta medida cautelar serán analizados posteriormente.

#### **b. Evolución y regulación arbitral de la *cautio judicatum solvi* en la *lex arbitri* de los países del Derecho Civil**

Esta medida cautelar se conoce en los Estados de Derecho Civil por su locución en latín “*cautio judicatum solvi*” o como la “caución en costas”. En términos generales, los árbitros con una influencia del Derecho Civil son más restrictivos a la hora de ordenarla, que los de países de Derecho Común, ya que no es tan común en los últimos como en los primeros y la regulación no es clara al respecto. En ese sentido, se analizará primero el tratamiento de esta medida cautelar en los países del Derecho Civil francés y luego en los del Derecho civil germánico.

En Francia, en virtud del Artículo 1448 del Código de Procedimientos Civiles Francés, la autonomía de voluntad de las partes en el arbitraje internacional está sumamente protegida. Algunos autores han indicado que Francia ignora el tema de la *cautio judicatum solvi*.<sup>133</sup> No

---

<sup>133</sup> Jean-Baptiste Pessey, *When to Grant Security for Costs in International Commercial Arbitration: the Complex Quest for a Uniform Test*, (International Institute for Conflict Prevention and Resolution: 2011), <https://www.cpradr.org/news-publications/articles/2011-05-06-when-to-grant-security-for-costs-in-international-commercial-arbitration-the-complex-quest-for-a-uniform-test-2011-writing-contest-winner>.



obstante, otros han señalado que el sistema francés relacionado es (i) flexible, (ii) menos anuente que el inglés en relación con dicha medida cautelar y (iii) responde a sus solicitudes mediante un mecanismo informal y eficiente “en referee” que permite a los jueces ordenar medidas cautelares cuando sea necesario.<sup>134</sup> En resumen, dado el amplio margen de libertad que gozan las partes bajo el sistema francés de escoger la ley aplicable, estas pueden escoger reglas institucionales o *ad hoc* que permitan el otorgamiento de medidas cautelares y de la *cautio judicatum solvi*; sin embargo, este tema es poco usual en este país y autores como Bühler señalan que este tipo de medidas cautelares en Cortes francesas y americanas son prácticamente desconocidas.<sup>135</sup>

Suiza, por el otro lado, sí experimentó un cambio categórico con respecto al tratamiento de la *cautio judicatum solvi* en el arbitraje internacional. Como se analizó en la sección anterior, el poder de los árbitros para otorgar medidas cautelares es actualmente reconocido, salvo que las partes hayan pactado lo contrario. El poder para otorgar esta cautelar en Suiza también ha sido reconocido por los Tribunales arbitrales bajo las reglas CCI de conformidad con el Artículo 183(1) PILA.<sup>136</sup> En ese sentido, un Tribunal arbitral que ordenó una *cautio judicatum solvi* a una parte demandante en un arbitraje bajo las reglas de la Cámara de Comercio de Zúrich señaló lo siguiente:

“La visión tradicional en Suiza era que cuando no había un acuerdo explícito entre las partes que estipulara lo contrario, un Tribunal arbitral suizo no tenía autoridad para ordenar una *cautio judicatum solvi*. El acuerdo entre las partes que autorizara al Tribunal podía ser indirecto, por medio de una referencia a las reglas institucionales que incluyeran una disposición explícita que autorizara al Tribunal (...) Sin embargo, la visión tradicional manifestada en la doctrina legal suiza y en la práctica arbitral es que la autoridad dada a los árbitros por medio del art. 183 PILA también se extiende a las órdenes solicitando una *cautio judicatum solvi* (...)”<sup>137</sup> (Traducción libre)

---

<sup>134</sup> Weixia Gu, Security for Costs in International Commercial Arbitration, *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, Volumen 22, Issue 3*, (2005): p. 176

<sup>135</sup> Mica Bühler, “Awarding Costs in International Commercial Arbitration: an Overview,” *ASA Bulletin* 22, (Junio 2004): 43.

<sup>136</sup> Laudo sin nombre, publicado en *ASA Bulletin* 2, (1997) y citado por Noah Rubins, “In God We Trust, all Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration,” *American Review of International Arbitration* 11, (Junio 2000): 335

<sup>137</sup>(Traducción libre). Cámara de Comercio de Zurich, *Procedimiento arbitral ZCC No. 415*, (Noviembre del 2001).



Al tener entonces los Tribunales arbitrales la potestad de dictar medidas cautelares bajo el Art. 183 PILA, podrían, en términos generales, ordenar también una *cautio judicatum solvi*.<sup>138</sup> En mi opinión, esta posición debería de seguirse y no requerirse una norma expresa que la regule, ya que esta es una medida cautelar y una norma general habilitante para otorgar medidas cautelares, debería de bastar.

De igual manera, en Suiza, bajo las reglas PILA, las Cortes deben analizar las reglas procesales escogidas por las partes cuando consideren otorgar o impedir la *cautio judicatum solvi*. Y como estas reglas normalmente la permiten, el Tribunal también tendría poder para ordenar esta medida por esa vía. Por ende, Suiza ha experimentado una transición significativa al respecto.<sup>139</sup>

En conclusión, aunque en los países del Derecho civil la *cautio judicatum solvi* es menos reconocida que en los países del Derecho Común, como los árbitros usualmente tienen un poder expreso para otorgar medidas cautelares, tienen un poder implícito para otorgar la caución en costas, pues es también una medida cautelar.

### **c. Evolución y regulación arbitral de la *cautio judicatum solvi* bajo la Ley Modelo UNCITRAL**

El cambio que experimentaron los países antes descritos con raíces del Derecho Común inglés y los Derechos Civiles germánico y francés con respecto al reconocimiento de la *cautio judicatum solvi* en el arbitraje internacional comercial, fue relegado de manera similar en la Ley Modelo UNCITRAL. Como se mencionó anteriormente, esta ley fue creada para fomentar la uniformidad en el arbitraje internacional comercial, promulgada en 1985 y tuvo una reforma significativa en 2006. En ese sentido, el cambio más fuerte de la reforma de 2006 estaba relacionada con el tema de las medidas cautelares. Paralelamente, el abordaje de la *cautio judicatum solvi* también fue afectado de manera positiva con esta reforma puesto que se reconoció el poder de los Tribunales arbitrales para otorgarla.

---

<sup>138</sup> Con respecto a la *cautio judicatum solvi* en Suiza ver: Bernhard Berger, "Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law," *ASA Bulletin* 28, (2010).

<sup>139</sup> Weixia Gu, Security for Costs in International Commercial Arbitration, *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, Volumen 22, Issue 3*, (2005): p. 177.



Como se mencionó en la sección anterior, la versión original del Artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 señalaba que el Tribunal tenía la facultad de ordenar medidas provisionales cautelares que el arbitral estime necesarias respecto del “objeto del litigio”. Esa referencia fue interpretada de manera restrictiva, puesto que los asuntos relacionados con los costos del proceso no estaban relacionados con el objeto del litigio y por ende, bajo la versión original, los Tribunales no tenían la facultad de otorgar una *cautio judicatum solvi*<sup>140</sup>. Esto cambió, con las modificaciones de 2006 en las que se eliminó la referencia del “objeto del litigio”.

Asimismo, los *travaux préparatoires* de los cambios de la Ley Modelo UNCITRAL discutieron directamente el tema sobre si se incluían las palabras “security for costs” de manera explícita dentro del Artículo 17 A, para evitar discusiones sobre si los Tribunales tenían o no poder para otorgar dicha medida cautelar. Tal y como se señaló en el párrafo 48 de los *travaux préparatoires* de la sesión N.º 47:

“A proposal was made that paragraph (2) (c) should be amended expressly to refer to security for costs through an addition of the words “or securing funds” after the word “assets”. Opposition was expressed to that proposal as it could connote that the corresponding provision in the UNCITRAL Arbitration Model Law was insufficient to provide for security for costs. The Working Group agreed that security for costs was encompassed by the words “preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied”.<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup>Christopher Kee, “International Arbitration and Security for Costs – a Brief Report on Two Developments,” *American Review of International Arbitration*, (Diciembre 2006), citado por Jean-Baptiste Pessey, *When to Grant Security for Costs in International Commercial Arbitration: the Complex Quest for a Uniform Test*, (International Institute for Conflict Prevention and Resolution: 2011), <https://www.cpradr.org/news-publications/articles/2011-05-06-when-to-grant-security-for-costs-in-international-commercial-arbitration-the-complex-quest-for-a-uniform-test-2011-writing-contest-winner>.

<sup>141</sup> United Nations Commission on International Trade Law, *Report of the 47th Session of the Working Group on Arbitration and Conciliation: doc. A/CN.9/641*: párrafo 48. Ver traducción libre: “Se realizó una propuesta para cambiar el párrafo (2.c) para que se refiriera de manera expresa a la *cautio judicatum solvi* con una adición de las palabras “o para preservar bienes”. Hubo oposición con respecto a esta propuesta puesto que podría indicar que la Ley Modelo Uncitral de Arbitraje era insuficiente como para comprender la *cautio judicatum solvi*. El grupo de trabajo llegó a la conclusión que la *cautio judicatum solvi* estaba cubierta por las palabras “proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente”. (Traducción libre)



Por ende, cuando el Artículo 17(2)(c) señala que el Tribunal arbitral puede ordenar una medida cautelar que “proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente”, se entiende que este tiene el poder de otorgar una *cautio judicatum solvi*. Esto quedó tan claro en la discusión de los redactores que optaron por no incluir las palabras de la medida cautelar de manera expresa, para no generar la duda sobre la necesidad de un poder expreso para otorgar esta medida cautelar y que algunos pudieran interpretar erróneamente que anteriormente, los Tribunales no tenían este poder.<sup>142</sup> Esta interpretación en favor del poder de los árbitros de otorgar una *cautio judicatum solvi* es consistente con la práctica internacional. En mi opinión, dicha interpretación deberá de tenerse en cuenta por los Tribunales, los cuales deberían de seguir este razonamiento en virtud del Artículo 2(1) de la misma Ley Modelo UNCITRAL con los cambios de 2006 que señala que:

“En la interpretación de la presente Ley habrá de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.”<sup>143</sup>

Por ende, la interpretación uniforme internacional con respecto a la *cautio judicatum solvi* en el arbitraje internacional comercial bajo la Ley Modelo UNCITRAL con los cambios de 2006, es que el Tribunal arbitral tiene poder para otorgar dicha medida cautelar bajo el Artículo 17(2)(c).

#### **d. Regulación de la *cautio judicatum solvi* bajo las reglas arbitrales institucionales**

Las reglas arbitrales institucionales han regulado de diversas maneras el poder de los árbitros para otorgar una *cautio judicatum solvi*. Es interesante como la mayoría de los centros arbitrales ubicados en países del Derecho Común contienen disposiciones expresas que otorgan el poder a los Tribunales arbitrales para realizarlo, pero no los del Derecho Civil.

---

<sup>142</sup> La delegación del Reino Unido; sin embargo, criticó la versión final del Artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL al indicar que tiene la debilidad de que no se alcanzó ningún compromiso fuerte y que esto puede afectar la reputación y el propósito de la Ley Modelo UNCITRAL. En ese sentido, ver: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Sesión No. 39 de la en Nueva York del 19 de junio al 7 de julio de 2006: A/CN.9/609/Add. 4.

<sup>143</sup> Artículo 2(1) de la misma Ley Modelo UNCITRAL





Por ejemplo, el Artículo 25.2 del Centro de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) señala que:

“El Tribunal Arbitral tendrá el poder, previo a solicitud de parte, de ordenar a cualquier parte demandante o contrademandante que provea seguridad para las costas legales de la otra parte por medio de un depósito o una garantía bancaria o de la manera que el Tribunal Arbitral mejor considere apropiada”.<sup>144</sup> (Traducción libre)

Las Reglas del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (“HKIAC”) de 2018 adoptaron una perspectiva interesante en el sentido que regulan la *cautio judicatum solvi* en un artículo separado al de las medidas cautelares. En ese sentido el Artículo 23 HKIAC trata las medidas cautelares de protección y de emergencia. En ese sentido, el Artículo 23(2) señala que: “Previo a la solicitud de una parte, el Tribunal arbitral puede ordenar cualquier medida cautelar que estime apropiada”. Asimismo, el Artículo 23(3)(c) adoptó la redacción del Artículo 17(2)(c) de la Ley Modelo UNCITRAL y da al Tribunal arbitral el poder para ordenar una medida cautelar que “proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente.” En mi criterio, con estas dos disposiciones, debería quedar claro que el Tribunal arbitral tiene poder para ordenar una *cautio judicatum solvi*. No obstante, seguramente para evitar toda discusión, el Artículo 24 HKIAC la regula de manera explícita y señala:

*“El Tribunal arbitral puede ordenar una orden requiriéndole a la otra parte proveer seguridad para las costas del arbitraje”.* (Traducción libre)

Es interesante que el artículo, a pesar de señalar expresamente el poder de los árbitros para ordenar la medida cautelar especial, no menciona los requisitos que se deben tomar en cuenta.

Otras reglas arbitrales como las del Centro de Arbitraje Comercial Internacional Australiano (“ACICA”) en el Artículo 28.2(e), el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur

---

<sup>144</sup> Ver texto original: “*The Arbitral Tribunal shall have the power, upon the application of a party, to order any claiming or counterclaiming party to provide security for the legal or other costs of any other party by way of deposit or bank guarantee or in any other manner and upon such terms as the Arbitral Tribunal considers appropriate.*”





(“SIAC”) en el Artículo 24(m) y las reglas AAA en su Artículo R-37(b)<sup>145</sup> tienen disposiciones expresas que autorizan al Tribunal arbitral para ordenar una *cautio judicatum solvi*. Es interesante como las reglas de Arbitraje de la Institución de Arbitraje de Alemania (“DIS”) y la Institución de Arbitraje de los Países Bajos (“NAI”) sí contienen disposiciones expresas con respecto a la *cautio judicatum solvi* en sus Artículos 20.1 DIS y 37.1 NAI, respectivamente.

Las reglas de la CCI, por su parte, a pesar de no regular la *cautio judicatum solvi* expresamente una disposición amplia- el Artículo 28(1)- que faculta el Tribunal arbitral con un poder amplio para otorgar medidas cautelares al indicar que:

“A menos que las partes hayan acordado otra cosa, tan pronto como el archivo ha sido transmitida a ella, El Tribunal arbitral podrá, a petición de una de las partes, ordenar cualquier providencia precautoria que estime conveniente”.

En este lenguaje amplio “cualquier providencia precautoria que estime conveniente” se ha interpretado a favor de la *cautio judicatum solvi* bajo las reglas CCI, a pesar de no estar regulada la medida cautelar de manera expresa. De manera similar a las reglas de la CCI, ni las Reglas Suizas de Arbitraje Internacional (“Swiss Rules”) o las Reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo (“SCC”), la regulan en sus artículos de medidas cautelares de manera expresa. No obstante, este silencio no se ha interpretado ni debería de interpretarse en virtud del principio de uniformidad en el arbitraje internacional, como si los Tribunales arbitrales constituidos bajo dichas reglas no tuviesen el poder para ordenar esta resolución. El poder general que tiene el poder arbitral para otorgar medidas cautelares debería ser suficiente como para otorgar esta medida cautelar que es una especie del género.

En mi criterio, una norma general que habilite al Tribunal arbitral para otorgar una medida cautelar abarca implícitamente el poder de otorgar una *cautio judicatum solvi*. Entonces, el hecho de regularla de manera expresa o implícita es una cuestión de estilo de los redactores de las reglas de arbitraje y si deciden hacerlo de manera expresa, es para evitar cualquier duda que pueda surgir al respecto. Por ende, el problema, más que con el poder de

---

<sup>145</sup>El artículo R-37 de las reglas de Arbitraje Americanas se titula medidas provisionales y la sección b señala que “Such interim measures may take the form of an interim award, and the arbitrator may require security for the costs of such measures.”



los Tribunales para otorgar esta medida cautelar, se relaciona con los requisitos que deben de cumplirse para otorgar esta medida tal y como se verá en la sección siguiente.

#### **e. La *cautio judicatum solvi* en el arbitraje de inversión**

Como se señaló en la sección anterior, bajo el Artículo 47 de la Convención del CIADI y la Regla N.º 39(1), los Tribunales arbitrales de inversión tienen el poder para otorgar medidas cautelares. La pregunta sobre si la *cautio judicatum solvi* está incluida bajo esos artículos ha sido discutida por Tribunales arbitrales bajo las reglas del CIADI y también ha experimentado una evolución.

Al respecto, este asunto fue analizado desde el 25 de setiembre de 2001 mediante la decisión de la adopción de medidas provisionales en el caso CIADI/ARB/98/2 de Víctor Pey Casado contra la República de Chile.

El Tribunal arbitral en ese caso citó en el párrafo 47 la resolución procesal N.º 2 del caso CIADI ARB/97/7 Maffezini contra el Reino de España dictada el 28 de octubre de 1999 en donde el Reino de España solicitó una medida provisional para que la parte demandante depositara una *cautio judicatum solvi* o una caución en la que garantizaba el pago de una eventual condena en costas de la instancia. En ese caso, el Tribunal rechazó la solicitud puesto que interpretó la regla de Arbitraje 39 “y los términos de salvaguardia o conservación de “derechos”, como englobando derechos “existentes al momento de la solicitud” y no “hipotéticos”.<sup>146</sup> Es decir, el Tribunal consideró que la posibilidad en la que la parte demandante no fuera capaz de pagar las costas del proceso arbitral en el futuro, constituía un evento hipotético y el Artículo 39 hacía referencia a derechos existentes al momento de la solicitud y no protegía eventos hipotéticos.

A pesar de ello, el Tribunal arbitral en el caso de Víctor Pey Casado contra la República de Chile, determinó que ese argumento no tiene ningún fundamento puesto que:

---

<sup>146</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Maffezini contra el Reino de España*, “Resolución procesal No. 2,” 28 de octubre de 1999, Caso No. CIADI ARB/97/7.



“Exigir que el derecho que se pretende salvaguardar sea existente, haya sido demostrado o comprobado “al momento de la solicitud”, puede ciertamente, en algunas circunstancias, no acarrear dificultad alguna. Sin embargo, en otras circunstancias, podría, *ex natura rerum*, obligar al Tribunal de Arbitraje a prejuzgar sobre el fondo, en un momento en donde precisamente no está en medida de juzgar, y bajo hipótesis en las que, por definición, la constancia o prueba de la existencia o realidad del derecho invocado no podría aportarse más que más tarde, mediante el laudo arbitral sobre el fondo del asunto.”<sup>147</sup>

En ese sentido, el Tribunal confirmó que no habría injerencia por parte del Tribunal en los asuntos internos de un Estado soberano, sino que habría ejercido su competencia general que le ha sido reconocida en materia de medidas provisionales. Con respecto a la *cautio judicatum solvi*, el Tribunal se refirió a la falta de una disposición expresa en la Convención del CIADI con respecto a esta medida cautelar y que esta ausencia “parece acarrear una cierta presunción de que la medida no está prevista ni autorizada.”<sup>148</sup> Asimismo, el Tribunal señaló que:

“En conclusión, a falta de toda indicación contraria, se puede pensar que los Estados parte al Convenio de Washington de 1965, que sin duda pudieron y debieron prever, antes de decidirse a ratificar el Convenio, la eventual insolvencia del inversionista demandante, evaluaron y asumieron el riesgo que la parte demandada de este arbitraje ha descrito.

De esta primera conclusión provisional se puede deducir únicamente que la recomendación de exigir “caución” para el pago de costas eventuales no podría admitirse como una medida general y ordinaria”.

Ese razonamiento negatorio de la *cautio judicatum solvi* por parte del Tribunal es contradictorio, puesto que luego citó el precedente de *Atlantic Triton* contra Guinea donde se

---

<sup>147</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Victor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende c. Chile*, “Decisión sobre la solicitud de medidas provisionales”, 25 de septiembre de 2001, Caso No. ARB/98/2.

<sup>148</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Victor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende c. Chile*, “Decisión sobre la solicitud de medidas provisionales”, 25 de septiembre de 2001, Caso No. ARB/98/2.



reconoció el poder que tienen los Tribunales arbitrales de inversión para otorgar dicha medida cautelar. Al final; sin embargo, el Tribunal denegó la solicitud de medidas provisionales de la parte demandante relativa al depósito de una garantía por parte de esta para el pago de costas eventuales puesto que “no se demostró ni se hizo particularmente probable o verosímil que exista el riesgo [de incumplimiento de pago].”<sup>149</sup>

La decisión de medidas cautelares del 18 de diciembre de 1984 en el caso N.º ARB/84/1 de Atlantic Triton Company Limited vs. People's Revolutionary Republic of Guinea no es pública; sin embargo, al respecto se ha señalado que, aunque el Tribunal decidió no otorgar la *cautio judicatum solvi*, sí reconoció que el Tribunal arbitral tiene el poder bajo el Artículo 47 de la Convención CIADI para ordenar esta medida cautelar.

Posteriormente, en la decisión de asuntos preliminares del 23 de junio de 2008 del caso N.º ARB/06/8 de Libanaco Holdings Co. Limited vs. Turquía, el Tribunal señaló que “solo en los casos más extremos como en el que un interés esencial de una parte se vea en peligro de un daño irreparable, el Tribunal tendría la posibilidad de otorgar una *cautio judicatum solvi*.”<sup>150</sup>

La mayoría del Tribunal en el caso de RSM vs. Grenada II también reconoció la facultad del Tribunal para otorgar este tipo de medidas cautelares bajo el Artículo 47 de la Convención CIADI y la Regla (39)(1); sin embargo, el árbitro Nottingham disintió de este razonamiento puesto que no hay una norma expresa a diferencia del English Arbitration Act de 1996 o el Artículo 25.2 de las reglas del LCIA y porque las palabras “preservar” en las normas antes citadas presuponen que el derecho a preservar ya existe. Por ende, como el demandado no tiene un derecho existente a un laudo futuro en costas, el Tribunal no tiene jurisdicción.<sup>151</sup>

El voto salvado del árbitro Nottingham no debería de seguirse, puesto que como se señaló en la sección anterior, el hecho que algunas leyes tengan disposiciones expresas sobre la *cautio judicatum solvi*, únicamente reafirma el poder que tienen los Tribunales para otorgar

---

<sup>149</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Victor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende c. Chile*, “Decisión sobre la solicitud de medidas provisionales”, 25 de septiembre de 2001, Caso No. ARB/98/2.

<sup>150</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Libananco Holdings Co. Limited vs. Turquía*, “Decisión de asuntos preliminares”, 23 de junio de 2008, Caso No. ARB/06/8.

<sup>151</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Production Corporation v Grenada*, “Laudo Final”, 13 de Mayo 2009, Caso No. ARB/O5/14.



este tipo de medidas cautelares, pero no se debe de realizar una interpretación a *contrario sensu*, en el sentido que la falta de una disposición expresa elimina este poder a los Tribunales. Este razonamiento no es consistente con la práctica internacional y no explica por qué no estaría abarcada por una norma general que brinde al Tribunal la facultad de otorgar medidas cautelares. Por ende, debe seguirse, en mi opinión, el voto de la mayoría y lo establecido en el caso de *Atlantic Triton vs. Guinea* en el sentido de que las palabras “medidas cautelares” del Artículo 47 comprende la *cautio judicatum solvi*.

El primer caso de arbitraje de inversión de las Reglas CIADI bajo el cual se otorgó una *cautio judicatum solvi* fue el caso de *RSM v. Santa Lucía*.<sup>152</sup> Este caso es sumamente importante para el desarrollo de esta investigación puesto que el financiamiento por tercero impactó en la decisión del tribunal. El caso será analizado a profundidad en el Capítulo tercero de esta investigación.

#### **f. Conclusiones sobre la *cautio judicatum solvi* en el arbitraje internacional**

Para concluir el apartado relativo a la evolución y regulación de la *cautio judicatum solvi* en el arbitraje internacional se desprende que en un principio no se reconocía unánimemente el poder de los Tribunales arbitrales para otorgarla. Esto; sin embargo, cambió radicalmente en los últimos veinte años y la interpretación uniforme actual en el arbitraje internacional es reconocer dicho poder. Este fue el caso tanto en los países del Derecho Común y Civil, en las reglas de arbitraje institucionales, bajo los casos CIADI y los de la Ley Modelo UNCITRAL. Dicho giro en torno al tema provocó que se modificaran algunas reglas arbitrales como el English Arbitration Act de 1996 y el Artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL. El hecho que una norma de medidas cautelares no otorgue al Tribunal arbitral el poder expreso para emitir una *cautio judicatum solvi* no afecta su poder de hacerlo. No obstante, si se reconoce en términos generales, las partes podrían disponer de otorgar esta facultad al Tribunal y acordar suprimir este poder. Pero como esto sucede raramente, lo usual es que, si el Tribunal arbitral tiene poder para otorgar medidas cautelares bajo la *lex arbitri* y las reglas de arbitraje elegidas, también tiene poder para otorgar una *cautio judicatum solvi*.

---

<sup>152</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *RSM Production Corporation vs. Santa Lucía*, “Decisión sobre la *cautio judicatum solvi*,” 13 de agosto de 2014, Caso No. ARB 12-10.



### C. Requisitos para otorgar una *cautio judicatum solvi*

La *cautio judicatum solvi* es una medida cautelar excepcional en el proceso arbitral.<sup>153</sup> Previo a concederla el Tribunal arbitral debe realizar el balance de los intereses en juego. Por un lado, debe tener en cuenta el interés de la parte demandada de recuperar sus costas y por el otro, el de la parte actora de continuar con el proceso arbitral; dado que, si no es capaz de satisfacer la caución, no podrá continuar con el proceso arbitral y lesionar su derecho de defensa.<sup>154</sup>

Algunos Tribunales arbitrales han rechazado las solicitudes de las *cautio judicatum solvi* que se les ha planteado, porque la parte demandada solicitante de la medida no logró demostrar circunstancias excepcionales.<sup>155</sup> Su excepcionalidad se basa en que la misma puede limitar el acceso a la justicia a la parte actora si esta no es capaz de proporcionar la caución.<sup>156</sup> Por lo tanto, la parte que solicita la medida tiene la carga de la prueba y debe probar ciertas condiciones excepcionales distintas a las de una medida cautelar general. Ergo, los requisitos que deben demostrarse varían de los requisitos clásicos. Para otorgar una medida cautelar general basta con cumplir lo establecido en el Artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL. Aunque esos requisitos también deben cumplirse, en el proceso arbitral debe además sumarse los que son específicos de la *cautio judicatum solvi*. El problema consiste en que no hay uniformidad respecto de los requisitos específicos y excepcionales de la *cautio judicatum solvi*.

Identificarlos es lo que se propone en esta etapa. El CIArb que es una sociedad que trabaja en promover la Resolución Alternativa de Conflictos (“RAC”) y sus mecanismos, se ha ocupado

---

<sup>153</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Production Corporation v Grenada*, “Laudo Final”, 13 de Mayo 2009, Caso No. ARB/O5/14.

<sup>154</sup>Wendy Miles y Duncan Speller, “Security for costs in international arbitration – emerging consensus or continuing difference?” *European Arbitration Review*, (2007): 32.

<sup>155</sup>Caso CCI de 1996 con sede en Lausanne, Suiza citado en ASA 1997, p. 363

<sup>156</sup>El acceso a la justicia es un derecho subjetivo público que le corresponde a todas las personas físicas o jurídicas de derecho privado o público y se encuentra regulado en el artículo 14(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976 y el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.



de brindar claridad en esta tarea y recoge las mejores prácticas internacionales.<sup>157</sup> Sobre la *cautio judicatum solvi*, el CIArb emitió una guía (“Lineamientos del CIArb”)<sup>158</sup> que deben analizar los árbitros que se ven enfrentados a una solicitud de este tipo. Los árbitros tienen una amplia discreción para ordenar una *cautio judicatum solvi* y pueden seguir estos lineamientos que constituyen una guía que recopila la práctica internacional con respecto a los requisitos excepcionales. Estos requisitos son similares en el arbitraje internacional comercial y de inversión.<sup>159</sup> Antes de analizar el tema del financiamiento por terceros en los capítulos posteriores de esta investigación., a continuación se examinarán los requisitos establecidos por los Lineamientos del CIArb como: (a) la situación financiera inestable, (b) si es justo, dadas las circunstancias del caso, ordenarle a una parte que cumpla con la *cautio judicatum solvi*, (c) la apariencia de buen derecho y (d) la aplicación del principio “cost follow the event” (costas a la parte vencedora).

#### a. Situación financiera inestable

Este requisito representa, en mi criterio, la base más importante para determinar si la *cautio judicatum solvi* debe de otorgarse o no. Esto es importante porque el Tribunal debe preguntarse si la parte demandante será capaz para pagar, si perdiera el arbitraje, un laudo con una eventual condenatoria en costas. Si el Tribunal determinara que no va a ser capaz, se verá inclinado a otorgar la medida cautelar mientras que, si determina que tiene suficientes activos como para hacer frente a una condenatoria en costas, declinará la medida cautelar.<sup>160</sup> Por consiguiente, para realizar esta ponderación, se debe analizar la situación financiera de la parte demandante y determinar si es inestable. La estabilidad puede ser considerada mediante ratios

---

<sup>157</sup>El CIArb fue fundada en 1915, tiene su base en el Reino Unido y cuenta con 14,000 practicantes de más de 100 países. Dentro de los diferentes documentos que el CIArb ha publicado se encuentra el de la aplicación de la *cautio judicatum solvi* (Applications for Security for Costs). Estos lineamientos según el artículo 1.2 deben de ser leídos en conjunción con los lineamientos para la aplicación de medidas cautelares que, por supuesto, también son aplicables para la *cautio judicatum solvi* ya que es una medida cautelar. Sin embargo, los lineamientos reconocen que por la especialidad de dicha medida cautelar existen especiales consideraciones diferentes a las demás medidas cautelares.

<sup>158</sup>

<sup>159</sup> Ver: Permanent Court of Arbitration, *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC vs. Bolivia*, 31 de junio del 2014, Caso No. 2011-17, en donde el demandado solicitó una *cautio judicatum solvi* puesto que: “la información disponible sobre las finanzas de Rurelec demuestra que no podrá cumplir un laudo adverso en costas (2.1). Por su parte, Guaracachi America es una *shell company* del Estado de Delaware, en los Estados Unidos (2.2). Es un hecho que los costos de las Demandantes están siendo financiados por terceros, sin ninguna garantía de que estos mismos terceros se harán cargo de las costas de Bolivia en este arbitraje (2.3)”. Por ende, se desprende la similitud entre ambos tipos de arbitraje puesto que la cuestión procesal a resolver es la misma.

<sup>160</sup>Camará Arbitral de Suiza, *Caso. No 415*, del 20 de noviembre de 2001.





financieros como: el de la proporción actual<sup>161</sup> que consiste en dividir los activos actuales entre los pasivos actuales. Una proporción actual menor a 1.0 sugiere que la empresa es incapaz de pagar sus deudas<sup>162</sup> y esto podría ser un indicio de que la situación financiera es inestable.

Los Tribunales arbitrales, sin embargo, han evaluado también diversos aspectos según los hechos del caso, para determinar cuándo una parte está en presencia de una situación financiera inestable o no. La jurisprudencia arbitral y la doctrina coinciden en que la mera duda sobre si una parte va a poder pagar un laudo futuro en costas, no es suficiente como para otorgar una *cautio judicatum solvi*.<sup>163</sup> Esta duda constituye parte del riesgo comercial que asumen las partes cuando entran en acuerdos comerciales, salvo que una parte esconda sus bienes o actúe de manera fraudulenta.<sup>164</sup>

Sin embargo, no hay claridad con respecto a si la quiebra de una parte es suficiente como para otorgarla. Algunos Tribunales han señalado que la “insolvencia de una parte es un motivo común para otorgar la *cautio judicatum solvi*”.<sup>165</sup> Empero, en el Caso CCI 14355 se rechazó una solicitud porque la parte demandada se basó exclusivamente en el hecho que se abrió un procedimiento de quiebra en contra de la parte actora y el Tribunal señaló que la sola apertura del procedimiento de quiebra no es suficiente como para otorgar la medida cautelar.<sup>166</sup> Asimismo, en el Caso CCI 14993, el Tribunal señaló que la apertura de la quiebra como tal, es un motivo insuficiente como para otorgar la medida cautelar mientras que los bienes de la masa de acreedores sean suficientes para financiar los costos legales potenciales.<sup>167</sup> Este razonamiento fue seguido también en un arbitraje *ad hoc* con sede en Zúrich en la decisión del 27 de noviembre de 2002. En este caso, la solicitud de la *cautio judicatum solvi* fue rechazada aunque la parte actora hubiera sido declarada en quiebra, por el motivo de que todavía poseía

---

<sup>161</sup>Weixia Gu, Security for Costs in International Commercial Arbitration, *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, Volumen 22, Issue 3*, (2005): p. 190

<sup>162</sup>Robert May, Gerhard Mueller, Thomas H. Williams, *A New Introduction to Financial Accounting* (Londres, Inglaterra: Prentice Hall, 1976), p.725-726.

<sup>163</sup>Claimant's 1-2 vvs. Respondent's 1-16 [SUI 2008]; Emmanuel Gaillard y John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (La Haya, Países Bajos: Kluwer Arbitration, 1999), p.1256; Mica Bühler, “Awarding Costs in International Commercial Arbitration: an Overview,” *ASA Bulletin 22*, (Junio 2004): 434.

<sup>164</sup>Mica Bühler, “Awarding Costs in International Commercial Arbitration: an Overview,” *ASA Bulletin 22*, (Junio 2004): 434.

<sup>165</sup>Cámara de Comercio de Zurich, *Procedimiento arbitral ZCC No. 415*, noviembre del 2001.

<sup>166</sup>Cámara de Comercio Internacional, *Caso No. 14355*, “Orden procesal del 2007”, 2007.

<sup>167</sup>Cámara de Comercio Internacional, *Caso No. 14355*, “Orden procesal del 2007”, 2007.





bienes suficientes para responder en el caso de resultar vencida en el arbitraje<sup>168</sup> Asimismo, en el Caso de Blank Mellat citado anteriormente, la Corte Superior de Inglaterra determinó que como los actores estaban involucrados en una serie de contratos importantes en el Medio Oriente, su situación financiera no constituía un motivo suficiente como para ordenar la medida cautelar.<sup>169</sup>

Al respecto, el Artículo 3 de los Lineamientos del CIArb también dan una guía con respecto al estándar de la situación financiera inestable y la insolvencia al indicar que:

“(1) Los árbitros deben considerar si hay motivos suficientes como para concluir que hay un riesgo serio de que el solicitante no va a poder ejecutar un laudo a su favor en costas porque: (i) el actor no tiene fondos para pagar; y/o (ii) los bienes del actor no están disponibles para ser ejecutados.

(2) Si los árbitros concluyen que, por cualquiera de las dos razones, hay un riesgo real de que el solicitante va a tener dificultad ejecutando el laudo en costas, entonces estos factores van a favorecer el otorgamiento de la cautio judicatum solvi, a menos que estos factores hubieran sido considerados y aceptados como parte del riesgo comercial al inicio de la relación entre las partes. Contrariamente, si los árbitros concluyen que el demandante tiene activos que le van a permitir al solicitante perseguir la ejecución de un laudo en costas, entonces no hay motivos para ordenar la cautio judicatum solvi”.<sup>170</sup>  
(Traducción libre)

<sup>168</sup> Arbitraje ad hoc con sede en Zúrich, decisión del 27 de noviembre de 2002, ASA 2005, p. 108.

<sup>169</sup> Corte Superior de Inglaterra, *Bank Mellat vvs. Helliniki Techniki*, (1983), Caso No. 3 ALL ER 428, <http://www.uniset.ca/other/cs3/1984QB291.html>.

<sup>170</sup> Ver original: “*Article 3 — Claimant’s ability to satisfy an adverse costs award 1. Arbitrators should consider whether there are reasonable grounds for concluding that there is a serious risk that the applicant will not be able to enforce a costs award in its favour because:*

*i) the claimant will not have the funds to pay the costs awarded; and/or*

*ii) the claimant’s assets will not be readily available for an effective enforcement against them.*

*2. If the arbitrators conclude that, for either or both of these reasons, there is a real risk that the applicant will have difficulty enforcing a costs award, then these factors favour an order for security, unless these factors were considered and accepted as part of the business risk at the inception of the parties’ relationship. Conversely, if the arbitrators conclude that the claimant has assets that will likely enable the applicant to pursue enforcement of a costs award, and that these assets will be readily accessible to the applicant, then there is no justification for an order for security.”*



El comentario a este artículo indica que los árbitros deben tomar en consideración que la falta o inaccesibilidad de bienes es una razón “necesaria pero no suficiente para ordenar una *cautio judicatum solvi*”.<sup>171</sup>

Los Lineamientos CI Arb señalan que si la solvencia de la parte era cuestionable durante la relación contractual entre las partes, entonces ese factor no sería suficiente para otorgar una *cautio judicatum solvi* puesto que la parte demandante tomó en consideración ese efecto al hacer negocios con la otra parte.<sup>172</sup> Entonces, con respecto a la situación financiera inestable, debe demostrarse además que: (i) hubo un cambio en la situación financiera desde que se firmó la cláusula arbitral y (ii) los activos no van a estar lo suficientemente disponibles como para ejecutar un laudo en contra de ellos.

#### **i. Cambio en la situación financiera desde la formación del contrato**

El artículo 3(2) de los Lineamiento CI Arb indica que ciertos factores van a favorecer el otorgamiento de la *cautio judicatum solvi*, “a menos que estos factores hubieran sido considerados y aceptados como parte del riesgo comercial al inicio de la relación entre las partes”. (Traducción libre) Esta puede ser otorgada entonces con base en circunstancias material y comercialmente imprevistas que cambiaron desde la fecha de la formación del contrato.<sup>173</sup>

El fundamento de este requisito se encuentra en el hecho de que las partes asumen un riesgo comercial cuando firman un contrato entre sí.<sup>174</sup> En virtud de este riesgo, si una de las partes conocía de la situación financiera inestable al momento de firmar la cláusula arbitral, esta parte no puede solicitar luego, en virtud de esa situación financiera inestable, que conocía de antemano puesto que fue un riesgo aceptado. En el Caso de la Cámara de Comercio Internacional No. 7047, el demandado solicitó una *cautio judicatum solvi* alegando que el

---

<sup>171</sup>Chartered Institute of Arbitrators, *Applications for Security for Costs*, p.7.

<sup>172</sup>Chartered Institute of Arbitrators, *Applications for Security for Costs*, p.7.

<sup>173</sup>Pierre A. Karrer y Marcus Desax, “Security for Costs in International Arbitration, Why, when and what if,” en *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century* (Colonia, Alemania: Carl Heymann, 2001), para. 35.

<sup>174</sup> En el Caso A. S. p. A v. vs. B AG del 25 de setiembre de 1997 el Tribunal rechazó la solicitud de *cautio judicatum solvi* porque la insolvencia de una empresa constituye un riesgo comercial que las partes deben de considerar, citado en el (2001) ASA Bulletin, p. 745.



demandante estaba incorporado en Panamá como un empresa instrumental o fantasma y no tenía activos. El Tribunal sin embargo la rechazó alegando que los demandados sabían desde la firma del contrato cómo estaba constituida la sociedad.

Por ende, si el Tribunal determina que la parte demandante tiene una situación financiera inestable, esta debió de surgir en una fecha posterior a la formación del contrato o constituir un hecho desconocido para la parte demandada que escapa del riesgo comercial normal que aceptan las partes al contratar.

## **ii. Indisponibilidad de los activos para otorgar un laudo en contra de ellos**

El problema que anticipa la *cautio judicatum solvi* está estrictamente relacionado con la ejecución del laudo, puesto que el demandado alega que no va a poder ejecutar un laudo adverso en costas, en contra de la parte actora. En ese sentido, si no hay suficientes bienes disponibles de la parte demandante, la ejecución del laudo arbitral no va a ser posible o va a ser sumamente costosa<sup>175</sup> y la balanza a su favor debe de inclinarse.

La Corte Superior de Inglaterra en un caso del 7 de mayo de 2013 ordenó una *cautio judicatum solvi* en contra de una parte, porque no tenía bienes suficientes, y los únicos que poseía no eran liquidables. Por ende, la Corte determinó que, si no se otorgaba la caución, habría un riesgo severo de que un laudo futuro solo podría ser ejecutado con gran dificultad y gastos.<sup>176</sup>

Asimismo, el comentario 3(g) de los Lineamientos CIArb señala que:

“la ubicación de los bienes puede ser una consideración válida para otorgar la *cautio judicatum solvi* porque la ejecución de un laudo en costas puede ser más difícil e incierto que lo esperado. Esta consideración es válida porque se basa en el riesgo de la inejecutabilidad del laudo en un país extranjero por la ubicación de los bienes, y no en el país de residencia de la otra parte. Sin embargo, si el riesgo asociado con la

<sup>175</sup> Jeffrey Wainceymer, “Procedure and Evidence in International Arbitration”, en *Kluwer Law International* (2012): p. 600

<sup>176</sup> High Court of Justice of England and Wales, Queen’s Bench Division, Caso No. 2012, 7 May 2013.



jurisdicción en la que la parte organiza sus asuntos y tiene sus bienes era sabida por la otra parte -al momento de la formación de la relación -y no había motivo que esto era para esconder los bienes de los acreedores, entonces los árbitros pueden concluir que este riesgo comercial era aceptado al contratar con esa parte”.<sup>177</sup> (Traducción libre).

De manera similar, en el arbitraje de inversión se ha indicado que la *cautio judicatum solvi* únicamente debe ser ordenada en circunstancias excepcionales, como cuando hay un abuso o cuando una falta seria de comportamiento ha sido demostrada.<sup>178</sup> En conclusión, aunque la parte actora tenga suficientes bienes en otro Estado contratante de la Convención de Nueva York de 1958, este proceso va a ser sumamente costoso y va a haber un riesgo de inejecución del laudo. Por ende, si no hay bienes “suficientemente disponibles”, el Tribunal puede inclinarse por otorgar esta medida cautelar. Asimismo, el Tribunal debe analizar la conducta de las partes y examinar si ha habido una falta de comportamiento de la parte como que trate de esconder sus bienes para protegerlos y evitar que estos sean posteriormente ejecutados.

**b. Si es justo, dadas las circunstancias del caso, ordenarle a una parte que cumpla con una *cautio judicatum solvi***

Si el Tribunal arbitral llegara a determinar que la situación financiera de la parte demandante es inestable, no automáticamente por ello debería otorgar la *cautio judicatum solvi*. Es probable que la inestabilidad se deba al incumplimiento contractual de la parte demandada. En ese caso, no sería justo ordenarle a la parte demandante que cumpla con ella.

Por el otro lado se ha determinado que, si las circunstancias demuestran que la situación financiera inestable se debe a un aspecto ajeno a un riesgo comercial, entonces los árbitros sí

---

<sup>177</sup>Chartered Institute of Arbitrators, *Applications for Security for Costs*, p.9. Ver original: “Notwithstanding the above, the location of the assets of a party may be a legitimate consideration if the arbitrators are satisfied that an order for security is justified because enforcing a costs award would be more difficult or uncertain than would normally be expected. This is a permissible consideration because it is based on the risk of unenforceability of a costs award in the foreign location of the assets, rather than the foreign residence of the party.”<sup>30</sup> However, if the risk associated with the jurisdiction in which a party organises its affairs (and holds its assets) was known at the inception of the relationship and there is no reason to conclude that this was to defeat creditors, then the arbitrators may conclude that it was part of the accepted risk of doing business with that party”.

<sup>178</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. El Salvador*, “Decisión sobre *cautio judicatum solvi*,” 20 de setiembre de 2012, Caso No. ARB/09/17.



deben inclinarse a otorgar la *cautio judicatum solvi*.<sup>179</sup> En ese sentido, si la parte provocó deliberadamente su insolvencia, para evitar los riesgos financieros relacionados con el procedimiento arbitral, esto constituiría una circunstancia excepcional como para ordenar la medida cautelar comentada.<sup>180</sup>

Si es justo o no otorgar una *cautio judicatum solvi*, el Tribunal arbitral además debe valorar el peso que implica a la parte demandante otorgar esa garantía. Al respecto, los demandantes no tienen que aportar necesariamente la caución en dinero en efectivo o mediante un depósito, sino que también puede proveer la garantía de un banco u otro tipo de mecanismos que otorguen al Tribunal arbitral la seguridad de que el laudo va a ser pagado.<sup>181</sup>

### **c. *Fumus boni iuris* (aparición de buen derecho)**

Como se indicó en la sección anterior, uno de los requisitos típicos de las medidas cautelares es el análisis *prima facie* de la probabilidad de éxito que tiene la pretensión de la parte. Con el fin de evitar un prejuzgamiento sobre el fondo, este análisis está limitado hacia la determinación de la seriedad de los alegatos de una de las partes.<sup>182</sup> Este requisito sirve entonces para disuadir demandas frívolas y no va a ser determinante a la hora de otorgar la *cautio judicatum solvi*, salvo que la parte solicitante tenga muy pocas probabilidades de ganar el caso. Sin embargo, rara vez el Tribunal haría tal constatación puesto que prejuzgaría anticipadamente el fondo del caso.

Al respecto, en el arbitraje de inversión ante el CIADI N.º ARB/97/7 de Emilio Agustín Maffezini demandante vs. el Reino de España, el Tribunal arbitral determinó mediante la Resolución Procesal N.º 2 del 28 de octubre de 1999 que:

---

<sup>179</sup>Chartered Institute of Arbitrators, *Applications for Security for Costs*, p.8.

<sup>180</sup>Cámara de Comercio Internacional, *Caso No. 12035*, “Orden Procedimental”, 6 de junio del 2003; Emmanuel Gaillard y John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (La Haya, Países Bajos: Kluwer Arbitration, 1999), p. 158

<sup>181</sup> Markus, Altenkirch, “Die Sicherheitsleistungen für die Prozesskosten”, *Handbook on International Commercial Arbitration*, Segunda Edición (2014): p. 270, Noah Rubins, “In God We Trust, all Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration,” *American Review of International Arbitration* 11, (junio 2000): 320; Lineamientos CIArb, p.1.

<sup>182</sup>Gary Born, *International Commercial Arbitration*. (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2014), p.2478.



“20. Las expectativas sobre el éxito o el fracaso en un caso judicial o de arbitraje son más bien conjeturas. Hasta el momento en que el Tribunal de Arbitraje dicta un laudo, nadie puede predecir con certeza cuál será el resultado. El mérito que tenga el caso del Demandante será determinado por el Tribunal sobre la base del derecho y de las pruebas presentadas ante este.

21. Llegar a una determinación en este momento, que pueda poner en duda la capacidad de cualquiera de las partes para presentar su caso, no es aceptable. Sería inapropiado para el Tribunal prejuzgar el caso del Demandante recomendando la adopción de medidas provisionales de esta naturaleza”.

El razonamiento expuesto confirma la importancia de realizar un análisis preliminar de la seriedad de lo planteado por la parte recurrente, sin que ello suponga prejuzgar el fondo de la controversia con respecto a este requisito.

#### **d. Aplicación del principio “cost follow the event” (costas a la parte vencedora)**

Aunque este tema no está mencionado como un requisito en el sentido estricto dentro de los Lineamientos del CIArb, la *cautio judicatum solvi* **solamente** es relevante cuando el principio de “cost follow the event” (costas a la parte vencida) aplique. Esto sucede cuando existe la posibilidad de que una parte puede recuperar sus costas si gana el arbitraje.<sup>183</sup> De lo contrario, no habría nada que proteger, puesto que no tendría sentido dictar esta medida cautelar si al final el Tribunal no le va a ordenar a la parte que pierde el arbitraje pagar los costos del proceso. Por consiguiente, solo cuando la regla en la que “el perdedor paga el arbitraje” sea aplicable, se va a poder otorgar una *cautio judicatum solvi*, pero no cuando aplique la regla americana que establece que cada parte carga con sus costas.<sup>184</sup>

La ventaja de la relevancia de esta medida cautelar es que los árbitros usualmente tienen una amplia discreción para distribuir los costos. En los casos del CIADI no hubo una

---

<sup>183</sup>Wendy Miles y Duncan Speller, “Security for costs in international arbitration – emerging consensus or continuing difference?” *European Arbitration Review*, (2007): 32.

<sup>184</sup> Mica Bühler, “Awarding Costs in International Commercial Arbitration: an Overview,” *ASA Bulletin* 22, (Junio 2004): 250.



práctica uniforme con respecto a las costas y los gastos del proceso arbitral.<sup>185</sup> El artículo 61(2) de la Convención del CIADI indica que:

“En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo ”.

En consecuencia, los Tribunales arbitrales de inversión cuentan con discreción para distribuir los costos incurridos por las partes.

Esta regla también es aplicable en la gran mayoría de jurisdicciones como Hong Kong,<sup>186</sup> Alemania,<sup>187</sup> España,<sup>188</sup> Brasil,<sup>189</sup> Portugal<sup>190</sup> y muchos otros. Igualmente, este principio sobre la discrecionalidad del Tribunal arbitral para distribuir las costas es la práctica recurrente bajo diversas reglas de arbitraje, como el Artículo 42 de las Reglas UNCITRAL, el Artículo 28(4) de las Reglas LCIA o la Sección 35(2) de las Reglas DIS.

En los Estados Unidos, el principio es que cada parte cargue con sus costas legales, posición predominante en los procesos civiles. Sin embargo, la Corte Suprema de Estados Unidos (caso de *Burlington vs. Dague*) aclaró que en el arbitraje internacional sí aplica el principio en el que el vencido paga el arbitraje, y únicamente puede recuperar las horas legales razonables,<sup>191</sup> criterio que busca solamente reconocer los costos “razonablemente” incurridos, lo que supone una regla saludable para evitar abusos en la fijación de las costas.

Sobre este tema de la razonabilidad de los costos, el Boletín sobre costos de la CCI de 2015 determinó, con base en un estudio de 221 laudos arbitrales de 2012, que 81% de los costos

---

<sup>185</sup>Cristoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Londres, Inglaterra: Cambridge University Press, 2001), p.1225.

<sup>186</sup>Hong Kong, Sección 74(2) de la ordenanza arbitral de Hong Kong, del 31 de mayo del 2011.

<sup>187</sup>Alemania, Sección 1057(1) del Código de Procedimientos Civiles de Alemania, del 11 de setiembre de 1950.

<sup>188</sup>España, Artículo 37 de la Ley 60/2003, del 26 de diciembre del 2003.

<sup>189</sup>Brasil, Artículo 27 de la ley 13129, del 1 de enero de 1965.

<sup>190</sup>Portugal, Artículo 42 de la ley 63 del 14 de diciembre del 2011.

<sup>191</sup>Corte Suprema de los Estados Unidos, *City of Burlington vs. Dague*, “Sentencia,” 24 de abril de 1992, Caso No. 505 US 557.





en el arbitraje corresponde a los de las partes, 15% a los honorarios del Tribunal arbitral y 2% a los gastos administrativos del Tribunal arbitral.<sup>192</sup>

Por ende, los costos de las partes son significativamente el gasto más importante y la CCI ha tratado de racionalizar la proporción de los gastos incurridos por las partes. Por ejemplo, el Apéndice IV de las Reglas CCI incluye una serie de ejemplos de técnicas de gestión de casos que puede ser utilizada por el Tribunal arbitral y las partes para controlar el tiempo y los costos incurridos. En las Reglas CCI del 2017, se incluyó el procedimiento abreviado (“*fast-track arbitration*”) para las pretensiones que no excedan los 2 millones de dólares o cuando las partes así lo dispongan para reducir los costos del arbitraje. Las principales características de este proceso son las siguientes: se eliminó el acta de misión, solo hay un árbitro, se puede decidir la disputa sin acudir a una audiencia, se limita el número y extensión de los escritos, y el tribunal arbitral solo cuenta con seis meses para dictar el laudo.

Al respecto, y sobre el tema de los costos del arbitraje, el Artículo 38(1) de las Reglas CCI del 2017 aclara que:

“Los costos del arbitraje incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y los gastos administrativos de la CCI determinados por la Corte, de acuerdo con la escala en vigor en el momento de la iniciación del arbitraje, así como los honorarios y gastos de los peritos designados por el Tribunal arbitral y los costos razonables legales y otros incurridos por las partes para el arbitraje”.

Los Tribunales arbitrales gozan entonces de discreción para distribuir los costos del arbitraje y deben apegarse a los parámetros de razonabilidad y evitar otorgar costos legales excesivos. El mismo boletín de la CCI indica que se ha hablado que la regla en la que el vencido paga el arbitraje reflejaba el consenso internacional; sin embargo, esta tendencia es menos aceptada actualmente, puesto que el Tribunal arbitral usualmente toma en cuenta, con respecto a la distribución de los costos, la conducta de las partes durante el arbitraje, si fue conducido de manera expedita y si los costos incurridos fueron efectivos.

---

<sup>192</sup>Cámara de Comercio Internacional, *ICC Dispute Resolution Bulletin 2015*, Edición 2, p.21.





### III. Conclusiones del Capítulo Primero

El poder que ostentan los Tribunales arbitrales para otorgar medidas cautelares es ampliamente reconocido en la mayoría de las leyes arbitrales estatales y reglas de arbitraje institucionales. El Artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL marcó un cambio importante en este sentido y los requisitos generales que se encuentran en ese artículo reflejan el estándar internacional. La *cautio judicatum solvi*, por su parte, es una medida cautelar excepcional por las implicaciones que puede llegar a acarrear en el proceso, en el caso que la parte actora sea incapaz de sufragar la medida. Si los Tribunales arbitrales tienen un poder general para otorgar una medida cautelar, también van a tener un poder implícito para otorgar esta caución y no necesitan de una norma expresa que les permita otorgar esta medida cautelar particular.

La redacción histórica del Artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL también refleja que sus autores contemplaron esta medida cautelar. Pero al tener carácter excepcional, los Tribunales arbitrales deben analizar factores adicionales a los establecidos en este artículo 17.

No hay uniformidad respecto a los requisitos adicionales que deben analizar los árbitros, pero los Lineamientos del CIArb reflejan la práctica internacional y sirven como una buena guía al respecto. Los árbitros; sin embargo, tienen una amplia discreción para determinar los requisitos aplicables. Asimismo, únicamente sería procedente la *cautio judicatum solvi* si los árbitros determinan, con respecto a las costas, que el perdedor del proceso va a hacerse cargo de pagar las costas legales incurridas por la parte que ganó el proceso. De lo contrario, si cada parte asumiera sus costas independientemente del resultado, no sería procedente otorgar esta caución puesto que no habría nada que proteger.

Se hace énfasis en que el factor determinante para conceder la *cautio judicatum solvi* es la situación financiera inestable de la parte demandante. Es importante que este factor sea diferente al riesgo comercial normal que asumen las partes al firmar contratos y que haya habido un cambio en la situación financiera desde el momento en el que se negoció el contrato. Asimismo, la *cautio judicatum solvi* solo será procedente si no hay una disponibilidad suficiente de los activos de la parte actora para otorgar un laudo en contra de ellos y si es justo, según las circunstancias del caso, otorgarla. El Tribunal arbitral debe tomar en cuenta las diferentes formas que existen para otorgar la *cautio judicatum solvi* y debe evitar el menor cambio posible del *statu quo* de las partes. Asimismo, deberá realizar un análisis *prima facie* de la apariencia del buen derecho de la pretensión principal. Si alguno de estos requisitos no se



cumple, la solicitud de la medida cautelar deberá ser rechazada. El Tribunal arbitral deberá entonces escudriñar si se dan las situaciones excepcionales para otorgar esta medida. Deberá descartar que la parte actora esconde sus activos. En los próximos capítulos, se analizará si la financiación por terceros constituye un requisito adicional que debe analizar el Tribunal arbitral para otorgar una *cautio judicatum solvi* y qué peso debe darle el Tribunal a la presencia de un tercero.



## **CAPÍTULO SEGUNDO:**

### **EL FINANCIAMIENTO POR TERCEROS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL Y DE INVERSIÓN.**

El elemento quizás menos ventajoso que se debe tratar en el arbitraje internacional es que alguien debe hacerse cargo de las costas procesales y en un proceso de arbitraje internacional comercial y de inversión, las costas son cuantiosas. El financiamiento por terceros ofrece una alternativa a este problema económico que presenta el proceso de arbitraje, pues un sujeto ajeno a las partes se encarga de financiar las costas. Ha sido la falta de liquidez de las empresas, a partir de la crisis financiera de 2008, que ha incrementado la demanda, cada vez con mayor fuerza, del uso del financiamiento por terceros en el arbitraje internacional comercial y de inversión. Pese a su crecimiento, por su falta de regulación, se ha afirmado que esta modalidad de financiamiento se encuentra situada “en una tierra de nadie”.<sup>193</sup> A lo largo de este Capítulo se analizará la evolución del financiamiento por terceros en el arbitraje internacional (I) y la regulación y buenas prácticas del financiamiento por terceros en el arbitraje internacional (II). Finalmente, se establecerán las conclusiones del capítulo (III).

#### **I. Sección primera. La evolución del financiamiento por terceros en el arbitraje internacional**

Se desarrollará en esta sección, el financiamiento de terceras partes en el arbitraje internacional, tema que no es novedoso en la historia procesal, pero sí en esta área, en la que se experimenta un crecimiento de estos sujetos ajenos al proceso. Previo a abordar el tema indicado, a lo largo de esta sección y para efectos de claridades metodológicas, se definirá el concepto de financiamiento por terceros (A), se comparará el acuerdo de financiamiento con figuras jurídicas afines (B), se establecerán los modos de financiamiento por terceros (C) y se analizará la evolución del financiamiento por terceros en los países del Derechos Común (D), Civil (E) y en el arbitraje de inversión (F).

---

<sup>193</sup> Willem H van Boom, *Third-Party Financing in International Investment Arbitration*, (Leiden, Países Bajos: Leiden University, 2011) <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2027114>.



## A. Definición del concepto de financiamiento por terceros

El término financiamiento por terceros proviene del idioma inglés “*Third Party Funding*”, es polisémico y la nomenclatura que describe los diferentes tipos de financiación de arbitrajes es diversa.<sup>194</sup>

El acuerdo comercial entre la Unión Europea y Canadá, Acuerdo Económico y Comercial Global (“AECG” o “CETA”, por sus siglas en inglés)<sup>195</sup>, por ejemplo, define el financiamiento por terceros en la sección de definiciones, en el Artículo 8.1, como:

“toda la financiación facilitada por una persona física o jurídica que no sea parte en la diferencia, pero llegue a un acuerdo con una parte en la diferencia para financiar una parte o la totalidad de los costos del procedimiento, ya sea mediante una donación o mediante una subvención, o a cambio de una retribución que dependa del resultado de la diferencia”.<sup>196</sup> (Traducción libre)

Esta definición resulta cuestionable para los propósitos de esta investigación, pues supone que el contrato de financiamiento pueda ser una donación y no contenga una contraprestación (o “*consideration*” según el Derecho anglosajón).

La directora del Equipo de Arbitrajes de Baker & McKenzie, Carmen Alonso Cánovas, propone una definición diferente, que no contempla la donación o falta de contraprestación, según la cual el financiamiento por terceros supone:

“un conjunto heterogéneo de métodos de financiación por los que empresas o fondos de inversión especializados proporcionan fondos a potenciales litigantes para costear sus pleitos o arbitrajes (de los que los financiadores no son parte), a cambio de una

---

<sup>194</sup> Dentro de los diferentes nombres, además del financiamiento por terceros, esta figura se conoce en la literatura jurídica como: “third party litigation funding”, “financing” o “alternative litigation funding”. En esta investigación no se analizará el financiamiento de litigios en las cortes estatales sino de arbitrajes.

<sup>195</sup> Al respecto, ver también el Artículo 2 del Capítulo 8 del borrador del Tratado Libre de Libre Comercio entre la Unión Europea y Vietnam y el Artículo 1 de la Sección 3 del Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) el cual sigue una definición similar al respecto.

<sup>196</sup> Artículo 8.1 del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y Canadá, Acuerdo Económico y Comercial Global. Ver original: “third party funding means any funding provided by a natural or legal person who is not a party to the dispute but who enters into an agreement with a disputing party in order to finance part or all of the cost of the proceedings either through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the dispute.”



retribución, calculada habitualmente como un porcentaje (que normalmente, se establece entre un 20 y un 50 por ciento) sobre la eventual ganancia obtenida en virtud de la sentencia o laudo condenatorio, o alternativamente, como un múltiplo sobre los fondos proporcionados”.<sup>197</sup>

En mi opinión, esta definición es más acertada, en el tanto establece que el financiamiento por terceros implica una retribución económica que puede materializarse en una exceptiva del resultado del proceso. De lo expuesto, si se aceptara la primera definición esbozada por AECG, el contrato Pro-bono en que el abogado asume todo el costo de representar al cliente sin ninguna expectativa de ser reembolsado o lucrar por sus servicios,<sup>198</sup> calificaría como un contrato de financiamiento por terceros. Mientras lo cierto es que, en el financiamiento por terceros, el financiador puede ser un abogado o un fondo de inversión especializado que espera a cambio una retribución económica, la cual se basa en una expectativa que consiste en el resultado favorable del proceso que está financiando.<sup>199</sup> Al respecto, el profesor Fernández Masía precisa con respecto al financiamiento que:

“la amplitud de los costes procesales cubiertos por el acuerdo de financiación es variable. El desembolso por parte de la empresa financiadora puede ir desde simplemente los gastos en que puede incurrir la parte financiada en el proceso pasando por los honorarios de los árbitros y las tasas de la institución arbitral, hasta la posible futura condena en costas, si aquella ve totalmente rechazada sus pretensiones en el laudo y el Tribunal así lo estima conveniente”.<sup>200</sup>

Lo importante, a fin de cuentas, es que la contraprestación es necesaria en virtud de la expectativa del resultado favorable del proceso. Por ende, Fernández Masía define el financiamiento por terceros como:

“aquel método de financiación que se articula a través de un contrato en virtud del cual un tercero, que suele ser una empresa especializada en estas cuestiones, facilita a una

---

<sup>197</sup>Carmen Alonso Cánovas, “Third Party Funding: La financiación institucional de litigios y arbitrajes,” *Revista del Club Español de Arbitraje*, No. 26, (2016): 9.

<sup>198</sup>Sobre el contrato Pro-Bono ver Richard Abel, *The Paradoxes of Pro Bono*, “Fordham Law Review 2443,” (2010).

<sup>199</sup>Sin embargo, es importante aclarar que es entendible que en el caso del arbitraje de inversión se quiera clasificar a los financiadores liberales como terceros financiadores por los intereses públicos que el arbitraje de inversión afecta.

<sup>200</sup>Enrique Fernández Masía, *La financiación por terceros en el arbitraje internacional* (Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid) <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3256>.



parte que pretende iniciar un litigio los fondos necesarios para afrontar los costos legales de ese litigio a cambio de una retribución”.<sup>201</sup>

En idéntico sentido, la Norma General (6)(b) de las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés, señala que el término ‘tercero financiador’, así como el de ‘aseguradora’, hacen referencia a:

“cualquier persona o entidad que contribuya con fondos, u otro tipo de apoyo material, al desarrollo del proceso en interés de la demanda o defensa del caso y que tenga un interés económico directo en, o un deber de indemnizar a una parte por, el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje”.

Las Reglas de Arbitraje de Inversión del Consejo para la Promoción del Comercio Internacional de China/Cámara de Comercio Internacional de China (“CIETAC”), del 12 de setiembre de 2017 y vigentes desde el 1 de octubre de 2017, siguen en su Artículo 27 una definición más general sobre el financiamiento por terceros en arbitraje (internacional) y señalan que este concepto se entiende como:

“aquella situación en donde una persona física o jurídica que no es parte de la disputa le otorga fondos a una parte del arbitraje para cubrir todos o una parte de sus costos procesales, por medio de un acuerdo mediante el cual la parte acepta el financiamiento.”  
(Traducción libre).

La empresa financiadora o el financiador no tiene en principio, interés particular alguno en los aspectos sustantivos del arbitraje, sino en la retribución que va a depender del resultado del proceso. Si la parte financiada gana el arbitraje, la empresa financiadora percibe como consecuencia un porcentaje del monto que se obtiene del litigio. Si la parte financiada pierde el arbitraje, el financiador también pierde su inversión en el arbitraje.

Fernández Masía brinda una aclaración acertada con respecto a las partes en el proceso arbitral al precisar que:

“aunque generalmente la posición procesal de la parte financiada es la de demandante en el procedimiento arbitral, nada impide que también pueda ocurrir que sea la parte

---

<sup>201</sup>Enrique Fernández Masía, *La financiación por terceros en el arbitraje internacional* (Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid) <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3256>.



demandada la que puede ser financiada por un tercero”, si este tiene la intención de reconvenir”.<sup>202</sup>

Esta precisión se relaciona con lo discutido en la sección anterior sobre la *cautio judicatum solvi* en el sentido que, aunque generalmente esta medida cautelar se otorga en contra de la parte actora, también se puede solicitar en contra de la parte demandada en caso de haber una reconvencción o que se dude de la capacidad de pago de la parte demandada. A los fines de esta investigación, a lo largo de este capítulo se asumirá que la parte financiada es la actora. No obstante, se hace la salvedad de que también -en algunas ocasiones- pueda serlo la demandada.

Con respecto a la complejidad de definir la figura, es interesante como los mismos financiadores no se han podido poner de acuerdo sobre la definición de la actividad que ellos mismos realizan.<sup>203</sup> Dentro de las definiciones propuestas en una mesa redonda de financiadores<sup>204</sup>, un financiador describió la financiación de terceros desde un punto de vista económico como “cualquier contrato en donde el pago del mismo está ligado al resultado de un litigio”.<sup>205</sup> En ese sentido, el litigio sería considerado como un activo. Otro financiador dijo que no hay tal cosa como un solo tipo de financiación por terceros ya que la financiación de litigios existe de diversas formas. Otro tercer financiador se inclinó por una definición general, que categorizaba la financiación por terceros como “una solución financiera que se le ofrece a una parte para sufragar el proceso en un caso determinado”. Otras definiciones fueron propuestas y al final, dos financiadores enfatizaron la diferencia entre las entidades que existen en la industria y que había que preguntarse si la financiación por terceros está regulada por una entidad financiera o no.

Asimismo, otro financiador propuso dividir a los terceros financiadores según su involucramiento en el caso en dos grupos: los que tenían una política de manos afuera (“*hands-off approach*”) frente a los que tenían una política de manos adentro (“*hands-on approach*”).

---

<sup>202</sup>Enrique Fernández Masía, *La financiación por terceros en el arbitraje internacional* (Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid) <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3256>.

<sup>203</sup>Al respecto ver a Maxi Scherer, Aren Goldsmith, y, Camille Fléchet, “Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1- Funders’ Perspectives,” *International Business Law Journal* (2012)..

<sup>204</sup> En el 2012 varios representantes de entidades que se dedican a la financiación de arbitrajes y litigios se reunieron en una mesa redonda organizada por Cleary Gootlieb Steen & Hamilton LLP en París. En este evento se propusieron varias definiciones sobre el término de financiamiento por terceros, pero la mayoría se decantó por una definición general que incluye diversos tipos de financiamiento.

<sup>205</sup>Maxi Scherer, Aren Goldsmith, y, Camille Fléchet, “Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1- Funders’ Perspectives,” *International Business Law Journal* (2012).



Los terceros financiadores tienen una intervención activa o de manos adentro si se involucran en la selección de los abogados de la parte financiada, la designación de los miembros del tribunal arbitral, la selección de peritos, la definición de la estrategia a seguir durante el arbitraje y la revisión de los argumentos; si no realizan las actividades anteriormente descritas serían pasivos o seguirían una política de manos afuera.<sup>206</sup>

Si bien es cierto, no hay consenso sobre una definición única de financiamiento por terceros, sí considero que hay ciertos elementos comunes que engloban a esta figura. Por lo tanto, debido a las distintas modalidades de financiamiento de arbitrajes que pueden existir y las nuevas formas complejas comercial que pueden emerger, se considera que se debe partir de una definición más general en la presente investigación. A lo largo del presente trabajo se seguirá entonces la definición del término tercero financiador establecida en el ICCA-Queen Mary TPF Task Force que indica que es un:

“cualquier persona física o jurídica que no es una parte en una disputa legal y no es el abogado de la parte, pero que entra en un acuerdo con una parte, un afiliado de la parte o un bufete de abogados que represente a la parte:

- a) para proveer fondos o cualquier otro apoyo material que permita financiar una parte o todos los costos del proceso legal, ya sea de manera individual o como una parte de un rango específico de casos y;
- b) dicho financiamiento o apoyo es otorgado a través de una donación o subsidio, o a cambio de una remuneración o reintegro total o parcial que depende del resultado de la disputa ”.<sup>207</sup> (Traducción libre)

Esta definición es lo suficientemente general y abarca los distintos tipos de financiamiento por terceros. Asimismo, fue adoptada luego de varias discusiones y propuestas por la comunidad internacional en el área del arbitraje internacional y refleja, por lo tanto, el consenso internacional.

---

<sup>206</sup> José Rosell, “El *third-party funding* y su impacto en el arbitraje internacional”, *Libro Conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) Veinticinco Años de Arbitraje en España*, (2015): p. 264

<sup>207</sup> International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p. 50. Ver original: “The term “third-party funder” refers to any natural or legal person who is not a party to the dispute and is not a party’s legal counsel, but who enters into an agreement either with a party, an affiliate of that party, or a law firm representing that party: a) in order to provide material support for or 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 provided through a donation, or grant, or in exchange for remuneration or reimbursement wholly or partially dependent on the outcome of the dispute.”





## **B. Comparación del acuerdo de financiamiento por terceros con otras figuras jurídicas afines**

La figura del financiamiento por terceros se diferencia también de figuras afines como la cesión de créditos, el contrato de seguro de litigios, el contrato de préstamo y el acuerdo de honorarios sujetos al éxito la cesión. A continuación, para precisar el concepto de financiamiento por terceros citado anteriormente se establecerán las diferencias con dichas figuras jurídicas y que se sigue a lo largo de esta investigación.

### **a. Diferencias con el contrato de cesión de créditos**

El contrato de cesión consiste en la transmisión total o parcial del crédito que un sujeto ocupa en un determinado contrato. En ese sentido, el Artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional indica que:

“Por “cesión” se entenderá la transferencia consensual por una persona (“cedente”) a otra (“cesionario”) de la totalidad, de una fracción o de una parte indivisa del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero (“crédito”) de un tercero (“deudor”).”<sup>208</sup>

La cesión surge como un fenómeno frente a las necesidades del tráfico jurídico mercantil que permite la transmisión subjetiva del crédito sin modificación de los pactos y condiciones sobrevinidas en el contrato que se transmite.<sup>209</sup> En el financiamiento por terceros, en cambio, no se transmite el crédito como tal, sino que se le reconoce al financiador únicamente una retribución económica determinada y previamente negociada que depende del resultado del proceso como contraprestación a la financiación que este tercero brindó a lo largo del proceso. Asimismo, el acuerdo de financiamiento por terceros se distingue del contrato de cesión de créditos litigiosos en el siguiente sentido:

“en el contrato de cesión de créditos litigiosos se traslada el crédito litigioso como tal mientras que en el financiamiento por terceros el litigante meramente vende los posibles frutos de ese crédito litigioso.”<sup>210</sup>

<sup>208</sup>Ver también: Federico Torrealba Navas, *Contratos Especiales Civiles y Mercantiles* (Inédito), p.277.

<sup>209</sup>Carlos Lasarte Álvarez, *Principios de Derecho Civil*, (Madrid, España: Editorial Trivium, 1995), p.133.

<sup>210</sup> (Traducción libre). Bernardo Cremades, “Third party litigation funding: investing in arbitration,” *Transnational Dispute Management Journal* 8(4), No. 4, (2011): 11



## b. Diferencias con el contrato de seguro

El contrato de financiamiento por terceros también se asemeja a otras figuras como el contrato de seguro, que es una de las formas alternativas de financiamiento de litigios más antiguas.<sup>211</sup> Un ejemplo de contrato de seguro de responsabilidad civil contractual tiene una cobertura que abarca:

“La defensa legal del asegurado en procesos judiciales de dicha naturaleza, por hechos o actos amparados, o que pudieren estar amparados por esta cobertura, será ejercida por profesionales en derecho provistos por El Asegurador. Tales servicios serán extensivos a la celebración de arreglos judiciales, extrajudiciales u otra forma de solución alternativa de conflictos, en los casos en que El Asegurador autorice que se lleven a cabo”.<sup>212</sup>

El contrato de seguro de financiamiento de litigios tiene dos modalidades relacionadas con la figura estudiada. La primera es el contrato preventivo de litigio (seguro “BTE” por sus siglas en inglés “before the event”) en donde la cobertura del seguro cubre los costos derivados de una disputa que aún no ha iniciado. En estos seguros la prima se paga por adelantado y usualmente de manera anual. El contrato que se firma de manera posterior al surgimiento de la disputa legal (seguro “ATE” por sus siglas en inglés “after the event”), por su parte, cubre también los costos incurridos en el proceso legal. El elemento común de estos contratos de seguro con el de financiamiento por terceros es que hay un tercero ajeno al pleito (el financiador o el asegurador) quien proporciona fondos a una parte para hacer frente a los costos derivados del proceso legal. El elemento diferenciador se fundamenta en que el financiador, a diferencia del asegurador:

“(…) no percibirá ninguna prima, ni otra retribución predeterminada del beneficiario, con carácter previo al advenimiento del eventual siniestro. Por el contrario, su remuneración únicamente se devengará cuando recaiga la sentencia o laudo, y siempre y cuando éstos resulten favorables a la parte financiada, lo que genera una comunidad de intereses y objetivos entre la parte financiadora y la parte financiada que alejan

---

<sup>211</sup>James Clanchy, “Navigating the Waters of Third -Party Funding in Arbitration,” *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, No. 3, (2016): 222.

<sup>212</sup>Oceánica de Seguros, *Condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil en Colones*, disponible en la página oficial de la Superintendencia General de Seguros de Costa Rica bajo el código de registro G08-07-A13-464.



definitivamente a esta figura del contrato de seguro, donde, en palabras de Olivier Cojo en el artículo antes citado “los riesgos se desplazan, no se comparten”.<sup>213</sup>

Por ende, el financiador sí tiene un interés concreto en el resultado de la disputa de la parte financiada mientras que el asegurador no tiene un interés particular en la disputa, salvo recuperar los montos invertidos, si el asegurado gana el proceso. Asimismo, las cuotas que se le pagan al asegurador son generalmente más bajas que la retribución económica que busca el financiador. En ese sentido, la diferencia principal consiste en la forma de la retribución económica que en el caso del financiamiento por terceros depende de un porcentaje previamente negociado en caso de ganar la disputa, mientras que en el caso del seguro obtiene una prima.

Según indica el ICCA-Queen Mary TPF Task Force, el mercado de seguros ATE ha crecido en los últimos años dentro del arbitraje internacional. Asimismo, el mercado de seguros ATE compite directamente con los contratos de financiamiento por terceros, ya que los actores, antes de iniciar un proceso, consideran ambas posibilidades como opciones de financiamiento, de manera paralela.<sup>214</sup>

### c. Diferencias con el contrato de préstamo

Los arbitrajes pueden ser también financiados por medio de un préstamo en el que la casa matriz preste fondos a su subsidiaria para que pueda interponer un proceso legal. El contrato de financiamiento por terceros se distingue del contrato de préstamo que se define como un contrato en el que:

“el prestamista le entrega al prestatario, o se obliga a entregarle, una suma de dinero u otros bienes fungibles y consumibles, contra la promesa de restitución por equivalente del principal más los intereses correspondientes”.<sup>215</sup>

En el contrato de financiamiento, a diferencia del contrato de préstamo, no hay una obligación de restitución del capital prestado más los intereses, sino que consiste en una remuneración total o parcial que depende del resultado de la disputa. Por ende, en los contratos

---

<sup>213</sup>Carmen Alonso Cánovas, “Third Party Funding: La financiación institucional de litigios y arbitrajes,” *Revista del Club Español de Arbitraje*, No. 26, (2016): 13

<sup>214</sup>International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p. 35

<sup>215</sup>Federico Torrealba Navas, *Contratos Especiales Civiles y Mercantiles* (Inédito), p.621.



de préstamo, el monto prestado debe de ser pagado de manera independiente al resultado de la disputa. Asimismo, el tercero financiador ofrece servicios con respecto al manejo de la disputa legal más completo en comparación al prestamista que únicamente ofrece dinero por lo que el financiamiento por terceros no compite con las entidades financieras en este mercado.<sup>216</sup>

#### **d. Diferencias con el contrato de *cuota litis***

Por último, el contrato de financiamiento por terceros también difiere del acuerdo de honorarios sujetos al éxito o cuota litis (“*contingency fee arrangements*”<sup>217</sup>). Mediante los acuerdos de honorarios sujetos al éxito, los abogados actúan como financiadores del proceso al actuar con base en dicho acuerdo. De manera similar al contrato de financiamiento, la retribución económica de los abogados consiste en una expectativa que depende del resultado de la disputa. Asimismo, si el caso se pierde, el abogado no recibe ninguna compensación. La diferencia con este tipo de contratos radica principalmente en la parte que financia el proceso y en la contraprestación que el financiador otorga. En el acuerdo de honorarios, sujeto al éxito, el financiador es el mismo abogado o bufete de abogados que presta el servicio y la contraprestación que brinda en dicho acuerdo son sus servicios legales. En el financiamiento por terceros, el financiador es un tercero externo a la disputa legal y la contraprestación que brinda son los fondos que sirven para financiar los costos legales que brinda un abogado o un bufete legal.<sup>218</sup>

En conclusión, el financiamiento por terceros tiene una naturaleza jurídica distinta a las figuras arriba analizadas e implica un acuerdo oneroso entre una parte en una disputa legal y una entidad que no es parte en dicha disputa en donde el financiador sufraga una parte o todos los costos del proceso legal a cambio de una retribución económica que le será otorgada, únicamente si la parte financiada gana la disputa.

---

<sup>216</sup>Georges Affaki, *A financing is a financing is a financing....* en *Third-party Funding in International Arbitration*, (Paris, Francia: ICC Publishing S.A., 2013), p.11.

<sup>217</sup> El financiamiento por terceros surgió en Australia y tuvo un gran éxito debido a la prohibición de los acuerdos de honorarios sujetos al éxito en esa jurisdicción.

<sup>218</sup>Bernardo Cremades, “Third party litigation funding: investing in arbitration,” *Transnational Dispute Management Journal* 8(4), No. 4, (2011): 12.



### C. Modos de financiamiento por terceros

El crecimiento del mercado del financiamiento por terceros ha obligado a los financiadores a explorar diversas formas para prestar su capital y mantenerse dentro de este mercado. A continuación, se analizarán unas de las formas mediante las cuales la oferta del financiamiento por terceros ha evolucionado en los últimos años.

#### a. Financiamiento de un paquete de casos o *portfolio funding*

El modelo básico del financiamiento por terceros implica dos partes: la parte financiada y el tercero financiador. Bajo este esquema, el último sufraga las costas procesales del primero durante el desarrollo de un solo caso a cambio de una retribución económica derivada del laudo final. Por ende, el financiamiento se ofrece individualmente, caso por caso. El *portfolio funding*; sin embargo, va más allá y representa una alternativa para el financiamiento de casos individuales. Este tipo de financiamiento es más estructurado y conlleva, por definición, el financiamiento de un paquete de casos.

Las dos formas principales de *portfolio funding* son: (1) el financiamiento estructurado de casos de un bufete de abogados y el (2) financiamiento estructurado de casos de una entidad corporativa.<sup>219</sup> En el primer caso, el bufete puede tener varios clientes que son, a su vez, partes en distintos procesos judiciales o arbitrales. La segunda forma, el financiamiento estructurado de casos de una entidad corporativa, consiste en una sola entidad corporativa (que puede contar con filiales) que está(n) involucrada(s) en múltiples disputas legales, que tienen un periodo corto de duración. En ambos casos, el tercero financiador ofrece sufragar las costas de todo el paquete de casos.

A diferencia del modelo básico -donde la retribución económica depende del monto acordado en un solo caso particular-, la del tercero financiador, por el *portfolio funding*, consiste en el rendimiento financiero derivado de la totalidad del paquete de casos. Por ende, el riesgo de perder la inversión en un solo caso se distribuye en el paquete de casos, lo que aumenta las probabilidades de ganancia del tercero financiador. Esto permite, además, que se

---

<sup>219</sup>International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.38.



utilicen las demandas de alta cuantía como garantías (“*collaterals*”) para asegurar y facilitar otras operaciones financieras como para financiar las primas de seguros contra el riesgo de que un laudo no fuera ejecutado, monetizar los laudos de forma inmediata, entre otras ventajas.<sup>220</sup> Asimismo, es probable que, si el riesgo es menor para el financiador, la parte financiada pueda negociar un mejor precio y el costo del financiamiento sea menor.

En el caso del financiamiento estructurado de casos de una entidad corporativa, el *portfolio funding* le brinda a la entidad la posibilidad de cubrir ciertos casos con el paquete sin lo cual no podrían ser financiados. Esto es posible en el tanto la retribución económica del financiador está asegurada por los otros casos de la entidad dentro del paquete. En el supuesto del financiamiento estructurado de casos de un bufete de abogados, el *portfolio funding* le brinda flexibilidad al bufete con respecto a sus horas facturadas, si los honorarios exceden el presupuesto, en un caso estos pueden ser compensados por otro caso en el que los honorarios fueron inferiores al presupuesto. Asimismo, el financiador podría limitar su relación jurídica con el bufete de abogados y no firmar separados acuerdos con los clientes titulares del derecho.<sup>221</sup>

Este tipo de financiamiento se menciona explícitamente en la definición del ICCA-Queen Mary TPF Task Force ya que dice que el aporte del tercer financiador corresponde a fondos o cualquier otro apoyo material que permita financiar una parte o todos los costos del proceso legal, “ya sea de manera individual o como una parte de un rango específico de casos”.

#### **b. Financiamiento adicional a las costas del proceso**

Otra modalidad del financiamiento por terceros implica un acuerdo en donde los fondos del financiador no son únicamente utilizados para sufragar los costos legales y procesales, sino también sirve para otros propósitos. Por ejemplo, si la parte financiada necesita liquidez para pagar otros pasivos y salir delante de su situación financiera, el financiador puede aportar liquidez también para cubrir esos gastos. A cambio del monto aportado, el financiador sigue recibiendo a cambio una expectativa en el monto de la retribución económica otorgada a la

---

<sup>220</sup>Christopher P. Bogart, “Third-Party Financing of International Arbitration”, *The Arbitration Review of the Americas*, (2017), p.3.

<sup>221</sup>International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.189.



parte financiada en el laudo final. En estos casos el porcentaje que se le dará al tercer financiador es mayor que en el modelo clásico, pues el monto financiado y el riesgo son más altos. El ICCA-Queen Mary TPF Task Force señala que esta figura fue al inicio considerada como poco atractiva por los terceros financiadores; sin embargo, con el crecimiento del mercado, las entidades financiadoras se han vuelto más competitivas y los financiadores están buscando ofrecer alternativas. Por ende, en algunas ocasiones ofrecen sus servicios de financiamiento por terceros, no solo como para financiar el litigio, sino también como una forma para aumentar capital<sup>222</sup>.

Este tipo de financiamiento se encuentra cubierto dentro de la definición del ICCA-Queen Mary TPF Task Force sobre financiamiento por terceros e indica que el aporte del tercer financiador puede consistir en los “fondos o cualquier otro apoyo material”. Por ende, la definición es amplia y puede cubrir también costos adicionales a los del proceso.

### **c. Financiación por participación (“*equity financing*”)**

El ICCA-Queen Mary TPF Task Force señala la modalidad de la financiación por participación. Mediante esta, el tercer financiador, en lugar de una retribución económica líquida derivada del monto otorgado en el laudo final, obtiene acciones en la entidad financiada. En consecuencia, toma control sobre su inversión y se puede convertir en socio de la empresa financiada. Esta modalidad se puede dar cuando la entidad financiada no tiene activos suficientes y la retribución más atractiva para el financiador se convierte en las acciones de la empresa.<sup>223</sup> Es interesante que la Corte Suprema de Irlanda, cuando prohibió el financiamiento por terceros por constituir un tipo de *champerty*, señaló que la modalidad del financiamiento por participación sí sería legal a diferencia del modelo clásico del financiamiento por terceros. El motivo es porque el tercer financiador tendría un mayor control sobre la entidad dado que se convertiría propiamente como un socio de la empresa financiada.

---

<sup>222</sup>International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.39.

<sup>223</sup>International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.39.



## D. La evolución del financiamiento por terceros

A continuación, se analizará la evolución del financiamiento por terceros en el Derecho Común (a), en el Derecho Civil (b) y en el arbitraje de inversión (c).

### a. Evolución del financiamiento por terceros en los países del Derecho Común

El financiamiento por terceros, al igual que la *cautio judicatum solvi*, es una figura que se originó en los países del Derecho Común, pero que en los últimos años se ha expandido a nivel internacional. El financiamiento por terceros ha sido descrito como una realidad comercial que está comenzando a representar la “realidad del nuevo mundo arbitral”,<sup>224</sup> empero, la evolución de esta figura ha causado controversia, problemas regulatorios y ha conllevado una transformación jurídico-social que ha cambiado la concepción con respecto a los terceros financiadores.

La figura del financiamiento por terceros surgió por vez primera en Australia a finales del siglo XX para el caso de los litigios y se ha afianzado en esa región.<sup>225</sup> Aunque esta figura fue posteriormente expandida a otros países del Derecho Común, tuvo una “llegada tardía” puesto que la intrusión de un tercero externo en un litigio era moralmente reprobable e ilegal<sup>226</sup> porque implica la intrusión de un tercero, lo mismo que el *maintenance*, *champerty*, *barratry* y *usury* (usura) fueron calificadas por los ordenamientos jurídicos con influencia anglosajona, como conductas prohibidas y sancionables.

En términos generales, el *maintenance* se conoce como aquel que se inmiscuye de manera oficiosa deliberada en una disputa sin tener algún interés personal en el objeto del asunto. El *champerty* es un tipo de *maintenance* agravado, porque se inmiscuye en el litigio, con la diferencia de la primera, que el tercero sí tiene un interés y puede aprovecharse en caso de ganar la disputa. El *barratry* es la figura menos asociada con el financiamiento por terceros y

---

<sup>224</sup>William Stone, “Third Party Funding in International Arbitration: A Case for Mandatory Disclosure?” *Asian Dispute Review* 2, (2015): p.62.

<sup>225</sup> United States Chamber Institute for Legal Reform, *Selling Lawsuits, Buying Trouble: Third-Party Litigation Funding in the United States*, October 2009.

<sup>226</sup>Lord Justice Jackson, “Third Party Funding or Litigation Funding”, (Sexta Conferencia en el Programa *The Civil Litigation Costs Review Implementation Programme* para los Reales Tribunales de Justicia, 23 de noviembre de 2011).





es una repetición del *champerty*.<sup>227</sup> Las leyes del *usury* (usura) prohíben préstamos con tasas de interés abusivas y se asemejan al *champerty* por su significado histórico.<sup>228</sup>

El pretexto para reprimir estas prácticas de intrusión era evitar las demandas infundadas y el abuso del proceso, ya que, a través de estas, un tercero ajeno al proceso, “ensuciaba la justicia”. En otros términos, los financiadores eran considerados mercenarios, “especuladores de la injusticia”.<sup>229</sup>

Con respecto a la prohibición de estas prácticas, se ha indicado que:

“El *Maintenance* se origina en una época en la que la interferencia en un litigio era común y practicada por oficiales reales y nobles para perturbar la justicia y oprimir a los litigantes más débiles (...) su existencia se ha basado siempre en políticas públicas; originalmente como protección en contra de los barones y luego como protección en contra de individuos que promueven litigios sin riesgo alguno para ellos mismos”. (Traducción libre)<sup>230</sup>

Históricamente, el financiamiento por terceros era considerado como una forma de *maintenance* y por lo tanto, estaba prohibido; no obstante, el concepto del *maintenance* y el *champerty* se han interpretado en los últimos años de manera restrictiva, con algunas excepciones, para distinguir estas figuras del financiamiento por terceros. Estas figuras, entonces, han evolucionado y se han diferenciado a lo largo del tiempo vía jurisprudencial.

En el Reino Unido, un caso sumamente importante al respecto fue el caso de *Arkin v Borchard Lines* de 2005.<sup>231</sup> En ese caso se determinó que una estructura organizada de manera adecuada que facilite el acceso a la justicia y que no sea reprochable de otra manera si debe de considerarse como válida. En ese sentido, se determinó que, con este tipo de financiamientos, la parte actora sigue siendo la parte principalmente interesada en el resultado del litigio y sigue teniendo control dentro del curso del proceso. Por consiguiente, se permitió el financiamiento

---

<sup>227</sup>Weinstein, Boaz, *Champerty, Maintenance, and Barratry* (Nueva York, Estados Unidos: Lake Whillans, 2014), <https://lakewhillans.com/articles/champerty-maintenance-and-barratry/>.

<sup>228</sup>Thibault De Boule, “Third-Party Funding In International Commercial Arbitration”. (Tesis, Universidad de Gent, 2014), [https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057\\_2014\\_0001\\_AC.pdf](https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf).

<sup>229</sup>Al respecto ver Maxi Scherer, Aren Goldsmith, y, Camille Fléchet, “Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1- Funders’ Perspectives,” *International Business Law Journal* (2012): 55-59 y Christopher Hodges, John Peysner, y Angus Nurse, *Litigation Funding: Status and Issues* (Oxford, Inglaterra: Centre for Socio-Legal Studies, 2012).

<sup>230</sup>Nicholas, Rowles-Davies y Jeremy, Cousins, “Third-Party Litigation Funding”, *Oxford University Press* (2014): p. 24.

<sup>231</sup>Corte de Apelación de Inglaterra y Gales, División Civil, *Arkin v Borchard Lines*, 26 de mayo del 2005, Caso No. EWCA Civ 665.



por terceros y se aclaró que este no clasifica como una forma de *maintenance* o *champerty*. Asimismo, además de confirmar que esta práctica no era negativa sino legal, se confirmó la conveniencia de emplear el financiamiento por tercero como una herramienta para facilitar el acceso a la justicia por lo que se recalcó también su lado positivo. Según Lord Justice Jackson, el caso de Arkin popularizó el financiamiento por terceros en Inglaterra y logró que varios hablaran sobre el tema.

En ese sentido, el Civil Justice Council (“CJC”) cambió de criterio con respecto al financiamiento por terceros solo dos años luego de esta decisión. En 2005, el CJC había publicado un reporte sobre acceso a la justicia, opciones de financiamiento y la proporción de los costos.

En este reporte, se sugirió que el financiamiento por terceros debe de considerarse como el último medio para facilitar el acceso a la justicia; sin embargo, solamente dos años después, en 2007, se indicó en la Recomendación N.º 3 que:

“el financiamiento por terceros regulado adecuadamente debe de ser reconocido y considerado como una opción aceptable para el litigio. Al respecto, deben de desarrollarse reglas para asegurar un control efectivo sobre la conducta del litigio mediante las cuales las partes otorguen el financiamiento”.<sup>232</sup>

Posteriormente, el CJC preparó un código voluntario sobre la regulación del financiamiento por terceros que se analizará posteriormente.

En Australia, la decisión conocida como “Fostif” o el caso de Cash & Carry Pty Ltd vs. Fostif Pty Ltd de la Corte Superior de Australia tuvo un efecto similar.<sup>233</sup> En ese caso una firma contable buscó financiar a una serie de distribuidores de tabaco para demandar al vendedor del producto por medio de una demanda colectiva (“*class action*”). Los demandados cuestionaron el contrato de financiamiento por medio del cual los distribuidores fueron financiados, argumentado que era un abuso del proceso e implicaba una violación al orden público. La Corte Superior, en una decisión de cinco a dos, rechazó estos argumentos.

Resulta cuestionable, aunque la Corte Superior sostuvo que es aceptable, que los terceros financiadores controlaren los procesos, les den órdenes a los abogados y tomen

---

<sup>232</sup>Micheal Napier et al., *Improved Access to Justice- Funding Options and Proportionate Costs*, (Reino Unido: Civil Justice Council, 2007).

<sup>233</sup>Corte Suprema de Australia, *Campbell’s Cash & Carry Pty Ltd vs. Fostif Pty Ltd*, 30 de agosto 2006, Caso No S514/2005.



decisiones de negocios. Como se analizará más adelante, debe de haber ciertas limitaciones con respecto a la conducta del financiador dentro del proceso. Posteriormente, en el mismo año, la Corte Superior de Australia sostuvo una conclusión similar en el caso de *Mobile Oil Australia Pty Ltd vs. Trendley Pty Ltd*.

El motivo por el que este tipo de figuras es tan solicitado en los países del Derecho Común es por la prohibición general de los pactos de cuota Litis (“*contingency fee agreements*”).<sup>234</sup> Debido a esta prohibición, los litigantes no pueden contar con un mecanismo de financiación. Asimismo, esta figura resulta práctica en las demandas colectivas puesto que aumenta el incentivo económico cuando son varios actores, que de lo contrario no hubieran podido materializar sus reclamos. Actualmente, el financiamiento por terceros está sumamente establecido en Australia.

Otras jurisdicciones del Derecho Común como Hong Kong y Singapur, que históricamente también prohibieron el financiamiento por terceros por parecerse a figuras como el *maintenance* y el *champerty*, también cambiaron recientemente sus legislaciones para permitirlo.

En Hong Kong la nueva legislación establece expresamente que la doctrina del *maintenance* y el *champerty* no aplica al arbitraje internacional.<sup>235</sup> Asimismo, la nueva legislación contiene regulaciones con respecto al financiamiento por terceros y establece la obligación de revelación y los estándares financieros. Las mejores prácticas del financiamiento por terceros se analizarán más adelante. Singapur, de manera similar a Hong Kong, establece que el financiamiento por terceros en el arbitraje internacional no está prohibido por el *maintenance* y el *champerty* ni violenta el orden público.<sup>236</sup>

En Estados Unidos, el financiamiento por terceros también es permitido y es bastante conocido aunque no está todavía tan desarrollado como en Australia y el Reino Unido.<sup>237</sup>

---

<sup>234</sup>En Estados Unidos, los pactos de *cuota litis* fueron prohibidos hasta el caso de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Stanton vs. Embrey*, 1 de enero del 1876, Caso No. 93 U.S. 548, citando el caso de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Wylie vs. Coxe*, 1853, Caso No. 56 U.S. 415, 14 y el caso de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos *Wright vs. Tebbitts*, 1875, Caso No. 91 U.S. 252.

<sup>235</sup>Ver Melody Chan y Matthew Secomb y P. Tan, *Third Party Funding: A New Chapter in Hong Kong & Singapore*, (Hong Kong: White & Case, 2016), <https://www.whitecase.com/publications/alert/third-party-funding-new-chapter-hong-kong-singapore>.

<sup>236</sup>Thomas Wingfield, “Third Party Funding for Arbitration: An Opportunity for Singapore to Lead the Way in the Regulations,” *Asian Dispute Review* 16, (2016): 182-186.

<sup>237</sup> El desarrollo exponencial del financiamiento por terceros en Australia se debe a que los *contingency fees* están prohibidos mientras que esto no sucede en Estados Unidos. Sobre la evolución del financiamiento por terceros en



Asimismo, el American Bar Association ha buscado limitar el grado de injerencia de los financiadores dentro del proceso y publicó el “White Paper on Alternative Litigation Finance”.<sup>238</sup> Actualmente, los terceros financiadores más grandes que se encuentran operando en los Estados Unidos son Juridica Capital Management, Burford Capital Limited e IMF Ltd;<sup>239</sup> sin embargo, otras jurisdicciones del Derecho Común, como Irlanda, aún prohíben el financiamiento por terceros y lo asemejan con el *maintenance* y el *champerty*.<sup>240</sup> En ese sentido, la Corte Superior irlandesa considera al financiamiento por terceros como un acto contrario al orden público y como un abuso procesal.

En conclusión, la posición irlandesa de prohibir el financiamiento por terceros es la minoritaria en los países del Derecho Común, puesto que la mayoría de otros países del Derecho Común lo permite, lo regula y ha aclarado expresamente que no califica como *maintenance* ni *champerty*.

#### **b. Evolución del financiamiento por terceros en los países del Derecho Civil**

El financiamiento por terceros se ha establecido principalmente en países del Derecho Civil como Alemania, Suiza y Austria.

En el caso de Alemania, el primer servicio profesional de financiamiento por terceros data desde 1998.<sup>241</sup> Algunos de los financiadores más conocidos en esta jurisdicción, además de Foris AG, son Burford Capital, IMF Bentham Limited, Legial AG y Roland Prozessfinanz AG. Asimismo, hay una serie de financiadores atípicos que no se especializan en casos complejos, pero en aquellos casos que tienen una cuantía menor.<sup>242</sup> Sobre el aspecto regulatorio, es importante destacar la Sección 114 del ZPO que trata la asistencia legal cuando la parte no tiene suficientes fondos para participar en un proceso legal, independientemente de si es actor

---

Estados Unidos, ver a Melissa Maleske, “Hedging bets: third-party litigation funding gains steam in the U.S.” *Inside Counsel 1* (Diciembre, 2009).

<sup>238</sup>American Bar Association Commission on Ethics 20/20, *White Paper on Alternative Litigation Finance*, 2011.

<sup>239</sup>Bernardo Cremades, “Third party litigation funding: investing in arbitration,” *Transnational Dispute Management Journal* 8(4), No. 4, (2011): 13.

<sup>240</sup>Ver el caso de la Corte suprema de Justicia de Estados Unidos, *Persona Digital Telephony Ltd vs. The Minister For Public Enterprise*, 2016, Caso No. IESCDET 106.

<sup>241</sup>Bernd Schmidt, “Eine neue Form der Versicherung?” *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999: 2998.

<sup>242</sup>Ver Daniel Sharma, “Germany” en *Third Party Litigation Funding Law Review*, (Londres, Inglaterra: The Law Reviews, 2018), <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-third-party-litigation-funding-law-review-edition-2/1176841/germany>



o demandado. En ese sentido, no hay restricciones particulares sobre el tema del financiamiento por terceros.

En Suiza, el tercero financiador Foris AG, luego de su éxito en el mercado alemán, entró en 2000. Aunque la regulación de esta nueva modalidad era incierta en ese momento, la Corte Federal Suiza confirmó su validez legal en 2004.<sup>243</sup> Posteriormente, se conoce de financiadores como Profina Prozessfinanzierung GmbH fundada en 2006, JuraPlus AG en 2008, Nivalion AG en 2016. Asimismo, Vannin Capital anunció en 2018 la apertura de una oficina en Alemania para financiar litigios en Suiza; sin embargo, la mayoría de los financiadores se concentran en litigios y no hay tantos casos sobre arbitrajes.<sup>244</sup>

En Austria, aunque el financiamiento por terceros no está tan desarrollado como en el Reino Unido o Australia, este tema sí ha tenido un desarrollo en los últimos años, sobre todo con las demandas colectivas o *class actions*. Las Cortes han creado un ambiente favorable para el financiamiento por terceros y el mercado ha venido creciendo paulatinamente.<sup>245</sup>

En España se ha indicado que el financiamiento por terceros se encuentra en un estado prematuro y los pleitos más habituales de financiación externa de pleitos domésticos son la autofinanciación, los seguros de defensa jurídica y los pactos de *cuota Litis*.<sup>246</sup> Los últimos fueron expresamente autorizados por el Tribunal Supremo de España.<sup>247</sup> Al respecto, el acuerdo de financiamiento por terceros se ha identificado en la doctrina con la figura del contrato español de sociedad de cuentas en participación y la de la sociedad civil, de manera específica, dado que el contrato de financiamiento por terceros cumple con los presupuesto de toda sociedad como: origen negocial, fin común y contribución conjunta a ese fin común.<sup>248</sup> Asimismo, se ha afirmado que (i) la predictibilidad de las decisiones judiciales en España (en 2016 solo 13.3% de las resoluciones de primera instancia fueron apeladas y 67.5% de las

---

<sup>243</sup>Corte Suprema de Suiza, *Caso BGE 131 (2004) I 223*, 10 de diciembre del 2004, Caso No. BGE 131 (2004) I 223.

<sup>244</sup>Martin Bernet y Urs Hoffman, "Switzerland" en *Third Party Litigation Funding Law Review*, (Londres, Inglaterra: The Law Reviews, 2018), <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-third-party-litigation-funding-law-review-edition-2/1176856/switzerland>.

<sup>245</sup>Al respecto, ver Marcel Wegmoeller, "Austria" *Third Party Litigation Funding Law Review*, (Londres, Inglaterra: The Law Reviews, 2018), <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-third-party-litigation-funding-law-review-edition-2/1176818/austria>.

<sup>246</sup>Carmen Alonso Cánovas, "Third Party Funding: La financiación institucional de litigios y arbitrajes," *Revista del Club Español de Arbitraje*, No. 26, (2016): p. 20

<sup>247</sup>Tribunal Supremo de España, Sala Tercera, *Recurso 5837-2005*, 4 de noviembre de 2008, Caso No. 528/01 TDC; 2201/00 SDC.

<sup>248</sup>Olivier Cojo, "Arbitraje y financiación procesal precaria en España: un análisis bajo el prisma de las nuevas Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés" *La Ley Mercantil*, No. 8, 2014.



resoluciones apeladas fueron confirmadas), (ii) el corto periodo en el dictado de las resoluciones y (iii) el mercado especializado son factores que consolidan una base sólida para el crecimiento del financiamiento por terceros en España.<sup>249</sup>

Con respecto al financiamiento por terceros en América Latina y Brasil, en 2017, los expertos en el arbitraje internacional comercial indicaron sobre el crecimiento del financiamiento por terceros en América Latina que:

“En Latinoamérica la financiación del arbitraje es un fenómeno que se encuentra en una etapa temprana, pero que probablemente se acompañara al arbitraje en su proceso de crecimiento en la región. En la medida que los países cuenten con leyes y jurisprudencia favorables al arbitraje, y la región siga atrayendo la inversión extranjera y negocios internacionales, es predecible que los grandes foros van a movilizar esta línea de negocios a Latinoamérica”.<sup>250</sup>

En línea con lo anterior, en los últimos años se han visto grandes avances al respecto en la región. Uno de los centros de arbitraje más grandes de la región, el CAM-CCBC, publicó el 20 de julio de 2016 la Resolución Administrativa N.º 18-2016 de cinco artículos titulada “Recomendación con respecto a la existencia del financiamiento por terceros en arbitrajes administrados por el CAM-CCBC”. En el artículo primero y segundo de la Resolución 18-2016, se definió lo que se entiende por financiamiento por terceros y costos de procedimiento arbitral.

Los artículos siguientes, por su parte, tratan sobre los conflictos de interés con el tercer financiador e indican que la “la presencia de un tercer financiador puede generar una duda razonable sobre la imparcialidad o independencia de los árbitros en razón de una posible involucración previa entre el árbitro y el tercer financiador”. Por ende, el Artículo 4 aclara que “con el fin evitar posibles conflictos de interés, el CAM-CCBC recomienda a las partes informar sobre la existencia de terceros en la primera oportunidad posible. Esta información debe de incluir la calificación completa del financiador”.

---

<sup>249</sup>Antonio Wesolowski, “España”, en *Third Party Litigation Funding Law Review*, (Londres, Inglaterra: The Law Reviews, 2018).

<sup>250</sup>Carlos F. Concepción y Marcus Quintanilla, *Third-Party Funding: ¿Un mecanismo en crecimiento en Latinoamérica?*, (Londres, Inglaterra: Lex Latin, 2017), <https://lexlatin.com/opinion/third-party-funding-mecanismo-crecimiento-latinoamerica>.





De lo anterior, se desprende que los mismos centros arbitrales en la región han previsto este tema y lo han regulado de manera directa. Sobre el caso del financiamiento por terceros en Brasil<sup>251</sup> diversos fondos de arbitrajes han indicado su interés en invertir fondos y apostar por el mercado brasileño.<sup>252</sup> La legislación brasileña, según Peter Hirst y Joan Cavelieri Fernandes, les permite a las partes ceder créditos y posiciones contractuales. Asimismo, es común para las partes entrar en contratos de *cuota litis* con los abogados y por ende, no hay ninguna prohibición para el financiamiento por terceros según la legislación brasileña. En ese sentido, los financiadores de arbitrajes no han reportado ningún problema regulatorio.<sup>253</sup>

Asimismo, los centros arbitrales brasileños CAM-CCBC y CMA CIESP-FIESP reportaron en 2017, cuatro casos en los que se utilizó el financiamiento por terceros que rondaba una cuantía entre 1.080 y 12 millones de reales por caso. El CAM-CCBC reportó que tanto los actores, en algunos casos como los demandados en otros, solicitaron financiamiento por terceros. El CMA CIESP-FIESP, por su parte, afirmó haberse dado cuenta de la presencia del tercer financiador de manera “accidental”. Este centro arbitral les recomienda a las partes revelar la existencia del acuerdo de financiamiento cuanto antes y cualquier información que pueda constituir un eventual conflicto de interés. El Market Arbitration Chamber (CAM) sigue esta misma perspectiva mientras que el Business Arbitration Chamber (CAMARB) está evaluando los estándares sobre el financiamiento por terceros, pero no ha publicado a la fecha ningunas recomendaciones con respecto a este tema.<sup>254</sup>

En América Latina, el fondo de inversiones Lex-Finance, fundado por el abogado peruano Narghis Torres, inició en 2015 y se ha expandido a diez países de la región. En ese sentido, en 2015, Lex Finance, evaluó 15 casos; en 2016, el número ascendió a 65 y la meta para 2017 era superar los 150 casos.<sup>255</sup> Sobre el método de evaluación de casos en la región, Lex Finance invierte en casos locales e internacionales que tengan una conexión con países iberoamericanos y un perfil mínimo de \$250.000 hasta \$20 millones a financiar en gastos. Al respecto, el CEO de la empresa manifestó su interés de invertir en arbitrajes en Panamá por el

---

<sup>251</sup> Sobre el arbitraje en Brasil, la CCI abrió recientemente su cuarta oficina en Sao Paulo y ha indicado que en este país se lleva a cabo el 41% de los arbitrajes en la región. Asimismo, Sao Paulo es la octava sede más utilizada del mundo y el portugués el quinto idioma más utilizado en los arbitrajes.

<sup>252</sup> Joice Babelo, “Fondos brasileños comienzan a invertir en disputas arbitrales,” *Económico Valor*, 2016.

<sup>253</sup> Peter Hirst y Joan Cavelieri Fernandes, *Third-party funding in Brazil*, (Brasil: Lexology, 2016), publicado en: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b3a913cc-f445-4d3b-8656-ed0fc49302fd>

<sup>254</sup> Luiz Olavo Baptista y Adriane Nakagawa Baptista, “Brasil” en *Third Party Litigation Funding Law Review*, (Londres, Inglaterra: The Law Reviews, 2018).

<sup>255</sup> Jose Hilario Gómez, *LexFinance dispuesta a financiar arbitraje en Panamá*, (Ciudad de Panamá, Panamá: El Capital Financiero, 2017), <https://elcapitalfinanciero.com/lexfinance-dispuesta-financiar-arbitrajes-en-panama/>.





crecimiento económico del país en sectores como la construcción. Asimismo, Lex Fiannce maneja inversiones en Ecuador, Brasil, Colombia y México. Otra empresa financiadora de arbitraje en América Latina es Leste Inwestimentos. Esta empresa fue creada en 2014 y ofrece financiamiento de costas en procesos arbitrales en Brasil y tiene oficinas en Miami, Río de Janeiro y Sao Paulo<sup>256</sup>. Por último, la compañía Broker Claim Trading ofrece servicios para facilitarle a sus clientes acceso a la justicia. Se espera que el número de empresas financiadoras de arbitrajes en América Latina crezca en los próximos años.

En Costa Rica, aunque no se conocen casos mediante los cuales se haya financiado un arbitraje por un tercero y ni los centros arbitrales principales o la legislación actual lo regulan, se ha afirmado, a nivel doctrinal, que el acuerdo de financiamiento por terceros si se puede utilizar como un medio de financiamiento de arbitrajes en Costa Rica puesto que: (i) no existe conflicto jurídico alguno, (ii) facilitaría la satisfacción del derecho constitucional de acceso a la justicia y (iii) Costa Rica cuenta con un vehículo normativo ideal para dotar al acuerdo de financiamiento de fuerza como la Ley de Garantías Mobiliarias que le permite a las partes constituir una garantía real sobre los derechos litigiosos futuros objetos de ese acuerdo.<sup>257</sup>

En mi criterio, el hecho que el financiamiento por terceros aún se encuentre en una etapa embrionaria en el país se debe a la falta de interés de las empresas financiadoras por invertir en arbitrajes sustanciados en Costa Rica; sin embargo, si lo estuvieran en el futuro, los financiadores no encontrarían, en principio, barreras de entradas puesto que los acuerdos de financiamiento por terceros son, en mi criterio, legalmente viables en el país. La viabilidad legal de estos acuerdos se fundamenta en la libertad de contratación de las partes, ampliamente reconocida a nivel jurisprudencial y normativo. Este principio se desliga del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el Artículo 28 de la Constitución Política que señala que aquello que no se encuentra prohibido está permitido. Dado que no hay ninguna norma que prohíba este tipo de contratos, sino al contrario, figuras jurídicas relacionadas, estos acuerdos

---

<sup>256</sup>Ver [www.leste.com/eng/leste-litigation/](http://www.leste.com/eng/leste-litigation/) Esta empresa también le ofrecer a las empresas brasileñas la posibilidad de iniciar un procedimiento de *discovery* en los Estados Unidos.

<sup>257</sup> Sobre el Contrato de Financiamiento por Terceros en Costa Rica ver: Roberto José Castillo Pacheco, "Third Party Litigation Funding. El Contrato de Financiamiento de Litigio en Costa Rica como herramienta para facilitar el acceso a la justicia en conflictos originados en contratos civiles o comerciales con cláusulas arbitrales institucionales vinculantes. Un análisis real-objetivo de la aplicabilidad de este instrumento contractual en nuestro medio" (Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 2015).



deberían permitirse.<sup>258</sup> Similarmente, el acuerdo de financiamiento por terceros, posibilita a las personas jurídicas acudir a la vía arbitral financiando sus costas.

En Bolivia se ha indicado que la financiación por terceros no es una figura conocida en el medio<sup>259</sup> salvo por el caso de *South American Silver Limited vs. el Estado Plurinacional de Bolivia* en el que el Gobierno de Bolivia solicitó al Tribunal que se revelara la identidad del financiador con base en posibles conflictos de intereses con el financiador y la imparcialidad e independencia de cualquiera de los miembros del Tribunal. En ese caso los demandantes revelaron el nombre de la entidad financiera, pero no el contrato de financiación ya que era supuestamente irrelevante y por temas de confidencialidad<sup>260</sup>.

La empresa financiadora de arbitrajes Bentham IMF ha indicado sobre la posibilidad de considerar a América Latina como el próximo punto de inversión que hay ventajas y desventajas en la región. Con respecto a los aspectos positivos, se resalta el hecho que no hay restricciones en *champerty* y *maintenance* a diferencia de los países del Derecho Común. Asimismo, hay oportunidades de inversión en el área de la construcción y las exportaciones. Sin embargo, la dificultad de establecer una línea de jurisprudencia consistente dificulta la labor del financiador en estimar las probabilidades de éxito que va a tener el caso. Por ende, hay más probabilidades de financiamiento en el área del arbitraje que en la de litigio y las inversiones pueden realizarse caso por caso. En palabras de Bentham IMF:

“América del Sur es una región amplia con diversos mercados legales, y mientras nos mantenemos optimistas sobre el futuro, también recomendamos precaución. Las partes demandantes deben de buscar a un financiador con una buena reputación en litigios que les brinde transparencia sobre su posición financiera y prueba verificable sobre sus

---

<sup>258</sup>Al respecto ver la resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 00081-1991, de las 10:00 horas del 1 de diciembre de 1991. En esta se reafirmó la legalidad del Contrato de Cuota Litis en virtud de la libertad de contratación de las partes. La Sala señaló que este contrato es “un instrumento que facilita el acceso a la justicia a las personas de escasos recursos económicos”.

<sup>259</sup> Ramiro Moreno Baldivieso, *Financiación de disputas, algunos aspectos acerca de la Naturaleza de la relación contractual que se establece entre los que intervienen en la misma*, (Ciudad de Panamá, Panamá: Club Español de Arbitraje, 2016).

<sup>260</sup>Corte Permanente de Arbitraje, *South American Silver Limited vs. El Estado Plurinacional de Bolivia*, “Orden Procesal N° 10”, de 11 de enero de 2016, Caso No. 2012-15, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf>.



probabilidades de éxito. Un financiador con un récord bien establecido puede ayudar a mitigar el riesgo-especialmente en un terreno poco familiar”.<sup>261</sup>(Traducción libre)

En conclusión, en América Latina se encuentran las condiciones necesarias para que se dé un auge del financiamiento por terceros, pero habría que consolidar primero el tratamiento favorable que le dan las Cortes al arbitraje en la región y regular adicionalmente el tema del financiamiento por terceros.

### c. Evolución del financiamiento por terceros en el arbitraje de inversión

La presencia de un Estado dentro del arbitraje conlleva la necesidad de considerar distintos factores dentro del proceso arbitral que no se contemplan dentro del arbitraje internacional comercial, como el interés público o el uso de recursos públicos. La necesidad de brindar transparencia en la solución de controversias entre inversionistas y Estados<sup>262</sup>, por ejemplo, ha sido un tema discutido y reconocido en los últimos años por el interés público que este tipo de arbitrajes puede afectar.<sup>263</sup> La transparencia ha tolerado la publicación de laudos arbitrales en el arbitraje de inversión y algunos<sup>264</sup> han atribuido este factor al crecimiento del financiamiento por terceros en el arbitraje de inversión que ha crecido significativamente en los últimos años.<sup>265</sup>

El financiamiento por terceros facilita a las partes y a los inversionistas presentar arbitrajes en contra de los Estados.<sup>266</sup> Asimismo, los altos costos y la larga duración del proceso arbitral

---

<sup>261</sup>Bentham IMF, *Is South America the Next Litigation Funding Hot Spot?*, <https://www.benthamimf.com/blog/blog-full-post/bentham-imf-blog/2018/07/11/is-south-america-the-next-litigation-funding-hot-spot>.

<sup>262</sup>Al respecto ver el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. Con respecto a la necesidad de publicar laudos en el arbitraje internacional comercial ver: Alexis Mourre, *Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case for a Systematic Publication of Arbitral Awards in 10 Questions...*, (La Haya, Países Bajos: Kluwer arbitration Blog, 2009), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/05/28/arbitral-jurisprudence-in-international-commercial-arbitration-the-case-for-a-systematic-publication-of-arbitral-awards-in-10-questions/>

<sup>263</sup>Naciones Unidas, Asamblea General, *Resolución aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Sexta Comisión*, 16 de diciembre de 2013, A/68/462. /

<sup>264</sup>Erich de Brabandere y Julia Lepeltak, *Third party funding in international investment arbitration*, (Leiden, Países Bajos: Grotius Centre Working Paper Series, 2012), p.6-7.

<sup>265</sup>Ver las estadísticas sobre los arbitrajes de inversión presentados en los últimos años en: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByYear>.

<sup>266</sup>Al respecto, en los siguientes arbitrajes de inversión el financiamiento por terceros también ha jugado un papel importante dentro del proceso de alguna manera u otra: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *FTR Holding S.A., Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. (Uruguay) Oriental vs. la República de Uruguay*, 8 de julio del 2016, Caso No. ARB/10/7; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Ioannis Kardassopoulos vs. Georgia*, 3 de marzo 2010, Case No. ARB/05/18; Centro



han incrementado la necesidad de conseguir un financiamiento externo. Vale preguntarse si hay una correlación entre el uso del financiamiento por terceros en el arbitraje de inversión y el aumento de los casos presentados ante el CIADI.

Según el ICCA-Queen Mary TPF Task Force, si dicha correlación fuera comprobable y el aumento de casos se debiera al financiamiento por terceros, esto generaría preocupaciones graves en el área.<sup>267</sup> En consecuencia, se critica que con el financiamiento por terceros se incentiva la interposición de demandas arbitrales en contra de Estados que sin el apoyo del tercero no serían interpuestas. La preocupación más grande, en este sentido, se relaciona con el aumento de demandas especulativas o frívolas que el financiamiento por terceros puede traer.

Mediante el “portfolio funding” las empresas financiadoras apuestan por financiar varios casos y distribuyen el riesgo de perder su inversión en las costas de un proceso. Esto se debe a que la cuantía en los arbitrajes de inversión es sumamente alta y esto puede traducirse en un incentivo económico para los financiadores dado que podrían financiar casos con una probabilidad de éxito no muy alta y todavía recuperarían su inversión en estos casos si ganan uno solo.<sup>268</sup> Según se ha indicado, la retribución económica en los casos de arbitraje de inversión oscila entre un 30 y 50% del monto otorgado que usualmente excede millones de dólares.<sup>269</sup> Por el otro lado, las costas que tiene que enfrentar el demandado en el arbitraje de inversión y los laudos adversos las terminan sufragando los ciudadanos mediante el pago de impuestos, situación ante la cual los Estados subdesarrollados son más vulnerables;<sup>270</sup> sin embargo, no deben dejarse de lado los beneficios que los TBIs le pueden traer a los Estados signatarios que se exponen a estas demandas. Esa discusión es más política que jurídica y es ajena al tema de esta investigación.

---

Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Bernardus Henricus Funnekotter y otros vs. la República de Zimbabwe*, 22 de abril del 2009, Caso No. ARB/05/6; Corte Permanente de Arbitraje, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation vs. Ecuador*, 2009, PCA Caso No. 2009-23.

<sup>267</sup>International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.201; en donde se hace referencia a la crítica hacia el arbitraje de inversión puesto que puede constituir un mecanismo disuasivo para los Estados de realizar política pública ya que los Estados se exponen a demandas millonarias ante el CIADI cuando emiten nuevas regulaciones. Por ende, promover demandas arbitrales por medio del financiamiento por terceros en este ámbito también puede resultar cuestionable.

<sup>268</sup>Liang-Ying Tan y Amal. Bouchenaki, “Limiting Investor Acces to Investment Arbitration: A Solution without a Problem?” en *Reshaping the Investor-State Dispute System*, (Leiden, Países Bajos: Brill Nijhoff, 2015), p.250.

<sup>269</sup>Erich de Brabandere y Julia Lepeltak, *Third party funding in international investment arbitration*, (Leiden, Países Bajos: Grotius Centre Working Paper Series, 2012), p.5-6

<sup>270</sup>Thomas Schultz y Cédric Dupont, “Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors? A Quantitative Study,” *European Journal of International Law* 25, (2015).



Con respecto a los casos más importantes del financiamiento por terceros en el arbitraje de inversión se puede señalar en primer lugar el caso de *RSM Production Corporation vs. Santa Lucía*.<sup>271</sup> El cual es sumamente relevante para el desarrollo de esta investigación, puesto que dentro de la solicitud de medidas cautelares del 6 de setiembre de 2013, el Estado de Santa Lucía se basó en la presencia del tercer financiador, entre otros argumentos, para fundamentar su solicitud de *cautio judicatum solvi*. Asimismo, el Tribunal arbitral, en ese caso, indicó que si los inversionistas y los actores no son obligados a pagar las costas del Estado en caso de que pierda el proceso, entonces ambos tendrían un incentivo para presentar demandas riesgosas.

Los actores, por su parte, en el memorial de oposición a la solicitud de medidas cautelares del 20 de setiembre de 2013, indicaron que los demandados también estaban siendo financiados por terceras partes dentro del proceso y, por lo tanto, no sufrirían ninguna desventaja inmediata. El Tribunal, en su decisión y con respecto al financiamiento por terceros, indicó que el financiamiento por tercero exacerba las preocupaciones con respecto a la conducta de los actores y que el tercero se puede beneficiar de un laudo a su favor, pero no tendría ninguna responsabilidad si el laudo es en su contra.<sup>272</sup>

Al respecto y sobre el desarrollo del financiamiento por terceros, el árbitro Sir Gavan Griffith, expuso los motivos para votar a favor de la decisión de mayoría en un voto salvado. En su voto, el árbitro indicó que a pesar de estar de acuerdo en la decisión de fondo y en el aspecto sobre la jurisdicción del Tribunal, se apartaba discrecionalmente de los motivos por los que se llegaba a dicha conclusión. Sir Griffith indicó que, en su posición, el motivo sustancial para otorgar la *cautio judicatum solvi* tiene que ver con el financiamiento por terceros y señaló que:

“Cada vez es más común que las demandas que emanan de un TBI sea financiadas por un tercer financiador identificado o no identificado (como en este caso), relacionado con el actor nominal o con un sujeto relacionado con el negocio de proveer fondos para financiar la demanda de un actor, como un *joint-venture* para compartir los riesgos del

---

<sup>271</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *RSM Production Corporation vs. Santa Lucía*, “Decisión sobre la *cautio judicatum solvi*,” 13 de agosto de 2014, Caso No. ARB 12-10.

<sup>272</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *RSM Production Corporation vs. Santa Lucía*, “Decisión Sobre la solicitud de medidas cautelares por Santa Lucía,” 12 de diciembre de 2013, Caso No. ARB 12-10.



éxito, pero, si la *cautio judicatum solvi* no se ordena, se arriesga únicamente el riesgo de no recuperar las costas invertidas en caso de no ganar el caso”.<sup>273</sup> (Traducción Libre)

Asimismo, con respecto a la regulación del financiamiento por terceros en la Convención de Washington, Sir Gavan Griffith recaló que los redactores de la Convención no pudieron haber previsto de ninguna manera, la emergencia de una nueva industria mercantil profesional como la de los terceros financiadores. En su opinión; sin embargo, a pesar de ser los terceros ajenos al espíritu de la Convención, “la integridad del régimen de los TBIs es apta para ser recalibrada en el caso del financiamiento por terceros (...)”.<sup>274</sup> La opinión de Griffith ha sido fuertemente criticada por inoportuna y errada.<sup>275</sup> El caso de RSM Production Corporation vs. Santa Lucía será tratado también en el Capítulo III por conocer la relación entre la *cautio judicatum solvi* y el financiamiento por terceros en el arbitraje de inversión.

El caso de S&T Oil Equipment and Machinery Ltd. vs. Rumanía también ilustra los problemas del financiamiento por terceros dentro del arbitraje de inversión, pero desde un ángulo distinto.<sup>276</sup> En este caso, el actor estaba siendo financiado por un tercero. A medio proceso, los abogados del actor renunciaron al caso porque no encontraron una prueba crítica y los financiadores terminaron demandado al cliente que estaban financiando. Los abogados alegaron que hizo falta conseguir una prueba crítica y los financiadores señalaron que sus clientes no le revelaron, de manera concreta, todos los hechos del caso antes de firmar el contrato de financiamiento. A continuación, se analizarán los hechos del caso que (i) comenzó como un arbitraje de inversión en contra de un Estado, (ii) se convirtió en un arbitraje comercial internacional en Londres por el supuesto incumplimiento del contrato de financiamiento por terceros por parte del actor y (iii) terminó siendo público en una corte de Texas por medio de una acción que buscaba prohibir el proceso del arbitraje comercial en Londres.

En un principio, el actor, S&T, entró en un acuerdo de honorarios sujetos al éxito con sus abogados (*cuota litis*) para poder presentar una demanda en contra del Estado de Rumanía

---

<sup>273</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *RSM Production Corporation vs. Santa Lucía*, “Decisión Sobre la solicitud de medidas cautelares por Santa Lucía,” 12 de diciembre de 2013, Caso No. ARB 12-10.

<sup>274</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *RSM Production Corporation vs. Santa Lucía*, “Decisión Sobre la solicitud de medidas cautelares por Santa Lucía,” 12 de diciembre de 2013, Caso No. ARB 12-10.

<sup>275</sup> Christopher P. Bogart, “RSM v. St. Lucia: Why the majority got it wrong on security for costs”, *Global Arbitration Review*, (2014).

<sup>276</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *S&T Oil Equipment and Machinery Ltd. vs. Romania*, “Orden para interrumpir el procedimiento,” 16 de julio del 2010, Caso No. ARB/07/13.





por las violaciones al TBI entre Rumanía y los Estados Unidos. El 16 de julio de 2007 los actores presentaron la solicitud de arbitraje ante el CIADI por la supuesta expropiación de una empresa de producción de amonio; sin embargo, a lo largo del proceso, los abogados le indicaron a S&T que si no conseguían financiamiento externo iban a renunciar al caso.

Consecuentemente, el 28 de mayo de 2008, S&T firmó un acuerdo con el financiador Juridica para que financiara las costas del proceso a cambio de una retribución económica. Paralelamente, dentro del mismo acuerdo S&T le otorgó a Juridica una garantía mobiliaria en donde se prendaban los derechos de S&T en una sociedad por acciones en Rumanía.<sup>277</sup> Eso sí, como condición previa al financiamiento, Juridica solicitó una serie de cambios en los acuerdos de honorarios sujetos al éxito realizados entre S&T y sus abogados. Asimismo, Juridica obtuvo acceso a una serie de información confidencial que se justificaba como una excepción por tener un “interés común” en el asunto.<sup>278</sup>

El 24 de junio de 2009, el Tribunal arbitral solicitó a las partes aportar \$ 150, 000 cada una por el concepto de los gastos administrativos del CIADI y las regulaciones financieras para sufragar los costos procesales de los próximos tres a seis meses de conformidad con el Artículo 6(1)(a) de la Convención del CIADI; no obstante, un mes antes de la audiencia, los abogados señalaron que se iban a rehusar a representar a S&T puesto que no consiguieron una “prueba crítica” para el caso. El 17 de setiembre de 2009 el CIADI recalcó la falta de pago de los \$ 150, 000 por parte de S&T e invitó a las partes a realizar un pago extraordinario de dicho monto para continuar con el proceso. Como ello no se realizó, el 4 de noviembre del mismo año, se suspendió el proceso arbitral.<sup>279</sup>

Consecuentemente, Juridica rescindió el acuerdo con S&T y solicitó una devolución de los montos invertidos en los abogados y como no sucedió, Juridica interpuso un proceso arbitral el 22 de diciembre de 2010 en el centro de arbitraje LCIA, en contra de S&T, en virtud de la cláusula arbitral del contrato de financiamiento con sede en Guernsey<sup>280</sup>. Dentro del arbitraje,

---

<sup>277</sup>Tribunal del Distrito de Sureño de Texas división de Houston, *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. et al. vs. Juridica Investments Ltd. et al.*, “Memorandum and Order,” 25 de abril del 2011, Civil Action No. H-11-0542, citado por Bernardo Cremades, “Third party litigation funding: investing in arbitration,” *Transnational Dispute Management Journal* 8(4), No. 4, (2011): 27.

<sup>278</sup>Tribunal del Distrito de Sureño de Texas división de Houston, *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. et al. vs. Juridica Investments Ltd. et al.*, “Complaint” 14 de febrero del 2011, Civil Action No. H-11-0542.

<sup>279</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *S&T Oil Equipment and Machinery Ltd. vs. Romania*, “Orden para interrumpir el procedimiento,” 16 de julio del 2010, Caso No. ARB/07/13.

<sup>280</sup>La cláusula arbitral del acuerdo de financiamiento señala que: “[a]ll arbitration will be conducted in accordance with the Arbitration Rules . . . of The London Court of International Arbitration,” y que “seat and situs of the arbitration and of all oral arbitration hearings will be in St. Peter Port, Guernsey, Channel Islands.”





S&T solicitó daños punitivos, intereses y el pago de las costas, el conflicto se basaba en si S&T fracasó en revelar hechos materiales a Juridica en relación con el contrato de financiamiento por medio del cual Juridica financiaba las costas de S&T.

Tan solo dos meses después de haber iniciado el arbitraje, el 14 de febrero de 2011, S&T interpuso un proceso<sup>281</sup> en contra Juridica en las Cortes del Distrito del Sur de Texas (“US District Court for the Southern District of Texas”) por haber violado, supuestamente, el Racketeer Influenced by Corrupt Organizations (RICO) Act en Estados Unidos<sup>282</sup> con el fin de prohibir el procedimiento arbitral. Según S&T, Juridica buscó defraudarlos y generar ganancias ocultas a costa de su empresa. Asimismo, alegaron que dentro del acuerdo de financiamiento con Juridica, se violentaba el secreto profesional de S&T con sus abogados, las condiciones que Juridica imponía con respecto al acuerdo de honorarios eran ilegales, S&T no sabía que necesitaba asesoría legal independiente antes de entrar en el acuerdo de financiamiento y Juridica intentó utilizar la información privilegiada de S&T en contra de ella en el arbitraje en Londres.

La Corte de Texas rechazó la solicitud medida cautelares de S&T y determinó que los gastos del arbitraje en Londres por parte de S&T no constituyen un daño irreparable. Asimismo, indicó que hay una política federal liberal que favorece las cláusulas arbitrales y las demandas, y que la suspensión de procedimientos arbitrales no debe de ser vista de manera favorable. El 25 de abril de 2011 la Corte rechazó la demanda interpuesta por S&T y esta apeló la resolución, pero la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito (“United States Court of Appeals, Fifth Circuit”) confirmó dicha resolución el 5 de enero de 2012.<sup>283</sup> En mi criterio, los razonamientos de la Corte de primera instancia de Texas y de la Corte de apelaciones son los correctos; el acuerdo arbitral se debía de preservar en ese caso y la demanda en las Cortes estadounidenses buscaba evadir el arbitraje en Londres a toda costa.

Independientemente de los aspectos procesales relacionados con este caso, la disputa refleja los problemas que puede acarrear un acuerdo de financiamiento por terceros en el arbitraje de inversión, sobre todo con respecto al tema de la revelación de aspectos delicados o confidenciales. La transparencia en el arbitraje de inversión también juega un rol importante

---

<sup>281</sup>S&T interpuso un proceso de “Ex Parte Emergency Application for Temporary Restraining Order and Order to Show Cause Regarding Preliminary Injunction” en contra de Juridica.

<sup>282</sup>Tribunal del Distrito de Sureño de Texas división de Houston, *S & T Oil Equipment & Machinery Ltd. et al. vs. Juridica Investments Ltd. et al.*, “Complaint” 14 de febrero del 2011, Civil Action No. H-11-0542.

<sup>283</sup>Corte de Apelaciones del quinto circuito de Estados Unidos, *S & T Oil Equipment & Machinery, Ltd. vs. Juridica Investments Limited*, 5 de enero 2012, Caso No. 11-20400.



con respecto a las obligaciones de revelación de las partes. Más adelante se analizarán brevemente las mejores prácticas que deben seguirse en los acuerdos de financiamiento.

El Caso CIADI ARB/12/6 Muhammet Çap vs. Turkmenistan también es relevante al respecto, puesto que el Tribunal Arbitral, en ese caso - mediante la Orden Procesal N.º 3 del 12 de junio de 2015 - ordenó la revelación del tercer financiador.<sup>284</sup> En abril de 2014, la parte demandada había solicitado al Tribunal arbitral ordenar a la parte actora la revelación sobre si gozaba de algún acuerdo de financiamiento para el arbitraje y en caso afirmativo, los términos de ese acuerdo. En esa decisión el Tribunal brindó varias razones como base para justificar una orden de revelación del tercer financiador como por ejemplo: clarificar toda duda con respecto a algún conflicto de interés con el árbitro, transparencia, identificar la verdadera parte en el caso y si hay una solicitud de una *cautio judicatum solvi*; sin embargo, un año después, el 10 de abril de 2015, la parte demandada la solicitó otra vez al Tribunal arbitral, puesto que el actor había cambiado de abogado y esto justificaba el cambio en las circunstancias.

Empero, los actores se opusieron a la revelación del financiamiento por terceros e indicaron que los demandados ya habían aumentado las costas procesales con esta misma solicitud en el pasado. Los demandados, por el contrario, indicaban que la revelación era necesaria para despejar conflictos de interés y señalaron las Directrices de la IBA de 2014 sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional. Asimismo, la parte demandada señaló que estaba considerando solicitar una *cautio judicatum solvi* por su preocupación relacionada con el tercer financiador.

Los demandados señalaban que el tercer financiador podía retirarse en cualquier momento y por lo tanto, evadir un laudo condenatoria en costas en el evento de que los actores perdieran el caso; sin embargo, los actores le indicaron al Tribunal que “no había cedido su pretensión” en el arbitraje y que la solicitud es “audaz” puesto que los demandados “habían incumplido con su obligación de pago bajo 31 proyectos de construcción y expropiado el equipo de los actores” sin ninguna compensación, por lo que se ven ahora forzados a establecer este arbitraje. Los demandados replicaron e indicaron que los actores nunca denegaron que estaban siendo financiados por un tercer financiador.

---

<sup>284</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Muhammet Çap vs. Turkmenistán*, “Orden Procesal No. 3,” 12 de junio del 2015, Caso No. ARB/12/6, [https://www.italaw.com/sites/default/files/case\\_documents/italaw4350.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case_documents/italaw4350.pdf).



Este caso es interesante en el sentido que la misma parte solicitó una orden de revelación de la identidad del tercer financiador en dos ocasiones. El Tribunal arbitral, en la Orden Procesal N.º 3, recalcó que en el párrafo 14 de la Orden Procesal N.º 2 que “esa decisión no precluye a los demandados de solicitar en el futuro una solicitud de revelación a lo largo del arbitraje si tienen suficiente información que justifique la solicitud”. A pesar de que no se cuenta con la Orden Procesal N.º 2, se infiere que la primera solicitud de los demandados fue rechazada porque no había suficientes elementos para demostrar que había un tercer financiador; no obstante, con el cambio de circunstancias, el panorama se modificó.

Con respecto al poder del Tribunal de ordenar la revelación del tercer financiador, el Tribunal determinó en el párrafo 6, que tiene el poder inherente para realizar órdenes de esa naturaleza cuando son solicitadas por una parte que busca preservar sus derechos y la integridad del proceso. Asimismo, los actores nunca cuestionaron el poder del Tribunal arbitral para ordenar este tipo de mandatos. Así, el Tribunal determinó que los demandados sí tienen la potestad de realizar la solicitud por una segunda vez y, además, tiene el poder de ordenar la revelación si las circunstancias del caso lo ameritan y sí encontró las suficientes.

En primer lugar, el Tribunal se basó en la importancia de asegurar la integridad del proceso y determinar si algún árbitro pudiera resultar afectado por la existencia del tercer financiador. En consecuencia, consideró que la transparencia debía prevalecer. El Tribunal también le dio importancia al hecho en el que los actores no denegaron ser financiados por terceros<sup>285</sup>. Asimismo, el Tribunal señaló que los demandados indicaron que van a solicitar una *cautio judicatum solvi*, pero que todavía son inciertos los motivos sobre los cuales se van a basar. Los demandados también señalaron que en otro arbitraje en contra el mismo actor, una orden en costas había sido otorgada a favor de ellos, pero no había sido pagada todavía por ellos. Por lo tanto, el Tribunal determinó que comparte la preocupación de los demandantes en el sentido que si ganan el arbitraje y una orden en costas es realizada a su favor, los actores van a ser incapaces de sufragarlas y el tercer financiador va a desaparecer puesto que no es una parte en este arbitraje.

Por los motivos señalados anteriormente, el Tribunal arbitral le dio un plazo de 15 días a los actores para que confirmen si el proceso está siendo financiado por un tercero. En caso afirmativo, los actores deben indicar los nombres y los detalles del tercer financiador, la

---

<sup>285</sup> Un caso contrario bajo las reglas CIADI es el de *Oxus Gold vs. Uzbekistán*, 17 de diciembre del 2015, Caso No. en donde la empresa minera demandante (Oxus Gold) anunció al mercado y reconoció que había acudido a Calunius Capital LLP como un tercero financiador para poder sufragar las costas procesales del arbitraje.



naturaleza del acuerdo concluido con el detalle del alcance de la retribución económica que van a recibir si los demandantes ganan el arbitraje.

Vale preguntarse, ¿por qué le ordenó, en este caso, el Tribunal arbitral a la parte financiada revelar el monto de la retribución económica que va a recibir el tercer financiador? En mi criterio, este aspecto es totalmente irrelevante para el Tribunal arbitral ya que es completamente separado con el tema de los potenciales conflictos de interés. Al respecto, el ICCA-Queen Mary TPF Task Force señala como una “buena práctica” sobre el tema de la revelación y los conflictos de interés que los árbitros no ordenen la divulgación de detalles sobre la transacción o cláusulas del acuerdo de financiamiento para efectos de terminar potenciales conflictos de interés<sup>286</sup>. Aunque la buena práctica no explica los motivos de su razón de ser, se infiere que estos asuntos no deben de ser ordenados por falta de relevancia y porque invaden la esfera de privacidad de las partes. Por ende, considero que el Tribunal arbitral se extralimitó a la hora de ordenarle a la parte financiada indicar este dato.

### **E. Conclusión de la sección primera**

El financiamiento por terceros ha evolucionado exponencialmente a nivel internacional, a pesar de tener una presencia predominante en los países del Derecho Común, su presencia está cada vez más frecuente en los países del Derecho Civil. Asimismo, su uso en el arbitraje de inversión ha crecido en los últimos años. Ello justifica la necesidad de analizar la regulación del financiamiento por terceros dentro del proceso arbitral y las buenas prácticas con respecto a esta figura.

## **II. Sección segunda. Regulación y buenas prácticas del financiamiento por terceros en el arbitraje internacional**

La ley siempre va detrás de la realidad social. Debido a la evolución latente del financiamiento por terceros en el arbitraje internacional, la necesidad de regular esta figura ha adquirido relevancia en los últimos años. A continuación, se analizarán las directrices y las reglas arbitrales que regulan el financiamiento por terceros para poder determinar las buenas prácticas que existen en torno a esta figura en el arbitraje internacional.

---

<sup>286</sup>International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.189.



## A. Regulación del financiamiento por terceros en arbitraje internacional

Las primeras reglas en regular el financiamiento por terceros fueron las Directrices del International Bar Association (“IBA” por sus siglas en inglés) sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional de 2014 y aplican tanto para el arbitraje internacional comercial como para el de inversión. Por ende, se analizará primero la regulación que existe en cuanto al financiamiento por terceros y los posibles conflictos de interés con los árbitros bajo la óptica de estas Directrices. Posteriormente, se analizará el financiamiento por terceros en los reglamentos del arbitraje internacional comercial y por último, en los reglamentos del arbitraje internacional de inversión.

### a. El financiamiento por terceros y las Directrices IBA de 2014 sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional

El International Bar Association (“IBA”) es una de las organizaciones de mayor prestigio del Derecho internacional y trabaja activamente en brindar información actualizada sobre todas las áreas de la práctica jurídica y de interés profesional.<sup>287</sup> Al respecto, la IBA creó las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014<sup>288</sup> (“Directrices IBA 2014”) que brindan una guía a los árbitros a la hora de decidir sobre posibles nombramientos y divulgaciones (como la del tercero financiador). Las Directrices IBA 2014 son el instrumento de *soft law* más usado en la práctica del arbitraje internacional<sup>289</sup> y fueron las primeras en regular el financiamiento por terceros. Asimismo, son aplicables para el arbitraje comercial internacional y el de inversión.<sup>290</sup>

Según las Directrices IBA 2014, el financiamiento por terceros puede tener diversas implicaciones dentro del proceso arbitral. Una de ellas se relaciona con los posibles conflictos de interés que su presencia puede acarrear respecto a la imparcialidad e independencia de los árbitros.

---

<sup>287</sup>Ver: International Bar Association, *Sobre el IBA- La voz global de la profesión legal*, [https://www.ibanet.org/About\\_the\\_IBA/intro\\_spanish.aspx](https://www.ibanet.org/About_the_IBA/intro_spanish.aspx).

<sup>288</sup> *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014*, acuerdo del Consejo de la IBA el jueves 23 de octubre de 2014.

<sup>289</sup>Paula Hodges, “Equality of Arms in International Arbitration: Who Is the Best Arbiter of Fairness in the Conduct of Proceedings?” (ICCA Congress Series, International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity, 2017)

<sup>290</sup> Párrafo 5, *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014*, acuerdo del Consejo de la IBA el jueves 23 de octubre de 2014.



Las partes en un arbitraje tienen el deber de revelar cualquier circunstancia que pueda provocar dudas justificables respecto a la imparcialidad e independencia del árbitro. De lo contrario, se generarán dudas con respecto a su imparcialidad.<sup>291</sup> Si el Tribunal arbitral determina que una parte se ha reservado información que aclare la imparcialidad se entiende que no ha actuado de conformidad con el principio de buena fe, la que va a generar dudas respecto a la independencia e imparcialidad del árbitro.<sup>292</sup>

Respecto del financiamiento por terceros y las nuevas tendencias en el arbitraje internacional, la introducción de las Directrices IBA 2014 señala que:

“El desarrollo del comercio internacional, en el que participan grupos de sociedades y bufetes de abogados internacionales de mayor envergadura, ha incrementado el número de revelaciones e intensificado la complejidad en el análisis de cuestiones de revelación y conflictos de interés”.<sup>293</sup>

El financiamiento por terceros es uno de esos grupos que incrementa el número de relaciones entre los actores del arbitraje internacional y aumenta la complejidad en el análisis de cuestiones de revelación y conflictos de interés. Al respecto, la Norma General 6(b) de las Directrices IBA 2014 hace referencia de manera implícita a los terceros financiadores y a las aseguradoras que brinden contratos ATE. Dispone textualmente:

“Si una de las partes fuere una persona jurídica, cualquier persona jurídica o física que tenga una relación de control sobre dicha persona jurídica, o que tenga un interés económico directo en, o deba indemnizar a una parte por el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje, podrá considerarse que ostenta la identidad de dicha parte”.

Tal disposición hace una referencia válida respecto al tercer financiador, al indicar explícitamente que este sujeto debe tener “un interés económico directo en (...) el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje”. Según, von Goeler, el tercer financiador tendrá un interés

---

<sup>291</sup>Stephan Balthasar, *International Commercial Arbitration, International Conventions, Country Reports and Comparative Analysis*, (Munich, Alemania: Beck C.H., 2016), p. 25.

<sup>292</sup>Michael Reisman y James R Crawford, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, (La Haya, Países Bajos: Wolters Kluwer law and Business, 2014).

<sup>293</sup> Párrafo 1, *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014*, acuerdo del Consejo de la IBA el jueves 23 de octubre de 2014.



económico directo si va a recibir un 20% o más del laudo futuro, si la parte financiada resulta exitosa.<sup>294</sup>

La Nota Explicativa sobre la Norma General 6(b) de las Directrices IBA 2014 aclara al respecto que:

“Los terceros financiadores y las aseguradoras en relación a la disputa pueden tener un interés económico directo en el laudo, y por tanto pueden considerarse como equivalentes a la parte. A estos efectos, los términos ‘tercer financiador’ y ‘aseguradora’ se refieren a cualquier persona o entidad que contribuya con fondos, u otro tipo de apoyo material, al desarrollo del proceso en interés de la demanda o defensa del caso y que tenga un interés económico directo en, o un deber de indemnizar a una parte por, el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje”.

La consecuencia jurídica que establece la Norma General (6)(b) de las Directrices IBA 2014 con respecto al financiamiento por terceros es sumamente relevante para efectos de justificar la divulgación de quien es el tercer financiador por los posibles conflictos de interés que pueden existir entre este y los árbitros nominados. Sobre el particular, indica que en tal supuesto el tercero financiador: “podrá considerarse que ostenta la identidad de dicha parte”. Las Directrices IBA 2014 señalan situaciones mediante las cuales pueden surgir dudas con respecto a la imparcialidad e independencia de los árbitros por las relaciones que tengan con una de las partes. Si el tercer financiador ostenta la identidad de la parte del arbitraje de conformidad con la Norma General (6)(b), la complejidad en el análisis de cuestiones de divulgación respecto al tercer financiador aumenta. A continuación, se analizará este aspecto a la luz de la aplicación de las Directrices.

Un árbitro es independiente si es libre de cualquier involucramiento o relación con una de las partes y es imparcial si no posee ninguna predisposición hacia las partes o hacia el asunto que se discute en la disputa.<sup>295</sup> En otras palabras, la independencia se refiere a las relaciones pasadas o actuales con las partes o los terceros financiadores, mientras que la imparcialidad tiene que ver con el aspecto interno que se encuentra dentro de la mente del árbitro <sup>296</sup>. Es

<sup>294</sup>Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, (La Haya, Países Bajos: Wolters Kluwer, 2016), p.267.

<sup>295</sup>Cristopher Koch, “Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators,” *Journal of International Arbitration* 4, (2003): 327.

<sup>296</sup>Hi Yu Hong Lin y L. Laurence Shore, “Independence, Impartiality, and Immunity of Arbitrators – US and English Perspectives,” *Independent and Comparative Law Quarterly* 52(4), (2003): 935.





importante señalar que la parte recusante no tiene la carga de la prueba de demostrar la falta de independencia o imparcialidad del árbitro, pero sí debe demostrar que tiene dudas suficientes y razonables para descalificar al árbitro.<sup>297</sup>

Las Directrices IBA 2014 se categorizan en listados de aplicación en colores diferentes, según la gravedad de la circunstancia que afecta la imparcialidad o independencia del árbitro. El Listado Rojo consta de dos circunstancias: la del “Rojo Irrenunciable” y el “Rojo Renunciable”. En el primero, el irrenunciable, regulado en las Normas Generales 2(d) y 4(b), se encuentra el principio que nadie puede ser juez y parte a la vez. El segundo listado, el renunciante, establecido en la Norma General 4(c), incluye situaciones de menor gravedad. Se consideran renunciante si las partes: “(...) conociendo el conflicto de intereses, explícitamente manifiesten su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe funciones de árbitro (...)”<sup>298</sup>

La Norma General 3(a) de las Directrices IBA 2014 contiene además el Listado Naranja con una enumeración no exhaustiva de situaciones que, según los hechos del caso, puede crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia de los árbitros. El árbitro tiene la obligación de develar estas circunstancias. Estas situaciones cobran importancia ante la recusación, siendo que la parte que recusa al árbitro tiene la carga de la prueba. Le corresponde probar la circunstancia que genera dudas respecto de la imparcialidad e independencia del árbitro. En algunas circunstancias, se ha señalado que la parte recusante no solo debe probar los hechos relacionados con la falta de independencia, sino también que esa falta es “manifiesta” o “altamente probable” y no solo “posible” o “casi cierta”.<sup>299</sup>

El Listado Rojo apunta a situaciones en que hay una relación comercial significativa con una de las partes, mientras que el Listado Naranja regula la relación comercial que no es tan marcada.

---

<sup>297</sup> Gary Born, *International Commercial Arbitration*. (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2014), p.1778.

<sup>298</sup> Parte II: Aplicación Práctica de las Normas Generales, párrafo 2, *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014*, acuerdo del Consejo de la IBA el jueves 23 de octubre de 2014.

<sup>299</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Amco Asia Corporation y otros vs. La República de Indonesia*, 20 de noviembre de 1984, Caso No. ARB/81/1, citado en Michael.W. Tupman, “Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration” *The International and Comparative Law Quarterly* 38 (enero de 1989): p.44.



El Listado 2(3)(4) de las Directrices IBA 2014, que versa sobre el Listado Rojo Renunciable, establece la circunstancia donde el árbitro:

“es gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o tiene una relación de control similar sobre una **afiliada** de una de las partes, si la afiliada está directamente involucrada en las cuestiones que son materia del arbitraje”. (énfasis agregado)

Asimismo, el Listado 2(3)(6) indica:

“el bufete de abogados del árbitro tiene actualmente una relación comercial significativa con una de las partes o con una afiliada de estas”.

Con respecto al bufete, la Norma General 6(a) de las Directrices IBA 2014 también apunta que el árbitro, en principio, ostenta la identidad del bufete de abogados al que pertenece; sin embargo, la misma Norma aclara que “el hecho de que el bufete de abogados del árbitro intervenga en alguna actividad con una de las partes no quiere decir que **necesariamente** este hecho dé lugar a un conflicto de intereses, ni que haya que revelarlo”, es decir, tal y como lo indica la Norma Explicativa de este artículo, las actividades del bufetes de abogados del árbitro no crean automáticamente un conflicto de interés.

El Caso Suez<sup>300</sup> es sumamente importante a la hora de trazar la línea sobre si una relación comercial entre un árbitro y una parte clasifica como significativa o no. En ese caso, la profesora Kaufmann-Kohler había sido recusada puesto que había sido nominada en el pasado en otro arbitraje llamado “Aguas del Aconquija” por los actores. Según los recusantes, este nombramiento genera dudas con respecto a su imparcialidad. Al presentar la recusación, Kaufmann-Kohler expresó que sí se consideraba imparcial e independiente, pues había informado sobre los arbitrajes en que participaba para detectar cualquier conflicto de interés potencial y había señalado que ella era la directora futura del banco titular de las acciones de una de las partes. El banco le informó que un conflicto de interés existía en otro arbitraje no relacionado y ella, posteriormente, renunció a su nombramiento en ese otro arbitraje. El Tribunal del CIADI desestimó la recusación y determinó que su conducta fue lo suficientemente diligente.

Asimismo, el Tribunal del CIADI, en el caso Suez, estableció un test legal para determinar si hay dudas suficientes con respecto a la imparcialidad del árbitro y señaló que se

---

<sup>300</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. la República de Argentina*, 9 de abril del 2015, Caso No. ARB/03/19.



debe de analizar entre la parte y el árbitro: (i) la proximidad, la (ii) intensidad de la relación entre la parte y el árbitro, así como la (iii) dependencia material del árbitro en dicha relación. Estos factores, han sido seguidos en el análisis de diversos Tribunales y también deben utilizarse para resolver recusaciones, por un involucramiento previo de un árbitro con un tercer financiador<sup>301</sup>. En el contexto del financiamiento por terceros para determinar si hay dudas suficientes para justificar la falta de independencia e imparcialidad de un árbitro, el Tribunal arbitral debe considerar si el tercer financiador estuvo involucrado directamente en el nombramiento del árbitro<sup>302</sup>. Si este fuera el caso, se generarían más dudas respecto a la imparcialidad e independencia del árbitro. Diferente es cuando el tercer financiador se ve involucrado en el caso, después del nombramiento del árbitro.

En relación con la independencia del árbitro, lo que importa no es el número absoluto de nombramientos repetidos que haya tenido, sino el porcentaje que representan los honorarios con respecto a su ganancia total como árbitro.<sup>303</sup> Cuando un árbitro es nominado en diversas ocasiones por un mismo bufete de abogados, también hay una apariencia de imparcialidad, puesto que se presume que el árbitro se vuelve económicamente dependiente de los honorarios que recibe a cambio de los nombramientos en los que el bufete lo nombra.<sup>304</sup> En ese sentido, dado el interés económico, el árbitro puede buscar asegurar futuros nombramiento e ingresos, al fallar de manera salomónica (“splitting the baby-decision”) o fallando a favor de la parte que lo nombró.<sup>305</sup> Es importante indicar; sin embargo, que los nombramientos repetidos son comunes en ciertas áreas del arbitraje como el marítimo y el de seguros, como consecuencia de la baja disponibilidad de árbitros en estas áreas.<sup>306</sup> En tal caso, excepcionalmente, la independencia no se puede ver comprometida por esa circunstancia.

---

<sup>301</sup>Jonas Von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, (La Haya, Países Bajos: Wolters Kluwer, 2016), p.266.

<sup>302</sup>Burcu Osmanoglu, “Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest,” *Journal of International Arbitration* 3, (2015): p.333.

<sup>303</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *OPIC Karimum Corp. vs. La República Bolivariana de Venezuela*, 5 de mayo de 2011, Caso No. ARB/10/14.

<sup>304</sup> Daele, Karel, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration, International*, (La Haya, Países Bajos: Wolters Kluwer, 2012), para. 6-157.

<sup>305</sup> Daele, Karel, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration, International*, (La Haya, Países Bajos: Wolters Kluwer, 2012), p.344.

<sup>306</sup>Alfonso Gómez-Acebo, *Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, (La Haya, Países Bajos: Wolters Kluwer, 2016), p. 122.



En cuanto a la importancia que se debe de dar a la remuneración del árbitro, el Artículo 1.4 del Listado Rojo Irrenunciable de las Directrices IBA 2014 indica:

“El árbitro o su bufete de abogados asesora con regularidad a una parte, o a una entidad afiliada con esta, y el árbitro o su bufete de abogados perciben por esta **actividad ingresos significativos**”. (énfasis agregado)

Este criterio es importante puesto que la circunstancia baja de gravedad según el Artículo 2.3.7 del Listado Rojo Renunciable al indicar que:

“el árbitro asesora de manera regular a una de las partes, o a una afiliada de una de las partes, pero ni el árbitro ni su bufete de abogados obtienen ingresos significativos por ello”.

Un aspecto de gran dificultad para los árbitros consiste en trazar la línea de cuando el árbitro obtiene ingresos “significativos” y cuando no. Para ello en algunas jurisdicciones se han establecido algunos parámetros que permiten identificar si los hay. En el caso de *Cofely Ltd. vs. Anthony Bingham* de la Corte Superior (“Queens Bench Division”), la Corte Superior determinó que hay una dependencia material si el árbitro gana 25% de sus ingresos como árbitro de los últimos tres años de nombramiento repetidos de la misma parte. Asimismo, en el caso CIADI de *OPIC Karimum vs. Venezuela*, el Tribunal indicado rechazó la recusación en contra del árbitro, al señalar que los ingresos provenientes de los nombramientos repetidos constituían únicamente 5.89% de los ingresos totales del árbitro y por ende, no había evidencia suficiente que apuntara a una dependencia financiera en dichos nombramientos.<sup>307</sup> Una Corte en Suecia, por otro lado, determinó parámetros mucho más exigentes para salvaguardar la independencia, en el tanto señaló que bastaba que se adquiriera el 10% del ingreso total del árbitro derivado de sus nombramientos es suficiente para generar dudas con respecto a su independencia e imparcialidad.<sup>308</sup>

De lo anteriormente analizado, en mi opinión es difícil trazar la línea de manera estricta con un porcentaje, puesto que cada caso es diferente y ser tan estricto con un número puede llevar a conclusiones equivocadas. Sí considero, que entre más altos sean los ingresos del

---

<sup>307</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *OPIC Karimum Corp. vs. La República Bolivariana de Venezuela*, 5 de mayo de 2011, Caso No. ARB/10/14.

<sup>308</sup> Corte Suprema de Suecia, Caso No. T 156-09, 9 de junio de 2010.



árbitro, derivados de los nombramientos de una parte, más dudas se generarán con respecto a su imparcialidad e independencia. Lo importante es que la totalidad de factores que creen dudas con respecto a la imparcialidad e independencia de los árbitros, sean valorados integralmente y no de manera aislada.<sup>309</sup>

En el caso *Cofely*, la Corte determinó que no importaba si la parte cuestionada no había realizado los nombramientos directamente, sino su influencia en el proceso del nombramiento.<sup>310</sup> A la hora de analizar la influencia del tercer financiador en la independencia del árbitro, el Tribunal señaló que se debe utilizar el estándar interpretativo del “tercer observador razonable” que valora la relación entre el tercer financiador y el árbitro, al considerar factores económicos y fácticos para determinar si hay dudas suficientes.

Es menester señalar que la Norma General 7(a) de las Directrices IBA 2014 obliga a las partes a revelar la existencia de alguna relación entre el árbitro y cualquier persona que tenga un interés económico directo o indirecto en el resultado del procedimiento. Esta norma, por ende, alude claramente a la obligación de informar al Tribunal arbitral y a las otras partes si existe un tercer financiador dentro del proceso.

Es importante mencionar que el ICCA-Queen Mary TPF Task Force señala en su Capítulo VI, una serie de principios respecto al tema de la divulgación y los potenciales conflictos de interés con los árbitros.<sup>311</sup> El Principio A.1. indica que una parte y su representante deben divulgar de oficio y tan pronto sea posible la información sobre la existencia de un acuerdo de financiamiento y la identidad del financiador. En sentido similar, el Principio A.2 indica que los árbitros y las instituciones arbitrales tienen la autoridad expresa de solicitar a las partes y a sus representantes, que digan si tienen apoyo económico por parte de un tercer financiador y en caso afirmativo, revelen la identidad de este. Estos artículos son sumamente parecidos, con la diferencia de que en el primero (A.1), es la parte quién lo revela espontáneamente; mientras que en el segundo (A.2), cuando la parte no cumple con su deber según el principio primero, el Tribunal es quién ordena la divulgación de la información sobre la identidad del financiador. Por su parte, el Principio A.4 indica que los árbitros y las instituciones arbitrales deben valorar si existen conflictos de interés entre los árbitros y los

---

<sup>309</sup> London Court of International Arbitration, *Caso No. UN3490*, 27 de diciembre de 2005.

<sup>310</sup> High Court of Justice of England and Wales, Queen’s Bench Division, *Cofely Ltd v Anthony Bingham*, 17 de febrero de 2016, Caso No. EWHC 240.

<sup>311</sup> International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.188.



terceros financiadores y ordenar la debida divulgación de la información, en caso de ser necesario.

En la investigación realizada, no se conoce caso alguno en el que un árbitro haya sido descalificado por un tribunal arbitral por conflictos de interés relacionados con sus conexiones con una empresa de financiamiento de arbitrajes, ni de ningún laudo arbitral que haya sido inejecutable por conflictos de interés entre el árbitro que dictó el laudo y el tercero financiador.

De lo expuesto, se puede inferir que el tercer financiador ostenta la identidad de la parte y la parte que goce de financiamiento tiene la obligación de revelar tal información, con el propósito de evitar cualquier potencial conflicto de interés con los árbitros, que pueda comprometer su participación. Además, al evaluar la imparcialidad e independencia del árbitro y su relación con el tercer financiador, se deben analizar los siguientes factores: (i) el control que el tercer financiador tiene sobre el proceso, (ii) el rol del tercer financiador en el nombramiento del árbitro; (iii) la frecuencia de los nombramientos repetidos del árbitro y (v) el porcentaje que representa en el salario del árbitro, el monto percibido por los nombramientos repetidos.<sup>312</sup> Entre más altos sean los ingresos y los casos en los que el árbitro haya sido nombrado por el tercer financiador, más dudas se generarán respecto a su imparcialidad e independencia. Ahora bien, si el tercer financiador tuvo un rol activo en el nombramiento del árbitro, las dudas con respecto al árbitro recusado aumentarán significativamente.

Para preservar la imparcialidad e independencia de los árbitros, en que se dé el financiamiento por terceros, no cabe un criterio general que aplique para todos los casos. Ante tal dificultad, lo importante a tener en cuenta es que la totalidad de factores que puedan dar lugar a dudas respecto a la imparcialidad e independencia de los árbitros, deben de ser ponderados de manera integral, sin dejarse de analizar todos y cada uno de los componentes que pueden dar lugar a la recusación. Para tales efectos, las Directrices IBA 2014 representan una guía sumamente útil en ese sentido.

---

<sup>312</sup> Wilson Koh y Will Sheng, "Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges," *Journal of International Arbitration* 34, No. 4, (2017): 718.



## **b. Regulación del financiamiento por terceros en los reglamentos de arbitraje internacional comercial**

Algunas normas de los centros de arbitraje internacional han regulado de manera explícita las obligaciones de las partes cuando son financiadas por un tercero.

Las reglas del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (“HKIAC”) fueron publicadas en setiembre de 2018 y regulan de manera integral el tema del financiamiento por terceros.<sup>313</sup> Esta normativa regula la obligación de todas las partes de indicar si están o no financiadas siendo por un tercero y la identidad del financiador. A continuación, se analizarán las disposiciones más destacadas relacionadas con el financiamiento por terceros en las Reglas HKIAC 2018.

El Artículo 4.3 de las Reglas HKIAC 2018 señala los requisitos que debe reunir la solicitud de arbitraje. En ese sentido, la Norma señala que la solicitud de arbitraje deberá contener:

- “(a) una petición de que la disputa sea sometida a arbitraje;
- (b) los nombres y (si fueran conocidas) las direcciones, números de teléfono y de fax y direcciones de correo electrónico de las partes y de sus abogados;
- (c) una copia del/de los convenio(s) de arbitraje que se invoque(n);
- (d) una referencia al/a los contrato(s) u otro(s) instrumento(s) jurídico(s) (u otros instrumentos jurídicos) del que derivara(n) o en relación con el cual haya(n) surgido la disputa;
- (e) una descripción de la naturaleza general de la reclamación, junto con una estimación de su cuantía, en su caso;
- (f) las pretensiones que se solicitan;
- (g) una propuesta sobre el número de árbitros (uno o tres), si las partes no lo hubieran acordado previamente;

---

<sup>313</sup> Según mi criterio.





(h) la propuesta del Demandante en relación con la designación de un árbitro único bajo el Artículo 7, o la designación por la Demandante de un árbitro bajo el Artículo 8; (...).”

Esta norma es idéntica a la contenida en el Reglamento anterior del HKIAC del 2013; sin embargo, el Reglamento HKIAC del 2018 le agrega dos requisitos al apartado (h) que detalla la propuesta del demandante en relación con la designación del árbitro e indica que este además debe anunciar:

“(i) la existencia de un acuerdo de financiamiento y la identidad de un tercer financiador de conformidad con el Artículo 44 (...).”

En ese sentido, las Reglas HKIAC 2018 introducen un elemento novedoso, en el tanto le imponen al demandante un deber de divulgación del financiamiento por terceros desde el momento en el que presenta la solicitud de arbitraje, al inicio del proceso. Es importante señalar que la norma no le impone al demandante, la obligación de entregar una copia del contrato de financiamiento, sino únicamente la obligación de (i) indicar si este contrato existe y (ii) la identidad del tercer financiador. Es conveniente que la identidad del tercer financiador sea indicada antes del nombramiento de los árbitros, para poder descartar cualquier potencial conflicto de interés que exista entre las partes y los árbitros, tal y como se explicó en el apartado de las Directrices IBA 2014 sobre Conflictos de Interés.

Asimismo, en el inciso g) del Artículo 5 de las Reglas HKIAC 2018 se detallan los requisitos para la contestación a la solicitud de arbitraje. Establece que el demandado debe indicar “la existencia de un acuerdo de financiamiento y la identidad de un tercer financiador de conformidad con el Artículo 44”. La existencia del tercer financiador puede ser relevante en el caso del demandado si este formula una reconvencción.

Tiene la misma obligación del demandante de indicar (i) si el contrato de financiamiento existe y (ii) la identidad del tercer financiador aplica a la parte que solicite la incorporación de una parte adicional para que se incorpore al proceso de conformidad con el Artículo 27(6)(h) de las Reglas HKIAC 2018 titulado “Incorporación de Partes Adicionales”. Asimismo, dentro de los 15 días siguientes de presentada la solicitud de incorporación de la parte adicional, debe comunicarle al Tribunal si existe algún contrato de financiamiento y la identidad del tercer financiador, según el Artículo 27(7)(f). De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 27(8) de las Reglas HKIAC 2018, el HKIAC o el Tribunal arbitral tiene la capacidad de variar cualquiera de los requisitos establecidos en el Artículo 27(6) y 27(7), según lo estimen conveniente, por



lo que tienen discreción a la hora de establecer dichos lineamientos. Esta misma obligación se encuentra establecida en el Anexo 4 sobre el Procedimiento del Árbitro de Emergencia de las Reglas HKIAC 2018, que señala en el Artículo 2(i), la parte que solicite pretensiones de carácter urgente tiene el deber de indicar si está siendo financiada por un tercero y su identidad.

La norma medular al respecto la contiene el Artículo 44 de las Reglas HKIAC 2018 que regula la divulgación del tercero financiador (“Disclosure of Third Party Funding of Arbitration”). Esta norma no se encontraba bajo las Reglas HKIAC 2013 y refleja el crecimiento del financiamiento por terceros en los últimos años. El apartado (44)(1) señala lo siguiente:

“44.1 Si un acuerdo de financiamiento es realizado, la parte financiada debe de comunicárselo por escrito a todas las partes, al Tribunal arbitral, a cualquier árbitro de emergencia y al HKIAC sobre:

- (a) el hecho de que un acuerdo de financiamiento fue suscrito; y
- (b) la identidad del tercer financiador”.<sup>314</sup> (Traducción libre)

Como se mencionó anteriormente, lo importante en este caso es comunicar sobre la existencia del acuerdo de financiamiento y la identidad del tercer financiador, pero no el contrato de financiamiento como tal.<sup>315</sup> El Artículo 44.2, por su parte, señala que la comunicación enviada de conformidad con el Artículo 44.1 en la que se debe indicar:

“(a) con respecto al acuerdo de financiamiento que se haya realizado antes del comienzo del arbitraje, en la solicitud del nombramiento de un árbitro de emergencia, en la Solicitud de Arbitraje, en la Contestación a la Solicitud de Arbitraje, la Solicitud de Vincular a una Tercera Parte al arbitraje o en la Respuesta a la Solicitud de Vincular a una Tercera Parte al arbitraje (según sea aplicable); o

---

<sup>314</sup> Ver original: “44.1 If a funding agreement is made, the funded party shall communicate a written notice to all other parties, the arbitral tribunal/Tribunal, any emergency arbitrator and HKIAC of:

(a) the fact that a funding agreement has been made; and  
(b) the identity of the third -party funder.”

<sup>315</sup> Se hace la salvedad, sin embargo, que el tribunal arbitral puede tener en cuenta otros aspectos relacionados con el acuerdo de financiamiento según se analizará en el Capítulo tercero.



(b) con respecto a un acuerdo de financiamiento realizado después del comienzo del arbitraje, lo más pronto posible luego de que el acuerdo de financiamiento haya sido suscrito”.<sup>316</sup> (Traducción libre)

Este párrafo trata sobre los momentos procesales en los que se le debe comunicar al Tribunal arbitral y a las partes, lo establecido en el párrafo primero (la existencia del acuerdo de financiamiento y la identidad del tercer financiador). El subpárrafo señala la obligación de las partes de indicar esos datos cuando le presenten uno de esos escritos al Tribunal. Si la parte financiada obtuvo el financiamiento en una fecha posterior a la presentación de los escritos, deberá comunicárselo al Tribunal sin ningún retraso y a la mayor brevedad. De lo contrario, podría violentar el deber de revelación que las reglas HKIAC le imponen. Como se indicó anteriormente, si la presencia del tercer financiador tuvo lugar en un momento posterior al nombramiento de los árbitros, menos dudas surgirán con respecto a la imparcialidad e independencia del árbitro y su relación con el tercer financiador. De lo contrario, si la existencia del acuerdo de financiamiento precedió el nombramiento del árbitro y se comprueba que el tercer financiador tuvo un rol activo en la elección del árbitro, surgirán dudas con respecto a la independencia e imparcialidad del árbitro. Esto, si se cuestiona la relación que este tiene con el tercer financiador que, a su vez, ostenta la identidad de la parte financiada según las Directrices de la IBA.

Asimismo, el Artículo 44(3) de las Reglas HKIAC establece que la parte financiada debe divulgar cualquier cambio en la información referida en el Artículo 44(1), luego que se presente de forma posterior.

Por el crecimiento del financiamiento por terceros es posible que las empresas financiadoras sean adquiridas por otros accionistas o se fusione con otras compañías. Así, en mi criterio, si hay una fusión o adquisición de la empresa del tercer financiador, configuraría con un cambio en la referida en el Artículo 44(1) de las Reglas HKIAC y la parte tiene la obligación de revelarle ese acontecimiento al Tribunal y a las partes. Esto es importante para volver a descartar cualquier potencial conflicto de interés con los árbitros y la nueva entidad

---

<sup>316</sup> Ver original: 44.2 *The notice referred to in Article 44.1 must be communicated:*

*(a) in respect of a funding agreement made on or before the commencement of the arbitration, in the application for the appointment of an emergency arbitrator, the Notice of Arbitration, the Answer to the Notice of Arbitration, the Request for Joinder or the Answer to the Request for Joinder (as applicable); or*

*(b) in respect of a funding agreement made after the commencement of the arbitration, as soon as practicable after the funding agreement is made.*

*44.3 Any funded party shall disclose any changes to the information referred to in Article 44.1 that occur after the initial disclosure.”*



del tercer financiador que según las Directrices de la IBA, ostenta la misma identidad de la parte.

Finalmente, el último artículo de las Reglas HKIAC que trata el tema del financiamiento por terceros es el N.º 45 que versa sobre los temas de confidencialidad. Como se señaló anteriormente, la confidencialidad se encuentra presente dentro de los procesos del arbitraje internacional comercial, pero no en el de inversión. En el arbitraje internacional comercial, el proceso es privado y la ventaja principal frente a las Cortes nacionales, según el criterio de algunos, es precisamente el tema de la confidencialidad.<sup>317</sup> La confidencialidad implica que, salvo un acuerdo contrario, el caso y la información sobre este, no puede ser publicada ni revelada a terceros.<sup>318</sup>

El Artículo 9(e) de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional del 29 de mayo de 2010 (“Directrices IBA sobre Práctica de Prueba”), también trata el tema de confidencialidad y sus excepciones. Similarmente, el Artículo 45(1) de las Reglas HKIAC señala que:

“Salvo acuerdo en contrario entre las partes, ninguna parte o ningún representante de las partes puede publicar, revelar o comunicar información relacionada con:

- (a) el arbitraje bajo la cláusula arbitral; o
- (b) un laudo o una decisión de emergencia realizada en el arbitraje”.

Posteriormente, el Artículo 45(3) de las Reglas HKIAC detalla las excepciones a la confidencialidad de la información del proceso arbitral. Dentro de ellas, señala como cuando una parte busca proteger un interés legal, ejecutar el laudo o cuando una autoridad gubernamental solicita la información; sin embargo, el Artículo 45(3)(3) de las Reglas HKIAC va más allá de las Directrices IBA sobre Práctica de Prueba y establece que el Artículo 45(1) no previene a una parte de publicar, revelar o compartir la información referida en este último, con “una persona con el propósito de tener o buscar financiamiento por un tercero para el arbitraje”. Este artículo reconoce la necesidad de compartir cierta información confidencial con el tercer financiador y expresamente autoriza a la parte a compartirla con el tercero. Por ende, no habría una violación al deber de confidencialidad si la parte financiada comparte

---

<sup>317</sup>Alan Redfern and Martin Hunter, *International Arbitration*. (Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2015), p.30.

<sup>318</sup>Trevor Cook y Alejandro García, *Confidentiality of Arbitral Proceedings, International Intellectual Property Arbitration*, (La Haya, Países Bajos: Wolters Kluwer, 2010), p.23.



información con el tercer financiador para los propósitos del acuerdo de financiamiento bajo esta norma.

Con respecto al tema de la confidencialidad y la posibilidad de que el Tribunal ordene a la parte revelar el acuerdo de financiamiento, el Artículo 9(2)(e) de las Directrices IBA sobre Práctica de Prueba impone un límite a la información que puede solicitar el Tribunal arbitral y señala que está autorizado para declinar una solicitud de evidencia por motivos relacionados con confidencialidad comercial o técnica que este establezca como determinante. Según el ICCA-Queen Mary TPF Task Force, los acuerdos parecen estar cubiertos bajo este artículo, dado que pueden calificar como un documento comercialmente confidencial;<sup>319</sup> empero, luego de un exhaustivo estudio sobre el tema en varias jurisdicciones, determinaron que no hay precedentes suficientes hasta la fecha, como para afirmar de manera contundente que es claro que la información brindada a los financiadores sea protegida.<sup>320</sup>

Es importante señalar que el Artículo 45 no establece una consecuencia jurídica en caso de que se viole el deber de confidencialidad; sin embargo, según el Artículo 34(4) de las Reglas HKIAC 2018, el Tribunal arbitral puede tener en cuenta cualquier acuerdo de financiamiento por terceros al fijar y distribuir los costos del arbitraje.<sup>321</sup> Asimismo, los Tribunales arbitrales usualmente en cuenta la conducta de las partes a la hora de determinar los costos. Por ende, está en el mejor interés de las partes cumplir con los deberes que las reglas arbitrales les imponen.

En conclusión, las Reglas de HKIAC de setiembre de 2018 son sumamente innovadoras y regulan de manera adecuada el financiamiento por terceros. Estas normas se adecúan a la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong que también lo regulariza. En pocas palabras, las Reglas de HKIAC exigen que: a) la parte financiada divulgue sin demora la existencia del acuerdo de financiamiento y b) la identidad del financiador en diversos momentos procesales. Asimismo, c) la parte debe de divulgar sin demora cualquier cambio posterior a esta información y d) se reconoce, de manera expresa, la posibilidad de que la parte financiada pueda divulgar la información sobre el arbitraje con un potencial tercer financiador o con el financiador actual.

---

<sup>319</sup>International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.121.

<sup>320</sup>International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.124.

<sup>321</sup> Ver original: “*The arbitral Tribunal may take into account any third -party funding arrangement in determining all or part of the costs of the arbitration referred to in Article 34.1.*”



La CCI, por su parte, publicó sus Reglas en el 2012 y las modificó en 2017. El último reglamento adquirió vigencia a partir del primero de marzo de 2017 y refleja la práctica moderna. Dentro de sus novedades se encuentra la introducción de un procedimiento de arbitraje abreviado que ofrece un proceso simplificado y un arancel de honorarios reducido. Asimismo, el reglamento acorta los plazos y aumenta la transparencia. El Artículo 4 de las Reglas CCI 2017 establece los requisitos que debe de presentar una parte para solicitar un arbitraje; sin embargo, a diferencia de las Reglas HKIAC, las Reglas CCI 2017 no establecen como un requisito que la parte demandante indique si está siendo financiada por un tercero ni su identidad. Asimismo, no se encontró ninguna norma que trate el financiamiento por terceros de manera expresa.

Empero, recientemente, la CCI reguló el tema del financiamiento por terceros mediante la “Nota para las Partes y los Tribunales Arbitrales sobre la Conducta del Arbitraje Bajo las Reglas CCI de Arbitraje” del primero de enero de 2019. Esta Nota busca darle guías prácticas para guiar a las partes y a los Tribunales arbitrales que se encuentran en un arbitraje bajo las Reglas CCI 2017. Según el Artículo 2, salvo acuerdo contrario, aplica a todos los arbitrajes gobernados bajo las Reglas CCI. El Artículo 24 de la Nota menciona lo siguiente:

“A la hora de valorar si una divulgación debe de realizarse, el árbitro o el potencial árbitro deberá de considerar las relaciones con las terceras partes que tengan un interés en el resultado del arbitraje. La Secretaría puede en este sentido asistir a los árbitros o potenciales árbitros a identificar “relevantes entidades” en el arbitraje. Esto no releva al árbitro o potencial árbitro de su deber de divulgación con respecto a otras entidades relevantes. En caso se duda con respecto a la indicación realizada por la Secretaría, el árbitro o potencial árbitro debe de consultarle a la Secretaría”.<sup>322</sup>

Esta norma se enfoca entonces en el deber de los árbitros de revelar potenciales conflictos de interés con un tercer financiador que tenga un interés en el resultado del arbitraje y hace referencia implícita al concepto de “interés económico directo” analizado anteriormente. Con respecto al deber de las partes de divulgar la presencia del tercer financiador, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI ya había emitido una Nota Práctica el 3 de marzo de 2016 para asistir a los árbitros con la identificación de conflictos de interés y los requisitos para la revelación en el arbitraje internacional. La Nota indica circunstancias bajo las cuales la

---

<sup>322</sup>Párrafo 24 de la Nota para las Partes y los Tribunales Arbitrales sobre la Conducta del Arbitraje Bajo las Reglas CCI de Arbitraje del 1 de enero de 2019, [https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration\\_spanish.pdf](https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration_spanish.pdf)



independencia e imparcialidad de los árbitros puede estar en duda en los Artículos 11 y 22(4). Dentro de las circunstancias, habla de posibles relaciones con una de las partes “o sus afiliados” así como “cualquier relación con una entidad que tenga un interés económico directo en la disputa o una obligación de indemnizar a una parte por un laudo como por ejemplo los terceros financiadores”. Esa Nota ha sido clasificada como “un paso en la dirección correcta” ya que el crecimiento del financiamiento por terceros en la comunidad arbitral sugiere que el tiempo de tomar acción ha llegado.<sup>323</sup>

De igual forma, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (“SIAC” por sus siglas en inglés) emitió el 31 de marzo de 2017 la Nota Práctica PN-01/17 sobre la conducta en casos relacionados con el financiamiento externo para aquellos administrados bajo las reglas de ese centro arbitral de 2016 (“Reglas SIAC 2016”).

Similarmente, tal y como se mencionó en la sección sobre la evolución del financiamiento por terceros en América Latina, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canada (“CAM-CCBC), publicó el 20 de julio de 2016 la Resolución Administrativa N.º 18-2016 titulada “Recomendación con respecto a la existencia del financiamiento por terceros en arbitrajes administrados por el CAM-CCBC”. El Artículo 4 de esta resolución indica que:

“con el fin evitar posibles conflictos de interés, el CAM-CCBC recomienda a las partes informar sobre la existencia de terceros en la primera oportunidad posible. Esta información debe incluir la calificación completa del financiador”.

Dicho abordaje es menos vinculante y coercitivo que el de las Reglas HKIAC que impone a las partes, la obligación de indicar si están siendo financiadas o no desde la solicitud de arbitraje. En el caso del CAM-CCBC, la regulación únicamente habla de una recomendación que no parece tener consecuencias negativas en caso de violentarse.

En conclusión, las relaciones comerciales complejas, el tamaño de los bufetes de abogados principales y la multiplicidad de partes dentro del proceso arbitral, han incrementado la necesidad de contar con normas en los reglamentos de arbitraje comercial que regulen las revelaciones que puedan tener alguna incidencia en los posibles conflictos de interés con uno

---

<sup>323</sup> Aren Goldsmith y Lorenzo Melchionda, *The ICC’s Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction*, (La Haya, Países Bajos: Kluwer Arbitration Blog, 2016), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/>.





de los árbitros. De ello depende la institucionalidad del arbitraje que requiere que las revelaciones se realicen de manera pronta y transparente. Por ende, la regulación de la revelación del financiamiento por terceros en arbitraje internacional comercial es un tema importante que merece atención por parte de los centros arbitrales. Los centros principales de arbitraje se han ocupado del tema en los últimos años. Sería oportuno que esta tendencia continúe creciendo y se siga el ejemplo de las Reglas HKIAC del 2018 que trata integralmente el tema del financiamiento por terceros de manera.

### **c. Regulación del financiamiento por terceros en el arbitraje de inversión**

Es importante indicar para los efectos de esta investigación, con respecto al arbitraje de inversión y las Reglas CIADI, que actualmente se está discutiendo una “Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI- Documento de Trabajo” bajo el Volumen 3 de la Secretaría del CIADI del 2 de agosto de 2018 y que, con respecto al financiamiento por terceros, la Regla 21 de la Propuesta de Enmiendas indica lo siguiente:

#### “Regla 21

##### Revelación de Financiamiento por Terceros

(1) El “financiamiento por terceros” es la provisión de fondos u otro apoyo sustancial a efectos de dar curso o defenderse en un procedimiento por una persona natural o jurídica que no es parte en la diferencia (“tercer financiador”) a una parte del procedimiento, una sociedad relacionada con esa parte o a una firma de abogados que represente a esa parte. Dichos fondos o apoyo sustancial podrán proporcionarse:

(a) mediante una donación o un subsidio; o

(b) en contraprestación de una prima o a cambio de una remuneración o un reembolso total o parcialmente dependiente del resultado del procedimiento.

(2) Una parte deberá presentar una notificación escrita revelando que goza de financiamiento por terceros y el nombre de dicho tercer financiador. Esta notificación deberá enviarse al Secretariado inmediatamente después del registro de la solicitud de arbitraje o una vez se celebre el acuerdo de financiamiento por terceros si este ocurre con posterioridad al registro.



(3) Cada parte tendrá la obligación permanente de revelar cualquier cambio en la información a la que se hace referencia en el párrafo (2) que tenga lugar después de la revelación inicial, lo cual incluye la resolución o rescisión del acuerdo de financiamiento”.

Esta propuesta representa un avance en el tanto busca regular de manera explícita y clara el financiamiento por terceros. Esto es sumamente importante bajo el arbitraje de inversión, puesto que en esta área es en donde más ha crecido este fenómeno en los últimos años. Con respecto a la definición del financiamiento por terceros, la norma reconoce que el donante configure como un tercero financiador. Al respecto, el documento de trabajo indica que la Regla 21:

“también aplica expresamente para los fondos otorgados mediante una donación, y no únicamente a aquellos otorgados a cambio de una remuneración. Esta definición captura el financiamiento recibido para un interés público o para un propósito de litigio específico”.<sup>324</sup>

Es entendible que en el caso del arbitraje de inversión se quiera clasificar a estos financiadores liberales como terceros financiadores por los intereses públicos que el arbitraje de inversión afecta. En el caso de Philip Morris Brand Sarl y otros vs. la República de Uruguay CIADI ARB/10/17, por ejemplo, la Fundación Tobacco Free Kids financió gratuitamente las costas del Estado para defenderse de la tabacalera Philip Morris. Asimismo, la Fundación Bill y Melina Gates y Bloomberg Philanthropies fundaron en 2015 el Fondo de Litigio Anti-Tabaco. No hay motivos para asumir que, porque el financiador otorgue sus fondos de manera gratuita, entonces no puede haber potenciales conflictos de interés ni hay una necesidad procesal de conocer sobre el acuerdo de financiamiento. Por ende, dada la naturaleza del arbitraje de inversión y los posibles intereses públicos que pueden afectarse, se entiende la inclusión de los financiadores liberales dentro del concepto de financiamiento por terceros.

Con respecto al párrafo segundo, esta norma sigue el mismo criterio de las Reglas HKIAC sobre la revelación en el sentido que le impone a la parte la obligación de revelar

---

<sup>324</sup> Traducción libre, Aren Goldsmith y Lorenzo Melchionda, *The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction*, (La Haya, Países Bajos: Kluwer Arbitration Blog, 2016), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/>.



mediante una notificación escrita 1) que goza de financiamiento por terceros y 2) el nombre de dicho financiador.

Asimismo, con respecto al momento procesal de presentación de los requisitos antes mencionados, el párrafo segundo de la norma propuesta señala que esa notificación escrita debe presentarse “inmediatamente después del registro de la solicitud de arbitraje o una vez se celebre el acuerdo de financiamiento por terceros si este ocurre con posterioridad al registro”. A diferencia de las Reglas HKIAC, las Propuesta de Enmienda de las Reglas CIADI no señalan como requisito, indicar en la solicitud de arbitraje, la contestación ni en otros escritos procesales, la existencia del acuerdo de financiamiento ni la identidad del tercer financiador. Sin embargo, para efectos prácticos sí aclaran “inmediatamente después del registro de la solicitud de arbitraje” o “una vez se celebre el acuerdo de financiamiento por terceros”.

En mi criterio, el problema en la redacción de este Artículo es que no se señala que estos datos deben comunicarse al Tribunal arbitral “sin demora” y de manera inmediata a lo largo del proceso. Un atraso en la comunicación de estos datos que resulte en un conflicto de interés en un arbitraje en etapa avanzada puede resultar en la nulidad del laudo o en graves problemas procesales. Por lo tanto, es mejor despejar cualquier potencial conflicto de interés justo en el momento desde que la parte goce de financiamiento. Al igual que las Reglas de HKIAC, el párrafo tercero señala que se debe comunicar los cambios que surjan y señala como ejemplo la rescisión del acuerdo de financiamiento.

El Documento de Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI trae junto con las reglas respectivas, una explicación al respecto. En el caso de la Regla 21 citada anteriormente sobre la revelación de financiamiento por terceros, la nota explicativa reconoce el crecimiento del financiamiento por terceros en el arbitraje de inversión. El documento de trabajo reconoce que recibió dos tipos de comentarios con respecto al financiamiento por terceros a la hora de someter a consulta la propuesta de enmiendas a las Reglas del CIADI<sup>325</sup>. El primer grupo de comentarios se basó en sugerencias de un pequeño grupo de Estados que solicitaban que el financiamiento por terceros se prohibiera completamente. Este grupo argumentaba que promueve las demandas frívolas y no es apto para la resolución de disputas que involucran a los Estados. El segundo grupo de comentarios por el CIADI consistía en sugerencias sobre la revelación de la información concerniente al financiamiento por terceros, en casos individuales.

---

<sup>325</sup>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Documento de Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI*, Volumen 3 de la Secretaría del CIADI, 2 de agosto de 2018, p. 130.



Según el criterio del documento de trabajo, no se pretende, bajo las enmiendas a las reglas CIADI, prohibir el financiamiento por terceros del todo. Según este documento:

“el financiamiento por terceros no implica, en sí mismo, una demanda frívola, y hay aquellos que argumentan que el financiamiento por terceros facilita más bien la interposición de demandas o defensas con mérito, incluyendo aquellas que sin el financiamiento no podrían ser interpuestas por la impecuniosidad de la parte”.<sup>326</sup>  
(Traducción libre)

En ese sentido, el documento reconoce una de las ventajas principales del financiamiento por terceros, en el que la posibilidad de que las partes sin recursos suficientes puedan acudir a la justicia arbitral. Asimismo, apuntó que esa crítica carece de sustento ya que las Reglas CIADI cuentan con mecanismos efectivos para enfrentar las demandas frívolas como, por ejemplo, el monitoreo de una falta manifiesta de jurisdicción antes de que se registre la solicitud, la moción para el desistimiento de la solicitud por falta manifiesta de sustento, entre otros.

Asimismo, el documento de trabajo reconoció que el financiamiento por terceros es disponible en varios de los Estados miembros. De igual manera, apunta a que los Estados que han tratado el financiamiento por terceros en sus instrumentos de inversión no han buscado prohibirlo, sino más bien, divulgarlo. Por ende, “la prohibición total del financiamiento por terceros sigue siendo una cuestión de regulación individual para los Estados en sus instrumentos de inversión y no para las Reglas CIADI”. Estas líneas recalcan el aval del CIADI hacia la regulación del financiamiento por terceros y que incluya las obligaciones de revelación.

Con respecto al segundo grupo de comentarios, el documento de trabajo señala que muchos Estados y organizaciones han propuesto la obligación de divulgación del financiamiento por terceros, para evitar conflictos no conocidos entre el financiador y el árbitro. Así, esta obligación de divulgación fue incluida dentro de la Regla Propuesta Número 21, tal y como se analizó supra, es la adecuada en ese sentido.

Asimismo, es importante señalar que dentro de la Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI, también se introduce una enmienda a las Reglas de Conciliación. Al respecto, su Artículo 13 sigue exactamente la misma redacción de la Regla Número 21 de la propuesta a

---

<sup>326</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Documento de Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI*, Volumen 3 de la Secretaría del CIADI, 2 de agosto de 2018, p. 130.



las Reglas CIADI. De esta forma, la obligación de revelación también aplicaría en los procesos de conciliación.

La propuesta de enmienda a las Reglas CIADI antecede otros instrumentos legales del arbitraje de inversión que ya han regulado el financiamiento por terceros. Un ejemplo corresponde a las Reglas de Arbitraje de Inversión del SIAC del 1 de enero de 2017. El Artículo 24(1) de las Reglas de Arbitraje de Inversión SIAC se titula “Poder Adicionales del Tribunal” e indica que:

“Salvo acuerdo en contrario por las partes, de manera adicional a los otros poderes establecidos en estas Reglas, y salvo alguna prohibición establecida en las reglas mandatorias de la ley aplicable al arbitraje, el Tribunal tendrá el poder de: (...) (i) ordenar la divulgación de la existencia del acuerdo de financiamiento por terceros de una parte y/o la identidad del tercer financiador o, cuando sea aplicable, los detalles del interés del tercer financiador en el resultado del proceso, y/o si el tercer financiador se ha comprometido a asumir un seguro de costas adversas (“adverse costs liability”).  
(Traducción libre)

Este artículo es diferente a la Propuesta de las Reglas CIADI y al de las Reglas HKIAC en el sentido que establece nuevos elementos que la parte debe de revelar al Tribunal arbitral en cuanto al financiamiento por terceros. Además de revelar la existencia del acuerdo de financiamiento y la identidad del tercer financiador, el Tribunal arbitral tiene el poder de ordenar la revelación de los intereses del tercer financiador dentro del proceso y si este cuenta con un seguro de costas adversas, cuando sea posible y salvo acuerdo contrario de las partes. Este artículo, por lo tanto, amplía los poderes del Tribunal arbitral que tiene la potestad de conocer sobre más elementos del acuerdo de financiamiento.

Es importante señalar que nunca se le da la potestad al Tribunal arbitral de ordenar la revelación del acuerdo de financiamiento completo, pero únicamente de conocer de ciertos elementos sobre este.

Con respecto al poder del Tribunal arbitral para conocer “si el tercer financiador se ha comprometido a asumir un seguro de costas adversas”, es importante señalar que el artículo 33(1) de las Reglas de Arbitraje de Inversión del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur también señala que: “El Tribunal puede tomar en consideración cualquier acuerdo de financiamiento por terceros a la hora de distribuir los costos del arbitraje”. Asimismo, el



Artículo 35 de las mismas reglas señala que “El Tribunal puede tomar en consideración, a la hora de dictar el laudo, cualquier acuerdo de financiamiento por terceros y ordenar que todas o una parte de las costas legales de una parte sean pagadas por otra parte”. Este aspecto, sobre las costas del proceso y el financiamiento por terceros, se analizará a profundidad en el Capítulo III de este trabajo cuando se analice la relación entre el financiamiento por terceros y la posibilidad de otorgar una *cautio judicatum solvi* dentro del proceso arbitral.

Similarmente, las Reglas de Arbitraje de Inversión del Consejo para la Promoción del Comercio Internacional de China/Cámara de Comercio Internacional de China (“CIETAC”), del 12 de setiembre de 2017 y vigentes desde el 1 de octubre de 2017, regulan en el Artículo 27 el financiamiento por terceros. El artículo primero del Artículo 27 señala que por financiamiento por terceros se entiende:

“aquella situación en donde una persona física o jurídica que no es parte de la disputa le otorga fondos a una parte del arbitraje para cubrir todos o una parte de sus costos procesales, por medio de un acuerdo mediante el cual la parte acepta el financiamiento”.

Esta definición es amplia, general y adecuada a mi criterio. Asimismo, el Artículo 27(2) de las Reglas de Arbitraje de Inversión del CIETAC indica que:

“Tan pronto el acuerdo de financiamiento por terceros haya sido realizado, la parte aceptante del financiamiento deberá de notificar por escrito, sin demora, a la otra parte o a las otras partes, al Tribunal arbitral, y al IDSC o al CIETAC Centro de Arbitraje de Hong Kong que administre el caso, de la existencia y naturaleza del acuerdo de financiamiento por terceros, el nombre y la dirección del tercer financiador. El Tribunal arbitral tendrá el poder de ordenarle a la parte aceptante del financiamiento la divulgación de cualquier información relacionada con el acuerdo de financiamiento por terceros”.

Esta norma es más amplia que los artículos analizados previamente y le da más poderes al Tribunal arbitral en el sentido de que otorga el poder de ordenarle a la parte aceptante del financiamiento, la revelación de cualquier información relacionada con el acuerdo de financiamiento. Las normas analizadas previamente, se limitaban a darle el poder al Tribunal arbitral de ordenar la revelación de si una parte gozaba de financiamiento y en caso de gozar de financiamiento, indicar la identidad del tercer financiador. El Artículo 27(2) de las Reglas de Arbitraje de Inversión del CIETAC no se limita a esos dos aspectos y señala que podrá



requerir “cualquier información” relacionada al contrato de financiamiento. Aunque la norma no indique que deberá entregarse el acuerdo de financiamiento como tal, el Tribunal arbitral sí tiene la potestad bajo estas reglas de conocer casi todas sus disposiciones. Habrá que ver en la práctica la discreción con la que los Tribunales arbitrales utilicen su poder y qué tanto respeten las disposiciones confidenciales que se encuentran en estos acuerdos. No obstante, es positivo que no se restrinja el poder de los Tribunales arbitrales en ese sentido ya que puede tener interés de conocer otros detalles del acuerdo de financiamiento, según se verá en el Capítulo III.

Es interesante señalar que el Reglamento de Arbitraje del CIETAC del 4 de noviembre de 2014 y vigente desde el 1 de enero de 2015 no regula expresamente el tema del financiamiento por terceros como sí lo hacen las Reglas de Arbitraje de Inversión de este centro. Ello se puede deber al tiempo en el que estas reglas fueron promulgadas y el crecimiento exponencial del financiamiento por terceros en los últimos años.

En conclusión, las nuevas reglas de arbitraje de inversión también han tomado un rol activo a la hora de regular el financiamiento por terceros y es probable que las nuevas del CIADI incluyan las disposiciones comentadas a lo largo de esta sección.

### **B. Proceso del *due diligence***

El tercer financiador, antes de firmar el acuerdo de financiamiento con una parte, exige la realización de un proceso de *due diligence* con respecto a la demanda que iría a financiar. Este es un proceso que conlleva la realización de una serie de tareas tendientes a descubrir las características y cualidades esenciales y no esenciales de un activo. Al respecto, se ha señalado que:

“el origen de este término proviene de la idea de la necesidad de realizar un proceso con la debida diligencia, para garantizar la prudencia con la que un empresario debe decidir si lleva a cabo o no una operación”.<sup>327</sup>

Este proceso es complejo y sofisticado puesto que requiere de habilidades muy especiales sobre las cuales se basan las decisiones empresariales delicadas y demanda una gran

---

<sup>327</sup>Claudia. Roca, “El *due diligence* en las fusiones, adquisiciones un ejercicio imprescindible,” *Diario Gaceta Judicial*, (Noviembre, 2010): 1.





cantidad de investigaciones sobre el activo analizado.<sup>328</sup> En el caso del acuerdo de financiamiento, el activo bajo análisis es la demanda arbitral que se pretende financiar. Por ende, en el *due diligence*, el potencial tercer financiador analiza exhaustivamente el potencial caso que se va a financiar. Dentro de este proceso, los asesores legales de las empresas financiadoras analizan, entre otros detalles: los fundamentos legales y económicos de la demanda, los posibles costos y gastos del procedimiento, la solvencia del demandado, la viabilidad y plazos de ejecución del laudo y la solvencia profesional del equipo jurídico asesor del cliente.<sup>329</sup> De igual manera, se valora el monto solicitado de financiamiento y el entorno jurídico (“legal landscape”).<sup>330</sup>

Asimismo, la parte solicitante del financiamiento debe ser:

“sumamente transparente y explícita en cuanto a la información y documentación que facilita al inversor, dado que, en caso contrario, podría enfrentarse a la resolución, o declaración de ineficacia, del acuerdo de financiación, por haber inducido al inversor a prestar financiación con fundamento en una información errónea”.<sup>331</sup>

Si después de este proceso, el financiador queda satisfecho y cuenta con el aval de su comité u órgano director, el financiador le va a proponer una oferta a la parte sobre un acuerdo de financiamiento condicional.

### C. Buenas prácticas sobre el acuerdo de financiamiento por terceros

Una buena práctica es un acuerdo de financiamiento, transparente y por escrito, que regule de manera clara las condiciones del financiamiento otorgado. Asimismo, este debe prever cualquier conflicto con potenciales regulaciones o intereses entre las partes del acuerdo. Una serie de instituciones han publicado lineamientos diferentes sobre lo que consideran como buenas prácticas en los acuerdos de financiamiento por terceros. A continuación, se analizarán algunas de estas buenas prácticas.

---

<sup>328</sup> Mathur, Charu. *India: Legal Due Diligence*. (Nueva Delhi, India: Mondaq, 2002), p.6, <http://www.mondaq.com/india/x/17241/Operational+Performance+Management/Legal+Due+Diligence>.

<sup>329</sup> Matthew Amey, *Third party litigation funding in England and Wales: an overview*, (Toronto, Canadá: Thomson Reuters Practical Law Company, 2013), p.7-8.

<sup>330</sup> Al respecto ver Mick Smith, “Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder’s Perspective” en *Third-Party Funding in International Arbitration*, (La Haya, Países Bajos: Kluwer 2017), p.34-38.

<sup>331</sup> Carmen Alonso Cánovas, “Third Party Funding: La financiación institucional de litigios y arbitrajes,” *Revista del Club Español de Arbitraje*, No. 26, (2016): 17.



Una de las primeras instituciones en tratar el tema fue la Asociación de Financiadores de Litigios de Inglaterra y Gales (“Association Litigation Funders of England & Wales”) que publicó en noviembre de 2014 un Código de Conducta (“Code of Conduct”) para los financiadores de litigios. El Código de Conducta establece una serie de estándares prácticos que deben ser seguidos por los financiadores miembros de la Asociación. El Artículo 10 del Código de Conducta señala que el acuerdo de financiamiento debe señalar si el financiador o la subsidiaria/entidad afiliada es responsable frente a la parte financiada de:

- “(10.1) satisfacer cualquier responsabilidad frente a las costas adversas;
- (10.2) pagar una prima (incluido el impuesto de la prima del seguro) para obtener los costos del seguro;
- (10.3) garantizar una caución en costas (*cautio judicatum solvi*); y
- (10.4) satisfacer cualquier otra responsabilidad financiera” (Traducción libre).

Estos aspectos sí constituyen, en mi criterio, una práctica sumamente importante en los acuerdos de financiamiento y los motivos serán analizados más adelante en el Capítulo III. Paralelamente, el Artículo 11 del Código de Conducta antes citado, también señala que el acuerdo de financiamiento debe indicar si el financiador o la subsidiaria/entidad afiliada puede, y en caso afirmativo:

- “(11.1) aportar en las decisiones de la entidad financiada con respecto a acuerdos;
- (11.2) terminar el acuerdo de financiamiento en caso de que el financiador o la subsidiaria/entidad afiliada:
  - (11.2.1) cesa de estar razonablemente satisfecho con la parte sustantiva de la disputa;
  - (11.2.2) cree razonablemente que la disputa ya no es comercialmente viable; o
  - (11.2.3) cree razonablemente que la parte financiada incumplió materialmente el acuerdo de financiamiento” (Traducción libre).

Asimismo, el Artículo 12 del Código de Conducta delimita el derecho del financiador o la subsidiaria/entidad afiliada para terminar el acuerdo de financiamiento, únicamente según las circunstancias indicadas en el Artículo 11.2 citado anteriormente.



Comparto que delimitar las causales por las cuales el tercer financiador puede terminar el acuerdo de financiamiento es una buena práctica; sin embargo, los Artículos 11.2.1 y 11.2.2 me parecen sumamente abiertos, dado que no se establecen parámetros para delimitar ¿cuándo es razonable que un financiador deje de estar satisfecho con la parte sustantiva de la disputa? y ¿cuándo es razonable que la disputa deje de ser comercialmente viable? Asimismo, ¿qué sucede con el proceso y con la parte financiada cuándo la última deja de recibir financiamiento? En mi criterio, bajo estas causales, el tercer financiador tiene un margen de libertad bastante amplio para terminar el acuerdo de financiamiento, pero dependerá de la interpretación que se le dé al término “razonable”. Asimismo, la parte financiada puede delimitar estos motivos y reducir el margen de libertad del tercer financiador para terminar el acuerdo y evitar la situación mediante la cual quede sin financiamiento a lo largo del proceso arbitral. El tema de las costas será analizado en el Capítulo III de esta investigación.

El ICCA-Queen Mary TPF Task Force trata también el tema de las buenas prácticas en los acuerdos de financiamiento en el Capítulo VI. Este capítulo ofrece una guía junto una lista de preguntas y asuntos que las partes financiadas y los terceros financiadores deben tomar en consideración antes de firmar un acuerdo de financiamiento. La lista se divide en cuatro secciones. La primera tiene que ver con la estructura legal y financiera del tercer financiador,<sup>332</sup> la segunda se relaciona con las obligaciones específicas de cada parte, la tercera con la responsabilidad profesional del tercer financiador y la última se relaciona con el acuerdo de financiamiento como tal. Con respecto al último punto el ICCA-Queen Mary TPF Task Force recomienda que en el acuerdo de financiamiento quede clara una serie de preguntas. A continuación, estas se analizarán a la luz de lo establecido en el ICCA-Queen Mary TPF Task Force:

- a. ¿Quiénes son las partes en el acuerdo de financiamiento?

En este caso, las partes del acuerdo serían: la financiada, la del arbitraje y el tercer financiador o su subsidiaria o afiliada.

---

<sup>332</sup> Al respecto, el *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, recomienda preguntarse si: el financiador está regulado o sujeto a cumplir con ciertos lineamientos vinculantes o facultativos, si el financiador se encuentra sujeto al control de una entidad reguladora, si el financiador es una sociedad de responsabilidad limitada y los datos de esta sociedad, si es un fondo de inversión adonde está establecido y por quién está regulado, si el financiador tomó algunos pasos para asegurarse que no hay potenciales conflictos de interés con sus accionistas y los árbitros o la contraparte, la manera en la que el financiador obtiene fondos para financiar el caso y si los fondos se encuentran en cuentas separadas y si el financiador se encuentra bajo la supervisión de alguna auditoría externa de manera frecuente, entre otras preguntas.



- b. ¿Se ha firmado un acuerdo separado de confidencialidad y el acuerdo de financiamiento trata los aspectos relacionados con la confidencialidad?

Es importante que haya claridad sobre los aspectos relacionados con la confidencialidad del acuerdo de financiamiento. Por ende, una buena práctica según el ICCA-Queen Mary TPF Task Force es que las partes firmen un acuerdo de confidencialidad, antes de entrar en cualquier discusión sobre el financiamiento, para protegerse en contra de una orden de revelación de información comercialmente delicada. Al respecto, el ICCA-Queen Mary TPF Task Force incluye una serie de principios con respecto al privilegio y el secreto profesional. Entre ellos, el Principio B.1 aclara que “la existencia del financiamiento y la identidad del tercer financiador no son sujetos a ningún privilegio legal”.<sup>333</sup> Por ende, el Tribunal arbitral sí tiene la potestad de ordenar la divulgación de este tipo de información y las partes no pueden negarse a revelarla, ya que no está sujeta a ningún privilegio legal.

Por su parte, el Principio B. 2 indica que las disposiciones específicas de un acuerdo de financiamiento pueden estar cubiertas por obligaciones de confidencialidad entre las partes e incluir información que está sujeta a un privilegio legal; consecuentemente, la divulgación de estas disposiciones únicamente debe ser ordenada en circunstancias excepcionales. Este principio es razonable y las órdenes de divulgación del Tribunal arbitral deben limitarse únicamente a la información que el Tribunal desea conocer como aspectos relacionados con las costas del proceso y los posibles conflictos de interés que puede haber entre los árbitros y el tercer financiador. Asimismo, el Principio B.4 aclara que, si se revela el acuerdo de financiamiento u alguna información relacionada con el tercer financiador, el Tribunal debe permitir una redacción adecuada o tomar medidas y limitar los propósitos para los cuales esa información pueda ser utilizada.

El ICCA-Queen Mary TPF Task Force recomienda una serie de prácticas sobre este tema. Entre ellas, señala que los Tribunales arbitrales deben tratarla como privilegiada y no ordenar la revelación de: (1) información que esté cubierta bajo algún privilegio bajo alguna ley nacional o algún estándar de arbitraje internacional e (2) información que le haya sido entregada al financiador por una parte o su abogado con el propósito de obtener financiamiento durante la pendencia del Tribunal arbitral. Asimismo, la Buena Práctica 4 indica que el Tribunal arbitral debe ejercer con cautela su poder para ordenar la revelación de información que le haya

---

<sup>333</sup>(Traducción libre). International Council for Commercial Arbitration, p.189. *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*,



sido entregada a un financiador y limitar los propósitos para los cuales esta información puede ser utilizada.

- c. Si el acuerdo de financiamiento establece de manera previa un presupuesto para el proceso, ¿también establece una solución en caso de que se exceda el presupuesto?

Este aspecto también resulta de importancia, puesto que un proceso arbitral puede postergarse por diversas razones. Por ende, los costos presupuestados pueden incrementar y es importante definir desde un principio quién va a cargar con esos costos y de qué manera.

- d. ¿Regula el acuerdo de financiamiento condiciones específicas sobre el grado de control que el financiador puede tener sobre la estrategia del caso?

Esto es sumamente importante regularlo puesto que futuros conflictos entre las partes del acuerdo de financiamiento pueden surgir con respecto a la estrategia bajo la cual se lleva a cabo el arbitraje. Por ejemplo, ¿qué sucede si la parte demandada ofrece una suma para una conciliación que la parte financiada considera razonable, pero no el tercer financiador? Es recomendable discutir estos aspectos de manera previa para evitar futuros conflictos. Como se mencionó anteriormente, lo más recomendable es que el financiador no tenga mucha influencia dentro de la estrategia del caso, sobre todo en el tema del nombramiento del árbitro, para evitar futuros conflictos de interés. Asimismo, se ha señalado que, si el tercer financiador termina teniendo un grado alto de control sobre el caso, la parte financiada termina respondiendo a los intereses del financiador que puede buscar ahorrar costas a lo largo del proceso.<sup>334</sup> En todo caso, lo importante es que haya reglas claras al respecto y la parte financiada entienda quién va a tomar las decisiones finales sobre la estrategia del arbitraje en el día a día.

- e. ¿Contempla el acuerdo de financiamiento las situaciones en las que puede haber un desacuerdo entre las partes con respecto a la estrategia implementada o perseguida? Específicamente, ¿contempla la resolución de controversias entre el tercer financiador y la parte financiada con respecto a las propuestas de arreglo?

---

<sup>334</sup> Elizabeth Chan, "Proposed Guidelines for the Disclosure of Third-Party Funding Arrangements in International Arbitration", *American Review of International Arbitration* 26, No. 2, (2015): 308.



Este aspecto se refiere a una cláusula en la que las partes señalen su voluntad con respecto al foro para la resolución de disputas.

- f. ¿Cuál va a ser la remuneración del financiador y cómo va a ser calculada?

Este punto se refiere al porcentaje de la retribución económica del financiador sobre el monto total otorgado a la parte financiada en el laudo. Este porcentaje que va a variar según las negociaciones entre las partes y los aportes con los que el tercer financiador haya contribuido durante el caso. Como se indicó anteriormente y dependiendo de las circunstancias de cada caso, la retribución económica del tercer financiador usualmente oscila alrededor de 30% del monto otorgado en el laudo. Asimismo, también es importante que el orden de prelación sobre los pagos quede previamente establecido.

- g. ¿Incluye el acuerdo de financiamiento disposiciones con respecto a un laudo en costas adversas en contra de la parte financiada?

Este aspecto es fundamental y será discutido en el Capítulo III.

- h. ¿Incluye el acuerdo de financiamiento disposiciones con respecto a quién va a cargar con las costas de la ejecución del laudo?

Así como el punto c, es importante regular de manera previa asuntos accesorios como las costas de la ejecución del laudo. Con respecto a las obligaciones específicas del financiador frente a la parte, el ICCA-Queen Mary TPF Task Force también recomienda a las partes estipular en el acuerdo de financiamiento, el momento procesal hasta el cual el financiador va a sufragar los costos del proceso, si hay un presupuesto selectivo, los costos que no se encuentran incluidos y los que sí y si el financiamiento se extiende para la anulación del proceso.<sup>335</sup>

- i. ¿Contempla el acuerdo de financiamiento las condiciones bajo las cuales el acuerdo puede ser terminado?

La claridad con respecto a este punto es fundamental. De lo contrario, el tercer financiador podría tener un gran margen de libertad para terminar el acuerdo de financiamiento.

---

<sup>335</sup>International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.196-197.



Según el ICCA-Queen Mary TPF Task Force, las partes deben señalar: cuándo se puede terminar el acuerdo de financiamiento, bajo cuáles motivos, el impacto que la terminación del acuerdo va a tener sobre el financiamiento ya otorgado, cualquier futuro financiamiento y en caso de ser aplicable, los reembolsos que se le deben de hacer al tercer financiador. Asimismo, se debe regular el tema sobre si se le debe de dar un aviso previo por escrito a la contraparte antes de terminar el acuerdo y si hay un tiempo límite para dar por terminado el acuerdo de financiamiento.<sup>336</sup>

j. ¿Tiene el acuerdo de financiamiento disposiciones para su modificación?

Como todo contrato, es importante prever eventuales modificaciones.

k. ¿Contempla el acuerdo de financiamiento un mecanismo en caso de que las disputas entre las partes no puedan ser resueltas de manera amigable? (Traducción libre)”<sup>337</sup>

Un proceso de conciliación o mediación, en estos casos, puede ser una alternativa viable.

Asimismo, la firma internacional Baker & McKenzie también publicó, por su lado, una serie de recomendaciones prácticas para los litigantes que busquen acudir al financiamiento por terceros. Dentro de estas recomendaciones, a los litigantes se les aconseja:

“(i) asegurarse de la solvencia y capitalización de la empresa inversora, de modo que esta pueda llegar a cumplir con todas las obligaciones asumidas en el acuerdo de financiación”.<sup>338</sup>

Esta recomendación es sumamente importante, puesto que, de lo contrario, los actores no podrían continuar con el caso. Asimismo, la recomendación alude a uno de los temores más grandes con respecto al financiamiento por terceros, que el tercer financiador desaparezca a medio proceso o al final y la parte financiada no tenga cómo pagar las costas del proceso. Este

<sup>336</sup>International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.192.

<sup>337</sup>International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.196-197.

<sup>338</sup>Jeremy Winter y Steve Abraham, *Third Party Funding in International Arbitration*, (Chicago, Estados Unidos: Baker & McKenzie LLP, 2013), citado y traducido por Carmen Alonso Cánovas, “Third Party Funding: La financiación institucional de litigios y arbitrajes,” *Revista del Club Español de Arbitraje*, No. 26, (2016): 36.





asunto se analizará a profundidad en el Capítulo III. Asimismo, el tema de la falta de liquidez del tercer financiador es de relevancia para el Tribunal arbitral que pretende asegurarse que las partes puedan hacerse cargo de las costas del proceso. Asimismo, con respecto a las recomendaciones de Baker & McKenzie se señala:

“(ii) revisar cuidadosamente la redacción del acuerdo de financiación, con especial atención a las cuestiones potencialmente problemáticas, tales como: la limitación de la injerencia o competencias que cabe atribuir al inversor en el día a día del pleito (fundamentalmente, en caso de adopción de un acuerdo transaccional), la independencia y deberes fiduciarios del abogado respecto al cliente, la cláusula de resolución de disputas y la ley aplicable, la responsabilidad del financiador en caso de una condena en costas, así como por costes de ejecución, y, por último, la preferencia y prelación de pagos en caso de una sentencia estimatoria (confirmando que el inversor no pueda percibir ningún importe antes de que lo haga el cliente)”.

Todos estos aspectos constituyen elementos importantes dentro del contrato de financiamiento. Con respecto a la injerencia que cabe atribuir al inversor en el día a día del pleito, también es importante delimitar el margen de acción del tercer financiador dentro del nombramiento de los árbitros. Como se señaló en la sección anterior, entre menor sea la injerencia del tercer financiador dentro del proceso del nombramiento del árbitro, menores serán las dudas con respecto a la imparcialidad e independencia del árbitro en conexión a su relación con el tercer financiador. Asimismo, el tema de la responsabilidad del financiador en caso de una condena en costas es un aspecto medular para efectos de la regulación del financiamiento por terceros y las buenas prácticas dentro del arbitraje internacional. Este tema; sin embargo, será detallado a profundidad en el Capítulo III.

Es interesante el caso de *Harcus Sinclair vs. Buttonwood Legal Capital Limited*<sup>339</sup> en el que la Corte Superior de Inglaterra determinó que, según el acuerdo de financiamiento suscrito entre las partes, la empresa financiadora del arbitraje (*Buttonwood Legal Capital Limited*) estaba facultada a terminar el acuerdo de financiamiento si, según su “opinión razonable”, la probabilidad de éxito de la parte financiada en el caso era menor a 60%. En ese sentido, la Corte Superior indicó que la parte solicitante del financiamiento y sus abogados deben ser sumamente cuidadosos a la hora de analizar y redactar los términos del acuerdo de

---

<sup>339</sup>High Court of Justice of England and Wales, Queen’s Bench Division, *Harcus Sinclair v Buttonwood Legal Capital Limited and others*, 2013, caso no. EWHC 1193.



financiamiento. En ese caso, el tercer financiador no era parte del “Association of Litigation Funders of Anegland and Wales” y por lo tanto, no estaba sujeta a los lineamientos de esa asociación que señalan expresamente los casos bajos los cuales se puede terminar un acuerdo de financiamiento. Por ende, el acuerdo de financiación debe ser revisado con gran diligencia y se le debe prestar atención a las facultades que el tercer financiador se reserva.

Paralelamente, las recomendaciones de Baker & McKenzie señalan:

“(iv) incluir una obligación de confidencialidad directamente exigible al financiador, en relación con toda la información facilitada con ocasión del procedimiento de *due diligence* previo a la firma del contrato de financiación, (v) determinar si rige un deber de revelación del acuerdo de financiación en la jurisdicción competente, y, por último (vi) descartar previamente la viabilidad de acceder a otros medios alternativos de financiación que expongan al cliente a menos riesgos”.

Con respecto al tema de la confidencialidad, es importante que el financiador firme el acuerdo de confidencialidad a la hora de realizar el *due diligence* y conocer sobre la información relacionada con el arbitraje confidencial. Asimismo, es interesante el punto v) sobre determinar si rige un deber de revelación del acuerdo de financiamiento en la jurisdicción competente, puesto que la parte, bajo algunas reglas según lo analizado, tiene el deber de revelar algunos aspectos del acuerdo de financiamiento.

En mi criterio, las regulaciones futuras deben intervenir con cautela a la hora de reglamentar estas buenas prácticas, ya que pueden caer en un normativismo excesivo que intervenga en la esfera de la autonomía de la voluntad de las partes que tienen la libertad contractual de estipular las disposiciones legales que estimen convenientes, según el consejo de sus asesores legales.<sup>340</sup>

### III. Conclusiones del Capítulo II

Vale la pena, para concluir el Capítulo II sobre el financiamiento por terceros, resaltar nuevamente que la figura del tercer financiador ya no es extraña en un proceso de arbitraje internacional comercial o de inversión. La versión moderna del financiamiento por terceros tiene la habilidad de transformar una demanda en un activo con un valor financiero, que puede

---

<sup>340</sup>International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.186.



ser monetizado o utilizado como una garantía para asegurar un préstamo<sup>341</sup>. Asimismo, esta figura facilita el acceso a la justicia y es una alternativa interesante para las empresas medianas que no desean gastar sus fondos limitados en costas legales. Sin embargo, a pesar de sus virtudes, el financiamiento por terceros no debe desarrollarse en una “tierra de nadie”, sino que deben implementarse reglas claras que delimiten su marco de participación. Es sumamente importante que los centros arbitrales a lo largo del mundo adopten normas dentro de sus reglamentos que señalen el deber de la parte de revelar si gozan de financiamiento externo y la identidad del tercer financiador, con el fin de despejar posibles conflictos de interés. De igual manera, las partes que firman el acuerdo de financiamiento deben procurar prever los posibles conflictos que puedan surgir en el futuro e incorporar cláusulas que regulen aspectos como la confidencialidad, distribución de costas, riesgos y grado de intervención del tercer financiador dentro del proceso. Por ende, el financiamiento por terceros es una gran alternativa que debe desarrollarse en el mundo del arbitraje con reglas claras y buenas prácticas.

---

<sup>341</sup>International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.37.



### **CAPÍTULO III. EL ROL DEL TERCERO FINANCIADOR ANTE LA SOLICITUD DE UNA CAUTIO JUDICATUM SOLVI**

En el Capítulo I de esta investigación se determinó que los tribunales arbitrales tienen un poder implícito para otorgar una *cautio judicatum solvi*, que deriva del poder explícito para otorgar medidas cautelares.<sup>342</sup> Sin embargo, se estableció que esta medida cautelar es excepcional porque puede suspender el arbitraje, en caso de que la parte actora no pueda otorgar la caución. En el Capítulo II, por su parte, se estableció que el financiamiento por terceros ha venido creciendo exponencialmente en los últimos años y en el proceso arbitral deben establecerse reglas claras sobre el tercero financiador. Dicho lo anterior, a lo largo de este capítulo, se analiza la siguiente situación:<sup>343</sup> si la parte actora goza de financiamiento por un tercero para sufragar las costas del arbitraje y la parte demandada solicita una *cautio judicatum solvi* en contra de la parte actora financiada, ¿cuánta importancia debe darle el tribunal arbitral al hecho que la parte actora esté siendo financiada dentro de su otorgamiento? En otras palabras, ¿constituye o no el financiamiento por terceros una circunstancia excepcional como para otorgar una *cautio judicatum solvi*? Seguidamente se analizará la posición a favor de otorgar esta caución cuando haya presencia de un tercero financiador (1); la postura en contra del otorgamiento de la *cautio judcatum solvi* cuando hay un tercero financiador (2). y, por último, las consideraciones prácticas que debe valorar el tribunal arbitral ante esta situación (3).

#### **I. Sección 1: postura a favor del otorgamiento de la cautio judicatum solvi cuando hay presencia de un tercero financiador**

En un caso CCI del 2012<sup>344</sup>, la parte actora, por error, le envió a su contraparte demandada el acuerdo de financiamiento por terceros. Inmediatamente, la parte demandada solicitó una *cautio judicatum solvi* en contra de la parte actora puesto que el contrato de financiamiento excluía la cobertura de los costos adversos derivados del arbitraje. Al valorar

---

<sup>342</sup> Este poder explícito para otorgar medidas cautelares usualmente se encuentra dentro de las normas de la *lex arbitri*. Ver, por ejemplo, el Artículo 17 la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, (1985), [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf).

<sup>343</sup> La situación analizada en este Capítulo III es sumamente específica y no hay tanta doctrina y jurisprudencia sobre el tema concreto hasta la fecha, en comparación con los primeros dos capítulos.

<sup>344</sup> Philippe Pinsolle, "Le Financement de l'Arbitrage par les Tiers," *Revue de l'arbitrage* 2, (2011): 399, citando el *Caso X v. Y y Z*, "Orden Procesal," 3 de agosto de 2012.



la solicitud, el tribunal arbitral estimó que el tercero financiador esperaba obtener ganancias significativas con pocos riesgos y dejaba a la demandada en una situación de desventaja al no poder recuperar los costos del arbitraje en caso de ganar el arbitraje. Por estos motivos, el tribunal arbitral ordenó la *cautio judicatum solvi*.

Los partidarios que abogan por otorgar la *cautio judicatum solvi* en estas circunstancias se enfocan en la siguiente situación: ¿qué sucede si la parte que goza de financiamiento, y carecía de bienes en un principio, pierde el arbitraje? ¿Va a hacerse el tercero financiador responsable frente al laudo condenatorio en costas en contra de la parte a la que financió durante el arbitraje? En la mayoría de los casos, salvo que hubiera una estipulación previendo esta situación en el acuerdo de financiamiento, el tercero financiador no debe hacerse cargo frente al laudo condenatorio en costas. Por ende, la parte vencedora del arbitraje no podrá ejecutar el laudo en costas cuando A) la parte vencida que inició el arbitraje no tiene bienes suficientes y B) el tribunal arbitral estime que no tiene jurisdicción sobre el tercero financiador, lo cual, es muy probable. Esta situación se conoce como el “*hit and run arbitration*” o el arbitraje en el cual una parte lo inicia, pero se marcha, junto con su financiador, cuando resulta condenada por el laudo condenatorio en costas. La posibilidad de que esto suceda, es el argumento principal para otorgar la *cautio judicatum solvi*. Luego de analizar esta situación, se analizará la responsabilidad del tercero financiador frente a un laudo adverso en costas y la apariencia de buen derecho (C).

#### **A. La parte vencedora del arbitraje no podrá ejecutar el laudo condenatorio en costas cuando la parte vencida que inició el arbitraje no tiene bienes suficientes.**

En el arbitraje internacional la parte vencida usualmente resulta condenada al pago de las costas mediante un laudo adverso en costas.<sup>345</sup> En este contexto, es menester mencionar que los tribunales arbitrales dictan laudos para que sean cumplidos y ejecutados de manera efectiva por las partes. Estos laudos tienen efecto de *res judicata* y salvo que se declare su anulación,

---

<sup>345</sup>En ese sentido, ver el Artículo 40(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, (1985), [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf); el Artículo 38(5) de las Reglas de Arbitraje de la CCI (2017); el Artículo 28(3) de las Reglas de arbitraje LCIA (2014), entre otras. Asimismo, con respecto a la legislación nacional arbitral, ver la Sección 61 del English Arbitration Act de Inglaterra, de 1996, la Sección 74(2) del de la ordenanza arbitral de Hong Kong, del 31 de mayo del 2011; el Artículo 37 de la Ley 60/2003 de España, del 26 de diciembre del 2003, el artículo 27 de la ley 13129 de Brasil, del 1 de enero de 1965. Asimismo, ver Capítulo I y la aplicación del principio “*cost follow the event*” en el Artículo 61(2) de las Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI, (1967), también trata sobre las costas y le brinda una amplia discreción al tribunal arbitral.



deberán ser cumplidos de manera obligatoria por las partes. En ese sentido, el árbitro decide la disputa por el *iudicium* que ostenta, pero el juez ejecuta el laudo por el *imperium* que se le delega. En la etapa de ejecución, si el laudo no es cumplido voluntariamente por la parte vencida, la autoridad judicial será la competente para obligar a la parte vencida a cumplir el laudo.

Sin embargo, esto no siempre sucede de tal manera. Las empresas no siempre tienen la liquidez suficiente para sufragar el costo que implica un proceso de arbitraje internacional. Esta falta de liquidez puede estar asociada con una situación financiera inestable en la cual la empresa no tiene suficientes activos, no puede responder frente a sus deudas con otros acreedores y/o se encuentra en un proceso de quiebra. El financiamiento por terceros es una alternativa para que empresas en situación de falta de liquidez puedan interponer demandas arbitrales. Terceros financiadores como BenthamINF ofrecen, como una gran ventaja, una financiación sin recurso: si la parte financiada pierde el caso no le deben de retribuir los fondos al tercero financiador.<sup>346</sup> Sin embargo, si la empresa financiada no tiene bienes, e inicia el arbitraje por medio del tercero financiador y resulta condenada en costas; a pesar de no deber nada al tercero financiador, es muy poco probable que sea capaz de cumplir con el laudo condenatorio en costas.

Una solución para este problema es el otorgamiento de la medida cautelar excepcional de la *cautio judicatum solvi* en la que se ordena a la parte actora (usualmente) que brinde una caución, si hay dudas sobre su capacidad de pago, en el evento de que pierda el arbitraje. Los partidarios de esta postura argumentan entonces que, si no se otorga esta caución, se deja a la demandada en una situación de desventaja al no poder recuperar los costos procesales en caso de ganar el arbitraje.<sup>347</sup>

## **B. El tribunal arbitral usualmente no tiene jurisdicción sobre el tercero financiador**

En el supuesto de la falta de bienes de la parte financiada para hacerle frente al laudo adverso en costas, el laudo tampoco puede ejecutarse en contra del tercero financiador ni se

---

<sup>346</sup> Ver original: “our Funding is non-recourse – if you lose your case, you owe us nothing.” Por el otro lado, sin embargo, Bentham INF exige que la parte financiada tenga capacidad de pago.

<sup>347</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *RSM Production Corporation vs. Santa Lucía*, “Decisión sobre la *cautio judicatum solvi*,” 13 de agosto de 2014, Caso No. ARB 12-10.



puede añadirlo al arbitraje como un tercero no signatario durante el proceso porque éste no consintió al arbitraje.

El arbitraje, por definición, es un proceso consensual. Asimismo, el acuerdo escrito<sup>348</sup> para arbitrar es la pieza fundadora del arbitraje y el consentimiento de las partes es la base del arbitraje. La falta de consentimiento de una de las partes para arbitrar puede implicar que el tribunal arbitral decline su competencia para decidir el caso, hasta la nulidad del laudo arbitral.<sup>349</sup> En ese sentido, de manera contraria a las cortes estatales en donde cualquier parte interesada puede demandar a otra parte libremente,<sup>350</sup> en el arbitraje, el tribunal arbitral solo tiene jurisdicción sobre las partes que consintieron a arbitrar.

Normalmente, las partes manifiestan su consentimiento a arbitrar explícitamente mediante una cláusula arbitral. Sin embargo, el consentimiento de una parte puede demostrarse también implícitamente mediante conducta.<sup>351</sup> Con respecto a esta modalidad, en los últimos años, se han desarrollado una serie de teorías,<sup>352</sup> muchas veces controvertidas, que permiten extender la cláusula arbitral a un tercero no signatario en virtud de las relaciones comerciales complejas que existen en el mundo actual.<sup>353</sup> En pocas palabras, lo que buscan estas teorías en su esencia es demostrar que un tercero no signatario consintió, mediante su conducta, a ser parte del arbitraje y por lo tanto se le debe considerar como parte en el arbitraje.

Al tercero financiador no se le podría extender la cláusula arbitral por qué este no consintió a arbitrar.<sup>354</sup> El tercero financiador no tiene nada que ver con la contraparte de la parte financiada, no es parte principal del proceso arbitral y usualmente, el tercero financiador no

---

<sup>348</sup>Sobre el requisito de que el acuerdo de arbitraje sea escrito ver el Artículo 2 de la Convención de Nueva York, (1958).

<sup>349</sup>Ver nuevamente artículo 5 de la Convención de Nueva York, (1958) y el Artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, (1985), [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf), que establecen la falta de consentimiento como motivo de nulidad.

<sup>350</sup>Arbitraje Ad Hoc bajo la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, *Banque Arabe et Internationale d'Investissement v. Inter-Arab Investment Guarantee Corp*, 1994.

<sup>351</sup>Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multi Party, Multi Contract, Multi Issue, and Class Actions*, (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2006), p.8.

<sup>352</sup>Dentro de las teorías para extenderle la cláusula arbitral a terceros no signatarios, se encuentra la doctrina del grupo de empresas, el levantamiento del velo social, el contrato de agencia, la subrogación, la incorporación por referencia, la doctrina de los actos propios, entre otras.

<sup>353</sup>Sobre el tema de terceros no signatarios ver Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multi Party, Multi Contract, Multi Issue, and Class Actions*, (La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2006).

<sup>354</sup>Bertrand, Edouard, *The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding*, 29(3) *ASA Bull.*, 2011, p. 613





tiene ningún vínculo comercial o material con la parte financiada.<sup>355</sup> Cuando la parte financiada firma en un principio el contrato (junto con la cláusula arbitral) con su contraparte, las partes no esperan terminar en una disputa legal y mucho menos verse en la situación mediante la cual una de ellas necesitará de financiamiento externo para sufragar los costos del arbitraje. El tercero financiador se interesa cuando una parte del negocio le llama, pero no tiene ninguna vinculación con las partes al momento de contraer la obligación en la que se incluye la cláusula arbitral. Tampoco tiene participación alguna durante la ejecución del contrato. El tercero financiador únicamente es necesitado por una de las partes cuando surge la disputa legal y una vez que se involucra en la misma, el tercero financiador normalmente no asume una participación formal en el proceso arbitral que se desarrolla entre las dos partes y su conducta no refleja una intención a ser parte del arbitraje. El Task Force del Financiamiento por Terceros indica que:

“sería muy difícil prever una circunstancia fáctica bajo la cual un tercero financiador pueda ser traído dentro de la jurisdicción de un tribunal arbitral bajo la mayoría de las teorías de extensión a los no signatarios. Por ende, es muy poco probable que el tribunal arbitral decida tener jurisdicción sobre el tercero financiador”<sup>356</sup> (Traducción libre).

Esta perspectiva puede cambiar en el futuro. En una nota en paréntesis, el Task Force del Financiamiento por Terceros también menciona que: “uno se puede imaginar que el concepto de la cesión parcial pueda ser desarrollada”<sup>357</sup>. (Traducción libre). En una entrevista directa con José Rosell, uno de los miembros del ICCA-Queen Mary TPF Task Force, se le consultó sobre esta nota del reporte y si pudiera considerarse al tercero financiador como un no signatario. Al respecto, Rosell señaló lo siguiente:

“Sí, el tercero financiador se podría considerar como una parte en el arbitraje. Hay terceros financiadores que son activos, y hay otros que son pasivos. Algunos financiadores son tan activos que se convierten en *dominus litis*, en la parte litigante. Por consiguiente, eso crea varios problemas jurídicos. En el arbitraje de inversión si el tribunal llega a la conclusión de que hay una sustitución del acreedor, entonces el

---

<sup>355</sup> International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.161.

<sup>356</sup> (Traducción libre). International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.161.

<sup>357</sup> (Traducción libre). Ver original: “albeit one can envisage the partial assignment concept being developed”.



Tratado Bilateral de Inversión es posible que ya no se aplique porque la mayoría de esos financiadores no están establecidos en la misma jurisdicción del inversor. Eso es un riesgo debido al cambio de nacionalidad del inversor y de la propia identidad del inversor. Esta problemática es por lo tanto distinta en el arbitraje comercial y en el de inversión (...). Hay que ver qué tipo de contrato de financiación se ha firmado, qué tipo de intervención tiene el tercero financiador y que interés tiene. Eso hay que analizarlo igualmente para ver si ese montaje es legal o si hay una sustitución del mandante. Si hay una sustitución del mandante habría que analizar entonces las consecuencias bajo las leyes aplicables. Hay muchos grados de implicación y cada “Third-Party Funder” (tercero financiador) tiene su propia filosofía y a pesar de lo que se pueda manifestar la realidad es que cada “Third-Party Funder” (tercero financiador) está actuando distintamente. El tribunal arbitral tendrá que valorar todos estos aspectos si la parte demandada cuestiona la intervención del tercero financiador e incluso imaginar que se le considere como parte si éste intervine de manera muy activa durante el procedimiento arbitral o bien si existe una cesión de la deuda y en caso de que la parte demandante pierda el arbitraje que se condene al tercero financiador, en función de la ley aplicable.

“358

Rosell, en uno de sus artículos sobre el financiamiento por terceros,<sup>359</sup> indica que cuando el tercero financiador toma de facto el control del procedimiento, el tribunal arbitral lo considerara como el verdadero *dominus litis*. Este aspecto se relaciona con las modalidades de intervención del tercero financiador que se clasifican en una modalidad de intervención activa o pasiva. Los terceros financiadores tienen una intervención activa si se involucran en la selección de los abogados de la parte financiada, la designación de los miembros del tribunal arbitral, la selección de peritos, la definición de la estrategia a seguir durante el arbitraje y la revisión de los argumentos.<sup>360</sup> Los terceros financiadores pasivos, por su parte, no se involucran en esos actos procesales. El tribunal arbitral puede tomar estos elementos en consideración y el grado de intervención del tercero financiador al valorar si este es la verdadera parte en el proceso.

---

<sup>358</sup> José Rosell, *Financiamiento por terceros: X Congreso Internacional de Arbitraje, San José Costa Rica*, comunicación personal, 21 de febrero de 2019

<sup>359</sup> José Rosell, “El *third-party funding* y su impacto en el arbitraje internacional”, *Libro Conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) Veinticinco Años de Arbitraje en España*, (2015): p. 265

<sup>360</sup> José Rosell, “El *third-party funding* y su impacto en el arbitraje internacional”, *Libro Conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) Veinticinco Años de Arbitraje en España*, (2015): p. 264



Asimismo, la posibilidad de que el Tribunal arbitral proceda a conocer de la participación por el tercero financiador se ha venido asomando poco a poco, en algunas Cortes de los Estados Unidos, donde se ha establecido que las costas pueden ser ordenadas en contra del tercero financiador, si se desprende que este tiene un interés económico suficiente y de control en relación con la demanda.<sup>361</sup> En sentido similar, la Corte Suprema de Inglaterra ordenó una *cautio judicatum solvi* en contra de un tercero financiador que se dedicaba exclusivamente a este tipo de negocios, pero se abstuvo de hacerlo cuando el tercero financiador se dedicaba además a otro tipo de negocios.<sup>362</sup> Las Cortes anglosajonas sostienen que un financiador se beneficia cuando su cliente gana el proceso. Es por ello que si el cliente pierde el proceso arbitral, no podría quedarse sin ninguna responsabilidad.

Al respecto, cuando el ICCA-Queen Mary TPF Task Force sometió a consulta pública su reporte, la mayoría de los comentarios señalaron que sería justo que el tercero financiador fuera responsable de pagar un laudo condenatorio en costas ya que lucra con el resultado de la disputa.<sup>363</sup> Similarmente, la gran mayoría de comentarios recibidos por la Comisión de Reforma a la ley de Hong Kong en relación con este tema, señaló que el tercero financiador debe asumir la responsabilidad ante este evento.<sup>364</sup> En mi criterio, sin embargo, un tribunal arbitral no podría aplicar este razonamiento por un límite muy claro que existe en el arbitraje, plasmado en el artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York:

“Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

(...) d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje;”

<sup>361</sup> District Court of Appeal of Florida, *Mohammed Abu- Ghazaleh v. Gerardo Martin Demerutis*, (Diciembre 2009), Caso No. 36 So. 3d 691 y High Court of Justice of England and Wales, Queen’s Bench Division, *Excalibur Ventures L.L.C. v. Texas Keystone Inc. & otros*, (2015) Caso No. EWHC 566.

<sup>362</sup> Corte Suprema de Inglaterra, *RBS Rights Issue Litigation* (2017) Caso No. EWHC 1217.

<sup>363</sup> International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.160-162.

<sup>364</sup>The Law Reform Commission of Hong Kong, *Final Consultation Paper*, 2015.



De lo dispuesto en el artículo parcialmente transcrito se desprende que los laudos que “no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes”, esto es, que exceden el convenio, no deberán ser reconocidos, ni ejecutados. Si el acuerdo de las partes no es entonces incluir al tercero financiador como una parte del arbitraje y el tribunal arbitral desconociendo lo anterior, aun así, le extiende la cláusula arbitral, se expone a que el laudo no vaya a ser ejecutable. Tal postura dependerá de la perspectiva que tomen las cortes en el Estado donde se busque la ejecución del laudo arbitral. Retomando el tema del consentimiento de lo que se pacta, es poco probable que se demuestre que el tercero financiador consintió a arbitrar. Por ende, bajo las normas actuales de la Convención de Nueva York, no se le podría extender la responsabilidad de la cláusula arbitral al tercero financiador.

### **C. La responsabilidad del tercero financiador frente a un laudo adverso en costas y la apariencia de buen derecho**

Los terceros financiadores pueden asumir responsabilidad, en el acuerdo de financiamiento, de pagar los laudos adversos en costas dictados en contra de la parte financiada si se pierde el arbitraje. Si esto se hubiera pactado en el acuerdo de financiamiento, se solucionaría el problema del “*hit and run arbitration*”. Asimismo, los terceros financiadores perderían algo más que su inversión, pues si la parte financiada no gana la disputa también tendrían que pagar el laudo adverso en costas.<sup>365</sup> Ello clarificaría las preocupaciones de Sir Griffith sobre el financiamiento por terceros, que lo tildó de ser el “nirvana de todo apostador”. Sin embargo, si el tercero financiador no hubiera asumido tal responsabilidad frente al laudo adverso en costas, se generarían, según los partidarios de esta teoría, dudas con respecto a la buena fe de la demanda.<sup>366</sup> Esta postura fue seguida por un tribunal arbitral bajo las reglas CCI y constituyó el motivo principal por el que se ordenó la *cautio judicatum solvi*.<sup>367</sup>

---

<sup>365</sup>International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.160-162.

<sup>366</sup> Miriam Harwood, Simon N Batifort y , Christina Trahanas, “Third-Party Funding: Security for Costs and Other Key Issues,” en *The Investment Treaty Arbitration Review*, (Londres, Inglaterra: The Law Reviews, 2017), p.191.

<sup>367</sup> Philippe Pinsolle, “Le Financement de l'Arbitrage par les Tiers,” *Revue de l'arbitrage* 2, (2011): 399, citando el *Caso X v. Y y Z*, “Orden Procesal,” 3 de agosto de 2012.



La noción que establece que los terceros financiadores únicamente financian demandas con mérito es ingenua.<sup>368</sup> Una verdad de Perogrullo, pero importante a tener en cuenta, es que los terceros financiadores tienen también la posibilidad de que la parte que financian pueda resultar vencida en el proceso. Asimismo, el financiamiento por terceros aumenta la litigiosidad puesto que promueve el acceso a la justicia y la interposición de demandas arbitrales.<sup>369</sup> Por ende, uno de los riesgos a tomar en cuenta al adoptar el financiamiento por terceros en el proceso arbitral es que aumenten las demandas frívolas, puesto que el tercero financiador obtendría un rédito económico si la parte financiada gana el arbitraje, pero no asume ninguna responsabilidad si pierde el proceso.<sup>370</sup> Este peligro incrementa con la modalidad de financiamiento del *portfolio funding* (financiamiento por paquete de casos) puesto que incentiva la inversión en casos con una probabilidad baja de éxito. Ahora bien, para minimizar el riesgo, procede verificar el cumplimiento de uno de los requisitos que deben de cumplirse para otorgar cualquier medida cautelar es el de *fumus boni iuris* o la apariencia de buen derecho. De lo dicho, ante la solicitud de la *cautio judicatum solvi*, el tribunal arbitral hará un análisis *prima facie* de la no frivolidad de la demanda sin prejuzgar el fondo del caso ni adelantar su criterio.

Dentro de este análisis el tribunal arbitral deberá verificar si la demanda financiada forma parte de un paquete de casos, esto es, que no haya sido analizada de manera individual por el tercero financiador. En el caso de que la demanda forme parte de un paquete de casos, se generarán más dudas con respecto a la apariencia de buen derecho de la demanda puesto que: 1) el riesgo de perder la inversión en un solo caso se diluye en el paquete de casos y 2) se incentivaría la interposición de demandas que, de no ser por el paquete de casos, no serían financiadas ni interpuestas. Véase que las empresas financiadoras de arbitraje que construyen un paquete de demandas tienen un incentivo económico de invertir en casos débiles, que tienen un porcentaje bajo de probabilidades de éxito, pero en los que la retribución económica puede

---

<sup>368</sup> Miriam Harwood, Simon N Batifort y , Christina Trahanas, “Third-Party Funding: Security for Costs and Other Key Issues,” en *The Investment Treaty Arbitration Review*, (Londres, Inglaterra: The Law Reviews, 2017), p.191.

<sup>369</sup> En Australia, por ejemplo, luego de que se permitió la figura del financiamiento por terceros, hubo un incremento del 16% de los litigios registrados.

<sup>370</sup>United States Chamber Institute for Legal Reform, *Selling Lawsuits, Buying Trouble: Third-Party Litigation Funding in the United States*, October 2009, p.2.



más bien ser alta.<sup>371</sup> Asimismo, el tercero financiador puede tender a elevar la cuantía de las demandas para obtener un rédito mayor.<sup>372</sup>

En conclusión, el argumento principal a favor del otorgamiento de la *cautio judicatum solvi* es que, si esta no se otorga, se deja a la demandada en una situación de desventaja al no poder recuperar los costos procesales en caso de ganar el arbitraje. Asimismo, es lo usual que el tribunal arbitral estime que no tiene jurisdicción para regular lo que versa sobre el tercero financiador, por la falta de consentimiento del último de formar parte del arbitraje. La situación se vería agravada si el acuerdo de financiamiento excluye el pago de un laudo adverso en costas. Empero, el tribunal arbitral debe de analizar muchos otros factores para otorgar esta medida cautelar según se verá a continuación.

## II. Sección 2: postura en contra del otorgamiento de la *cautio judicatum solvi* cuando hay presencia de un tercero financiador

La *cautio judicatum solvi* es una medida cautelar excepcional y no debe otorgarse con ligereza. El tribunal debe analizar esta solicitud con detenimiento, a pesar del riesgo que pueda existir si la parte financiada se marcha junto con su financiador si pierden el arbitraje.

La situación financiera inestable de la parte en contra de la cual se solicita la caución es el fundamento básico y el de mayor relevancia, que ha de demostrarse en toda solicitud de *cautio judicatum solvi*, puesto que constituye la base y la necesidad de otorgar la medida cautelar como tal. En el contexto del financiamiento por terceros y esta caución, vale responder entonces a la pregunta ¿constituye el financiamiento por terceros un indicio de la inestabilidad de la situación financiera de la parte en contra de la que se solicita la *cautio judicatum solvi*?

Ahora bien, si la respuesta a esta pregunta fuera afirmativa, se asumiría que únicamente las empresas con problemas financieros acuden ante un tercero financiador. En sentido contrario, bajo esta lógica, las empresas financieramente estables no acudirían entonces ante

---

<sup>371</sup>Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, Mayo de 2013, p.172.

<sup>372</sup>Nadia Darwazeh y Adrien Leleu, "Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding," *Journal of International Arbitration* 2, Volumen 33, (2016): 129.



un tercero financiador. Al respecto, en el caso antes citado bajo las Reglas CCI,<sup>373</sup> el tribunal arbitral determinó que entrar en un acuerdo de financiamiento en un arbitraje constituye un cambio fundamental en las circunstancias que justifica el otorgamiento de una *cautio judicatum solvi*.<sup>374</sup> En mi criterio considero que esta presunción es equívoca. Según se desarrolló en el Capítulo II de esta investigación, el financiamiento por terceros representa una alternativa para las empresas que buscan sufragar los altos costos que conlleva un proceso arbitral. No necesariamente se acude ante el tercero financiador porque se tiene problemas financieros.<sup>375</sup> Las causas pueden ser otras y es común que, sin presentar problemas financieros, y de manera preventiva, la empresa interesada acuda a la figura del financiamiento de arbitraje para mantener la liquidez y continuar persiguiendo los fines inmediatos de la empresa.<sup>376</sup> En tal supuesto, la empresa lo que persigue no es recuperar el 100% de la retribución económica que le pueda ser otorgada en un laudo a su favor, sino que se conforma con lograr el 60% o 70%, a cambio de mantener la liquidez a lo largo del proceso arbitral y no incurrir en gastos derivados del arbitraje. Ergo, el financiamiento por terceros es una alternativa saludable para la empresa que opta por la figura y, por ello no debe confundirse con la falta de capacidad de pago, sino como un manejo inteligente y alternativo de su capital.

Pese a que se parte del criterio que el financiamiento por terceros no es un indicio de problemas financieros per sé, algunos tribunales arbitrales siguen valorando si conceden la *cautio judicatum solvi* bajo esa óptica. Se analiza la presencia del tercero financiador, previo a otorgarla. A manera de ilustración, el caso de RSM v. Santa Lucía marcó un precedente sumamente importante en ese sentido.<sup>377</sup> En ese asunto se advirtió que un Tribunal arbitral constituido bajo las reglas del CIADI tiene el poder para otorgar una *cautio judicatum solvi* y se procedió a analizar varios factores que pesaron en la decisión del tribunal para otorgar esta caución. El primero de ellos, y el más importante que salió a la luz, tuvo que ver con el historial previo de incumplimiento de RSM con laudos arbitrales condenatorios en costas emitidos por tribunales del CIADI. Se sospechaba que si no cumplió en el pasado tampoco iba a cumplir

---

<sup>373</sup> Philippe Pinsolle, "Le Financement de l'Arbitrage par les Tiers," *Revue de l'arbitrage* 2, (2011): 399, citando el Caso X v. Y y Z, "Orden Procesal," 3 de agosto de 2012.

<sup>374</sup> Philippe Pinsolle, "Le Financement de l'Arbitrage par les Tiers," *Revue de l'arbitrage* 2, (2011): 399, citando el Caso X v. Y y Z, "Orden Procesal," 3 de agosto de 2012.

<sup>375</sup> International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.20-24, 33-37, 222

<sup>376</sup> Nicholas, Rowles-Davies y Jeremy, Cousins, "Third-Party Litigation Funding", *Oxford University Press* (2014): p. 62-64

<sup>377</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *RSM Production Corporation vs. Santa Lucía*, "Decisión sobre la *cautio judicatum solvi*," 13 de agosto de 2014, Caso No. ARB 12-10.





con un laudo condenatorio en costas en el futuro. En segundo lugar, se analizó en un párrafo que la parte actora RSM, gozaba de financiamiento por un tercero. La parte solicitante fundamentaba su solicitud, entre otros motivos, al sostener que el tercero financiador no se iba a hacer responsable frente al laudo condenatorio en costas. RSM, por su parte, señaló que una situación financiera inestable no es una circunstancia extraordinaria suficiente para concederla.

Aunque la situación financiera inestable y la presencia del tercero financiador jugaron un rol en el otorgamiento de la *cautio judicatum solvi*, el factor determinante para el tribunal arbitral de otorgar la medida fue el historial previo de incumplimiento con laudos arbitrales adversos en costas. Por ende, aun que el financiamiento por terceros fue valorado por el Tribunal y considerado como un factor relevante,<sup>378</sup> no constituyó el elemento decisivo (“*triggering element*”) para otorgar la medida cautelar y solo fue un factor adicional a la lista de elementos que fueron interpretados por el tribunal de manera integral.<sup>379</sup>

Es importante mencionar que luego que la *cautio judicatum solvi* fue ordenada en ese caso, RSM no pudo cumplir con la caución. El procedimiento por lo tanto no pudo continuar y la demanda fue rechazada al año de haberse otorgado la medida cautelar.<sup>380</sup> Esto confirma las dudas del tribunal arbitral sobre la capacidad de pago de la parte actora y la viabilidad del otorgamiento de la caución en ese caso en particular.

En sentido contrario a la decisión de mayoría en ese caso, parte de la literatura ha señalado que el financiamiento por terceros no debe de impactar en lo absoluto la decisión del tribunal a la hora de otorgar una *cautio judicatum solvi*, a menos que se demuestre que el

---

<sup>378</sup> Ver el análisis que realizó el tribunal arbitral con respecto a la figura del tercero financiador: “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.” Es importante mencionar que en el *Caso Arkin vs. Borchard Lines Ltd.* la Corte de Apelación de Londres concluyó que el tercero financiador debería pagar por el pago de las costas procesales adversas hasta el límite de su inversión.

<sup>379</sup> Sin embargo, Sir Griffith escribió una nota aparte para criticar el financiamiento por terceros y llamarlo “el nirvana de las apuestas”. En respuesta a este comentario, Christopher Bogart de la empresa financiadora Burford Capital indicó en un artículo que esa afirmación es absurda puesto que los terceros financiadores si pierden mucho durante el proceso.

<sup>380</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *RSM Production Corporation vs. Santa Lucía*, “Decisión Sobre la solicitud de Santa Lucía para la Suspensión o Interrupción del Proceso,” 8 de abril del 2015, Caso No. ARB 12-10.



financiamiento por terceros está siendo utilizado de manera abusiva.<sup>381</sup> En el caso de RSM vs. Santa Lucía no se demostró que el financiamiento se estuviera utilizando de manera abusiva y no quedan claro los motivos por los que pesó de alguna manera en la decisión del tribunal arbitral.

Asimismo, es importante recalcar que la *cautio judicatum solvi* es vista como una medida cautelar inapropiada<sup>382</sup> y ha sido **denegada** en los siguientes arbitrajes internacionales comerciales:

- En una orden procesal de febrero del 2006 en el Caso CCI 13359 con sede en Paris, el tribunal arbitral denegó la solicitud de *cautio judicatum solvi* aunque la parte actora reconocía que era una empresa industrialmente enferma (*sick industrial company*) y le debía más de 51 millones de dólares a instituciones financieras.<sup>383</sup>
- En una orden procesal de noviembre del 2006 en el Caso CCI 14020 con sede en Londres, el tribunal arbitral rechazó la *cautio judicatum solvi* por la falta de elementos excepcionales.<sup>384</sup>
- En una orden procesal de enero del 2007 en el Caso CCI 14355 con sede en Zurich, el tribunal arbitral rechazó la *cautio judicatum solvi* por falta de evidencia que demostrara que la parte actora es incapaz de pagar un laudo adverso en costas. En su solicitud, los demandados alegaban que la parte actora no tenía dinero. Sin embargo, el tribunal determinó que ese era el único argumento y no demostraron que la demanda fuera frívola, fraudulenta o abusiva. Por ende, la falta de dinero no es un motivo suficiente como para otorgar la caución.<sup>385</sup>

---

<sup>381</sup> William Kirtley y Koralie Wietrzykoski, “Should An Arbitral Tribunal Order Security for Costs?”, *The Journal of International Arbitration* (2013)

<sup>382</sup> W. Laurence Craig y William Park y Jan Paulsson, “International Chamber of Commerce Arbitration”, *Oceana Publications Inc.*, 3ra Edición (2001): p.468

<sup>383</sup> Caso citado en: International Chamber of Commerce, “Procedural Decisions in ICC Arbitration: Security for Costs”, *Bulletin E-Chapter*, Volum 25 Suplemento (2014), p. 9

<sup>384</sup> Caso citado en: International Chamber of Commerce, “Procedural Decisions in ICC Arbitration: Security for Costs”, *Bulletin E-Chapter*, Volum 25 Suplemento (2014), p. 13

<sup>385</sup> Caso citado en: International Chamber of Commerce, “Procedural Decisions in ICC Arbitration: Security for Costs”, *Bulletin E-Chapter*, Volum 25 Suplemento (2014), p. 17



- En una orden procesal de diciembre del 2008 en el Caso CCI 14661 con sede en Paris, el tribunal arbitral denegó la *cautio judicatum solvi* aunque la situación financiera de la parte demandada hubiera empeorado y no mejorado.<sup>386</sup>
- En una orden procesal de diciembre del 2007 en el Caso CCI 14993 con sede en Viena, el tribunal arbitral no ordenó la *cautio judicatum solvi* y señaló que, aunque la parte actora hubiera tenido pérdidas materiales en los últimos dos años según sus reportes anuales, el reporte anual de una empresa no revela toda la situación financiera de una empresa y es posible que tenga otras oportunidades de negocio o reservas escondidas.<sup>387</sup>
- En el Caso CCI 14355 se rechazó una solicitud porque la parte demandada se basó exclusivamente en el hecho que se abrió un procedimiento de quiebra en contra de la parte actora y el Tribunal señaló que la sola apertura del procedimiento de quiebra no es suficiente como para otorgar la medida cautelar.<sup>388</sup>

Similarmente, la doctrina<sup>389</sup> señala que el hecho de que una empresa enfrente dificultades financieras y se encuentra en medio de un proceso de quiebra, tampoco constituye un elemento suficiente que justifique el otorgamiento de la *cautio judicatum solvi*.<sup>390</sup> Por ende, la barra probatoria de la inestabilidad financiera y el grado de excepcionalidad de las circunstancias tienen que ser muy altas como para justificar su otorgamiento. El financiamiento por terceros no configura como una circunstancia excepcional en ese sentido. Establecer lo contrario, implicaría sostener que el financiamiento por terceros es más grave que cuando una empresa está industrialmente enferma o no tiene dinero. Este no es el caso y en sentido contrario, el financiamiento por terceros es cada vez más utilizado.

En muy pocos casos se ha otorgado esta medida cautelar. En el caso CCI 15218 con sede en Berna, por ejemplo, el árbitro otorgó la *cautio judicatum solvi*, luego de un análisis

---

<sup>386</sup> Caso citado en: International Chamber of Commerce, “Procedural Decisions in ICC Arbitration: Security for Costs”, *Bulletin E-Chapter*, Volum 25 Suplemento (2014), p. 20

<sup>387</sup> Caso citado en: International Chamber of Commerce, “Procedural Decisions in ICC Arbitration: Security for Costs”, *Bulletin E-Chapter*, Volum 25 Suplemento (2014), p. 23

<sup>388</sup> Cámara de Comercio Internacional, *Caso No. 14355*, “Orden procesal del 2007”, 2007.

<sup>389</sup> Peter Berger, “Prozesskostensicherheit (caution judicatum solvi) im Schiedsverfahren“, *ASA Bull 22 (2004)* p. 15

<sup>390</sup> Emmanuel Gaillard y John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (La Haya, Países Bajos: Kluwer Arbitration, 1999), p.688



exhaustivo y de comprobar las circunstancias excepcionales, como que los pasivos de la parte actora eran 13 veces más grandes que sus activos, según sus estados financieros.<sup>391</sup> Asimismo, se ha determinado que si la parte provocó deliberadamente su insolvencia, para evitar los riesgos financieros relacionados con el procedimiento arbitral, esto constituiría una circunstancia excepcional como para ordenar la medida cautelar comentada.<sup>392</sup> El financiamiento por terceros no se asemeja ante este panorama.

Además del requisito de la situación financiera inestable, para que proceda el otorgamiento de la *cautio judicatum solvi*, la demanda debe tener una apariencia de buen derecho. En la Sección anterior se comentaron las preocupaciones que existen sobre el incremento en la interposición de demandas espurias por medio del *portfolio funding* (“financiamiento del paquete de casos”). Sin embargo, si se determina que la demanda financiada no forma parte de un paquete de casos, y fue analizada por el tercero financiador de manera individual, se podría descartar con mayor probabilidad que haya frivolidad de la demanda, pues en este supuesto se pasa por un proceso previo de *due diligence* (debida diligencia) en que se examina la situación financiera de la empresa. Los terceros financiadores aseguran que ellos no financian demandas frívolas y que, por el contrario, tienen mucho que perder si no ganan el caso en el que invierten.<sup>393</sup> Ergo, si se demuestra que la demanda no forma parte de un paquete de casos, no es justificable dudar de la apariencia de buen derecho de la demanda por el simple hecho de que esté siendo financiada por un tercero.

Asimismo, si la parte financiada en contra de la que se busca la caución logra demostrar que el acuerdo de financiamiento tiene una estipulación mediante la cual el tercero financiador asume responsabilidad de laudos adversos en costas, el tribunal arbitral tendría un argumento fuerte para rechazar la *cautio judicatum solvi* puesto que el tercero financiador se haría responsable.<sup>394</sup> En ese sentido, el Task Force de Queen Mary University indica de manera contundente que:

---

<sup>391</sup> Caso citado en: International Chamber of Commerce, “Procedural Decisions in ICC Arbitration: Security for Costs”, *Bulletin E-Chapter*, Volum 25 Suplemento (2014), p. 25

<sup>392</sup> Cámara de Comercio Internacional, *Caso No. 12035*, “Orden Procedimental”, 6 de junio del 2003; Emmanuel Gaillard y John Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (La Haya, Países Bajos: Kluwer Arbitration, 1999), p. 158

<sup>393</sup> Christopher P. Bogart, “RSM v. St. Lucia: Why the majority got it wrong on security for costs”, *Global Arbitration Review*, (2014).

<sup>394</sup> Mauricio Pestilla Fabbri, “Inapplicability of the arbitration agreement due to the impecuniosity of the party,” *Revista Brasileira de Arbitragem* 15, Volumen 57, (2018): 93.



“Cuando el tercero financiador es responsable frente a la parte financiada de cubrir un laudo condenatorio en costas y se demuestra la capacidad de capital del tercero financiador para cubrir el laudo condenatorio en costas, la *cautio judicatum solvi* es dispensable”.<sup>395</sup> (Traducción libre)

Algunos terceros financiadores, sin embargo, se muestran renuentes a asumir responsabilidad frente a una caución en costas, porque aumenta su exposición y estos prefieren permanecer inmunes frente a los laudos condenatorios en costas y abogan en contra de *la cautio judicatum solvi*.<sup>396</sup> Asimismo, algunos señalan que el tercero financiador estaría menos dispuesto a sufragar las costas de demandas frívolas, si se le exigiera aportar la caución o a pagar un laudo condenatorio en costas.<sup>397</sup> Esto es así porque tendría mayor responsabilidad y el margen de pérdida, junto con el riesgo de inversión en el caso, aumentarían. No obstante, es claro que no todos los terceros financiadores siguen esta buena práctica en sus acuerdos de financiamiento y el tribunal arbitral tiene un interés legítimo de conocer si el tercero va a hacerse responsable frente a un laudo condenatorio en costas.

Sin embargo, la realidad es que terceros financiadores como IMF Bentham se hacen responsables si la demanda que ellos financian fracasa y evitan, de esta manera, estas solicitudes para ahorrarle tiempo y dinero a la parte que financian y para concentrarse en el fondo del asunto. Al respecto, en un caso bajo las reglas CIADI el Estado solicitó una *cautio judicatum solvi* en contra de la parte actora financiada. El tribunal arbitral rechazó la solicitud porque el acuerdo de financiamiento específicamente estipulaba que iba a cubrir las costas del Estado.<sup>398</sup> Por ende, el requisito de la urgencia de la medida cautelar no se cumplía y no había un riesgo de que el Estado no pudiera recuperar sus costas.

En resumen, el estándar probatorio de la inestabilidad financiera y el grado de excepcionalidad de las circunstancias tienen que ser muy altos como para justificar el

---

<sup>395</sup>International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, p.172.

<sup>396</sup>Nadia Darwazeh y Adrien Leleu, “Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding,” *Journal of International Arbitration* 2, Volumen 33, (2016): 140.

<sup>397</sup>Judith Gill y Matthew Hodgson, “Costs Awards- Who Pays?,” *Global Arbitration Review* 4, (2015): 4.

<sup>398</sup>Christian Leathley y Natalie Yarrow, *ICSID Tribunal Rules that it is neither necessary nor urgent to grant security for costs from a claimant with the benefit of third party funding* (Londres, Inglaterra: Herbert Smith Freehills, 2017), <https://hsfnotes.com/publicinternationallaw/2017/07/03/icsid-tribunal-rules-that-it-is-neither-necessary-nor-urgent-to-grant-security-for-costs-from-a-claimant-with-the-benefit-of-third-party-funding/>.



otorgamiento de la *cautio judicatum solvi*. El financiamiento por terceros no configura como una circunstancia excepcional. Asimismo, si la parte financiada logra demostrar que el acuerdo de financiamiento (1) no forma parte de un paquete de casos y (2) tiene una disposición mediante la cual el tercero financiador va a hacerse responsable frente al laudo condenatorio en costas, esta caución no debe otorgarse.



### III. Sección 3: consideraciones prácticas relacionadas con el financiamiento por terceros que debe valorar el tribunal arbitral ante una solicitud de cautio judicatum solvi

En mi criterio, a la hora de valorar la solicitud de *cautio judicatum solvi*, el tribunal arbitral debe tomar en consideración los siguientes elementos:

En primer lugar, el tribunal arbitral debe determinar si tiene o no poder para otorgar esta medida cautelar excepcional. Este poder se encuentra en las disposiciones de la *lex arbitri*, que usualmente es la ley arbitral de la sede del arbitraje. Si dentro de la *lex arbitri* hay una disposición que faculte al tribunal arbitral a otorgar medidas cautelares, el tribunal arbitral tendría un poder implícito para otorgar la caución. Asimismo, es importante considerar lo que las Cortes estatales de la sede del arbitraje han señalado sobre el poder de los árbitros para dictar la caución en costas.

Asimismo, la *cautio judicatum solvi* solamente puede ser otorgada cuando el principio de “cost follow the event” (costas a la parte vencedora) aplique o el tribunal arbitral tenga una amplia discreción para la condenatoria en costas. Caso contrario, si aplicara la regla americana (American rule), en donde cada parte carga con sus costas, la *cautio judicatum solvi* carecería de sentido puesto que no habría ninguna situación futura que proteger.

Una vez que el tribunal arbitral determine que si tiene poder para otorgar una *cautio judicatum solvi* debe analizar si los requisitos de la medida cautelar se cumplen. Si un requisito no se cumple, la medida cautelar debe ser denegada.

El tribunal arbitral debe considerar que, si la parte en contra de la que se ordena la caución no es capaz de cumplir con la misma, el proceso no podrá continuar y deberá suspenderse. Por este motivo, el tribunal debe notar que la *cautio judicatum solvi* es una medida cautelar excepcional y contiene requisitos distintos a los de una medida cautelar ordinaria. Los Lineamientos del CIArb (*soft law*) brindan una guía sumamente útil para determinar los requisitos que deben cumplirse para otorgar o denegar esta solicitud.





El tribunal arbitral únicamente debe otorgar la caución en costas si hay circunstancias graves que demuestren la incapacidad de la parte actora de pagar un laudo adverso en costas. Estas circunstancias no pueden estar basadas en suposiciones y deben probarse fehacientemente. Asimismo, solo debe otorgarse si la situación financiera inestable es sumamente inestable. Los siguientes ejemplos reflejan situaciones en las cuales la *cautio judicatum solvi* se ha otorgado: si los pasivos son 13 veces más grandes que los activos, si la parte actora escondió bienes para no cumplir con el laudo o tiene un historial previo de incumplimiento con laudos arbitrales.

Si hay circunstancias excepcionales que ameriten el otorgamiento de la *cautio judicatum solvi*, sería ideal que la parte que deba aportar la caución lo haga de manera tal que no afecte el curso normal de su negocio. Por ende, no es necesario otorgar la caución con dinero líquido como tal, sino que se podría otorgar mediante una garantía mobiliaria, una garantía bancaria o una garantía de su casa matriz que asegure el pago efectivo del laudo adverso en costas.<sup>399</sup>

Con respecto al financiamiento por terceros, no hay una ecuación matemática perfecta entre la existencia del acuerdo de financiamiento y el otorgamiento de la *cautio judicatum solvi*.<sup>400</sup> El financiamiento por terceros ha crecido exponencialmente y en lugar de ser prohibido debe ser regulado.

El financiamiento por terceros tampoco constituye per sé una circunstancia excepcional que amerite el otorgamiento de la *cautio judicatum solvi* y esta medida cautelar solo debe otorgarse cuando se demuestre que hay situaciones adicionales realmente graves. Por ello, el tribunal arbitral puede y debe siempre valorar si hay otras circunstancias adicionales que justifiquen o no otorgar la medida cautelar y no debe darle tal importancia al financiamiento por terceros.

Si el tribunal arbitral opta por darle **alguna** importancia al financiamiento por terceros, los otros motivos excepcionales deben ser suficientes por si solos como para otorgar la *cautio judicatum solvi*.

---

<sup>399</sup>Georg von Segesser, "Inoperability of Arbitration Agreements due to Lack of Funds?" *Revisiting Legal Aid in International Arbitration*, (Enero 2015) <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/01/17/inoperability-of-arbitration-agreements-due-to-lack-of-funds-revisiting-legal-aid-in-international-arbitration/>.

<sup>400</sup> José Rosell, *Financiamiento por terceros: X Congreso Internacional de Arbitraje, San José Costa Rica*, comunicación personal, 21 de febrero de 2019.



El tribunal arbitral puede tener un interés en conocer si la demanda financiada forma parte de un paquete de casos o si fue analizada de manera individual por el tercero financiador para efectos de la apariencia de buen derecho de la demanda. Si la demanda fue analizada de manera individual por el tercero financiador, el acuerdo de financiamiento no debe impactar el análisis del tribunal en el razonamiento de la apariencia de buen derecho de la demanda.

La solicitud de *cautio judicatum solvi* debe denegarse si se comprueba que el tercero financiador tiene suficiente capital y se hizo responsable en el acuerdo de financiamiento de cubrir un laudo adverso en costas.

El tribunal arbitral debe procurar afectar lo menos posible los intereses de las partes del arbitraje y preservarlos en todo momento.



## CONCLUSIONES GENERALES

Esta investigación deja claro que en el arbitraje internacional el financiamiento por terceros promueve el acceso a la justicia y representa una alternativa financiera interesante para las empresas que consideran iniciar un arbitraje internacional. Empero, ciertos factores como las relaciones comerciales complejas, el tamaño de los bufetes de abogados y la multiplicidad de partes dentro del proceso arbitral, han incrementado la necesidad de contar con reglas que eviten que la figura del tercero financiador interfiera indebidamente con el curso normal del proceso de arbitraje. En este trabajo se resalta la labor que han realizado los centros de arbitraje internacional para llenar esos espacios,<sup>401</sup> las Reglas IBA Sobre Conflictos de Interés de 2014 y el reporte del ICCA-Queen Mary TPF Task Force para establecer buenas prácticas en torno a este tema.

Para implementar con acierto la figura del financiamiento por terceros, la práctica quizás más importante consiste en divulgar sin demora (i) si la parte que inicia un arbitraje goza de financiamiento y (ii) en caso afirmativo, la identidad del tercero financiador. Estos factores permiten a los árbitros, antes de aceptar un nombramiento, descartar conflictos y conocer a los sujetos que tienen un interés económico directo en el resultado de la disputa. Considero que esta es la práctica más importante porque allana la dificultad sobre el financiamiento por terceros.

Aunque no comparto el criterio de que el tribunal arbitral deba ordenar a la parte financiada entregar el acuerdo de financiamiento como tal, sí considero que el tribunal arbitral debe tener la potestad suficiente de ordenarle a la parte financiada, en caso de ser necesario, divulgar cierta información específica relacionada con el acuerdo de financiamiento.

Respecto a la *cautio judicatum solvi*, se reconoce el poder implícito de los tribunales arbitrales de otorgarla bajo el Artículo 17(2)(c) de la Ley Modelo UNCITRAL<sup>402</sup> y las normas que atribuyen a los árbitros la competencia para conceder las medidas cautelares. Asimismo,

---

<sup>401</sup> A manera de ejemplo, las Reglas HKIAC de 2018, las Reglas SIAC, la Nota Práctica de la CCI, la Propuesta de Enmienda a las Reglas CIADI, entre otras.

<sup>402</sup> Bajo la frase: “proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente”.



se reconoce que la *cautio judicatum solvi* pueda ser otorgada en países con una tradición civilista, en circunstancias excepcionales.

Además, de los requisitos generales de las medidas cautelares, la parte solicitante de la *cautio judicatum solvi* tiene la carga de la prueba. Le corresponde demostrar que la otra parte tiene una (i) situación financiera inestable, (ii) que es justo, dadas las circunstancias del caso, ordenar la caución, y (iii) la apariencia de buen derecho de su pretensión.

Sobre la situación financiera inestable, hay que demostrar además que (a) se produjo un cambio en la situación financiera desde la formación del contrato y (b) la indisponibilidad de los activos para otorgar un laudo en contra de ellos. Asimismo, se debe aportar prueba fehaciente que acredite la falta de capacidad de pago de la parte contraria, para cumplir con un laudo adverso en costas y demostrar, de esta manera, la urgencia y necesidad de ordenar la caución. La jurisprudencia arbitral internacional ha dejado claro que el estándar probatorio que debe cumplir la parte solicitante de la medida cautelar es sumamente alto y la circunstancia debe ser grave y excepcional.

Sobre el financiamiento por terceros y la caución en costas, la hipótesis de este trabajo señala que: “El tribunal arbitral internacional se verá inclinado a otorgar la *cautio judicatum solvi* si la parte actora goza de financiamiento por un tercero.”

Como un aspecto positivo, es menester recalcar que la hipótesis **no** señala que por gozar de financiamiento por un tercero se debe otorgar automáticamente la *cautio judicatum solvi*. Sería errado suponer que las partes solo buscan financiamiento ante problemas financieros. Las causas pueden ser otras y es común que, sin presentar problemas financieros, y de manera preventiva, la empresa interesada acuda a la figura del financiamiento de arbitraje para no ver afectada la liquidez y continuar persiguiendo los fines inmediatos de la empresa.<sup>403</sup>

Empero, la hipótesis plantea que el tribunal arbitral “se verá inclinado” a otorgar la *cautio judicatum solvi* cuando una parte goce de financiamiento por terceros. Esta afirmación requiere de algunas precisiones y se probará, en su mayoría, negativamente.

---

<sup>403</sup> Nicholas, Rowles-Davies y Jeremy, Cousins, “Third-Party Litigation Funding”, *Oxford University Press* (2014): p. 62-64



En primer lugar, se concluye que, el financiamiento por terceros, en vez de inclinar la balanza a favor del otorgamiento de la caución, **puede inclinar la balanza en contra de la caución**. En ese sentido, si se demuestra que en el acuerdo de financiamiento el tercero financiador asumió responsabilidad frente a la parte financiada de cubrir un laudo adverso en costas, la solicitud de *cautio judicatum solvi* debe ser rechazada, pues habría altas probabilidades de que el laudo adverso en costas va a ser cumplido (esto si no se duda de la capacidad de pago del tercero financiador).

En segundo lugar, considero que **el financiamiento por terceros es un indicio de apariencia de buen derecho**, que elimina la sospecha de frivolidad de la demanda. Según se señaló a lo largo de esta investigación, los terceros financiadores realizan un análisis exhaustivo de las demandas (proceso de *due diligence*) antes de tomar la decisión de financiarlas y la gran mayoría de solicitudes de financiamiento son rechazadas, por diversos motivos. Asimismo, el tercero financiador, generalmente, no tiene incentivos para desperdiciar sus recursos en demandas frívolas en las cuales media la mala fe y hay muy pocas probabilidades de éxito.

El *portfolio funding* (“financiamiento del paquete de casos”) puede ser la única modalidad mediante la cual tendría algún sentido invertir en demandas frívolas, pero su mala fama hace que esta figura sea poco utilizada por los terceros financiadores. Por ende, si se evidencia que la demanda es financiada de manera individual y no forma parte de un paquete de casos, el financiamiento por terceros debería de considerarse como un indicio de apariencia de buen derecho y no al contrario. De igual manera, los árbitros tienen mecanismos propios independientes para detectar demandas frívolas<sup>404</sup> por lo que, aunque la demanda forme parte de un paquete de casos, el tribunal arbitral no se debería de ver influenciado por el prejuicio. No obstante, esta Investigación llega a la conclusión que la modalidad del financiamiento del paquete de casos **no** refleja una buena práctica en el arbitraje internacional y es preferible que los casos sean financiados de manera individual. Esto por el riesgo de que se convierta atractivo financiar demandas con bajas probabilidades de éxito. Por ende, el tribunal arbitral puede tener un interés en conocer si la demanda forma parte de un paquete de casos o si fue analizada por el tercero financiador de manera individual.

---

<sup>404</sup>Por ejemplo, en el arbitraje de inversión: el monitoreo de una falta manifiesta de jurisdicción antes de que se registre la solicitud, la moción para el desistimiento de la solicitud por falta manifiesta de sustento, entre otros.



En tercer lugar, la *cautio judicatum solvi* es comunmente rechazada cuando el tribunal arbitral determina que la circunstancia financiera cuestionada forma parte del “riesgo comercialmente asumido”. Considero que por la evolución del financiamiento por terceros y las ventajas que esta modalidad ofrece, las empresas asumen un riesgo comercial al firmar una cláusula arbitral donde, si se van a ver envueltas en un proceso arbitral, la contraparte puede obtener financiamiento externo. Por ende, **el financiamiento por terceros es un riesgo comercial que asumen las partes al firmar cláusulas arbitrales.**

En sentido contrario, el tribunal arbitral únicamente debe verse inclinado a otorgar la *cautio judicatum solvi* por el financiamiento por terceros si: (a) el tribunal determina que la parte solicitante de la caución no asumió el riesgo de que su contraparte fuera a recurrir ante un tercero financiador; (b) el acuerdo de financiamiento excluye la responsabilidad del tercero financiador frente a un laudo adverso en costas; y (c) la demanda forme parte de un paquete de casos. Asimismo, aunque se cumplan estos tres elementos, ello no sería suficiente para determinar que hay una circunstancia excepcional, y deberían cumplirse todos los demás requisitos de la *cautio judicatum solvi* citados supra.

En conclusión, la figura del tercer financiador ya no es extraña en un proceso de arbitraje internacional comercial o de inversión y hay reglas claras que permiten que se desarrolle en un marco controlado. Es recomendable que los centros arbitrales a lo largo del mundo adopten normas dentro de sus reglamentos que señalen el deber de la parte de divulgar si goza de financiamiento externo y la identidad del tercer financiador, con el fin de despejar posibles conflictos de interés e intervenciones indebidas dentro del proceso. Las partes que firman el acuerdo de financiamiento deben procurar prever los posibles conflictos que puedan surgir en el futuro e incorporar cláusulas que regulen aspectos como la confidencialidad, distribución de costas, riesgos y grado de intervención del tercer financiador dentro del proceso. Asimismo, el ICCA-Queen Mary TPF Task Force y sus buenas prácticas deben ser consultado antes de formalizar un acuerdo de financiamiento.



## **ANEXO I: ENTREVISTA AL ÁRBITRO INTERNACIONAL JOSÉ ROSELL, MIEMBRO REDACTOR DEL ICCA-QUEEN MARY TPF TASK FORCE<sup>405</sup>**

### **¿Cómo funcionó la modalidad del Task Force y cómo surgió la discusión sobre el financiamiento por terceros dentro del grupo de discusión?**

“El Task Force era un grupo de trabajo bastante amplio y pues cada uno contribuía con su experiencia y con su interés en el tema. Lo principal era que contábamos con la presencia de los principales financiadores que contribuían con el tema, nos daban su opinión y nosotros valoramos su opinión en nuestros trabajos. Asimismo, tratábamos de identificar si la práctica de ellos correspondía con lo que las leyes de cada país prohíben o permiten. El mercado del financiamiento por terceros ha evolucionado muchísimo desde que comenzamos a redactar los primeros capítulos del informe. Durante el periodo de redacción del informe iba evolucionando el mercado. Hasta el final fue que definimos lo que se entiende por financiamiento por terceros por qué era imposible llegar a un acuerdo de definir lo que realmente se entiende por “Third-Party Funding” (Financiamiento por Terceros).”

### **Con respecto a la definición del financiamiento por terceros, ¿qué rol jugaron las aseguradoras “After the Event” (Después del evento)?**

“Este tema se habló, se discutió, pero se analizó más como un complemento sobre todo cuando hablábamos de “security for costs” (caución en costas) para cubrir los gastos adversos, pues ahí los financiadores nos decían que trabajaban con aseguradoras para completar esa parte de la indemnización en la que no deseaban intervenir.”

Unas de las conclusiones a las que ustedes llegan, es que el financiamiento por terceros no debe ser prohibido sino regulado. En ese sentido, las Reglas de Hong Kong del 2018, publicadas de manera posterior al lanzamiento del reporte, proponen que desde la solicitud de arbitraje la parte indique si goza de financiamiento y la identidad del tercero financiador. Con respecto a

---

<sup>405</sup> José Rosell, *Financiamiento por terceros: X Congreso Internacional de Arbitraje, San José Costa Rica*, comunicación personal, 21 de febrero de 2019. La entrevista se realizó el día lunes 21 de febrero de 2018 en el X Congreso de Arbitraje Internacional CCI en San José Costa Rica





la regulación del financiamiento por terceros y los elementos que debe conocer el tribunal arbitral, ¿considera usted que estos son los únicos dos elementos relacionados con el financiamiento por terceros que el tribunal arbitral debe conocer? ¿puede haber otros temas en los que el tribunal arbitral tenga interés?

“Depende de los casos. Ahí está el tema delicado. Fue bastante interesante que mientras nosotros estábamos redactando el informe la IBA estaba modificando sus Directrices sobre Conflictos de Interés. Al IBA le interesaba mucho lo que nosotros estábamos haciendo y a nosotros nos interesaba mucho la manera en la que ellos iban a enfocar el tema de los conflictos de interés, la definición y el papel del “Third-Party Funder” (tercero financiador). La IBA llegó a la conclusión de que eran partes dentro del procedimiento. Por ende, toda esa polémica, se hizo en cooperación con la IBA. Nosotros tomamos en cuenta las reflexiones que ellos realizaron y como algunos de nosotros somos miembros de la IBA era posible comunicar fácilmente. Por ende, compartimos información para publicar un trabajo coherente en el mundo del “Third-Party Funding” (Financiamiento por Terceros), el cual estaba antes muy poco regulado.

La regulación es un tema complicado pues depende de muchos factores. Está el tema de la institución, del producto mismo, ¿cómo son considerados los terceros financiadores? En algunos países se puede considerar que ellos son prestamistas. Si son prestamistas tienen que respetar ciertas obligaciones que les imponen las regulaciones bancarias del país en particular. Los terceros financiadores dicen, por supuesto, que no lo son.

Luego está el tema de la regulación ética. En Inglaterra los funders se imponen un código de ética entre ellos, esa es una especie de reglamentación impuesta por la misma profesión. Luego está el impacto sobre la profesión de abogados, la problemática de la deontología del abogado, su implicación en el financiamiento, a través del “Third-Party Funding” (Financiamiento por Terceros), en el sentido de que primero estaba la relación de cliente al abogado. La pregunta era saber si el “Third-Party Funder” (tercero financiador) puede darle instrucciones al abogado y como el financiador era quién le pagaba los honorarios al abogado, si se podía convertir en el cliente, cuando en realidad el cliente es otro, que es el que está financiado. En algunos países como en Francia elevamos el problema al Consejo de la Abogacía de París para que analizara el tema y tomara algunas resoluciones en este sentido. Esta también se puede considerar como una de las regulaciones sobre el tema. El Consejo de la Abogacía de París consideró que el



abogado tiene un solo cliente que es el financiado a pesar de que venga un “Third-Party Funder” (tercero financiador) por detrás. Entonces el abogado tiene un deber de lealtad frente a su cliente y no frente al tercero financiador. Por eso no le exime de ciertas responsabilidades cuando conoce de documentos confidenciales. Luego está el tema del conflicto de intereses. El tema de la regulación es delicado y hay que verlo desde diferentes ángulos y es importante que cada país tenga una regulación al respecto.”

### **¿Cuál es su opinión con respecto al *hit and run arbitration*?**

“Es un tema muy fáctico. Lo primero es saber si se ha desvelado la existencia del “Third-Party Funder” (tercero financiador) y determinar aspectos como el interés que hay en que se cree una obligación de revelación, quién debe de realizar esta revelación, en qué momento y el papel de la institución arbitral en este asunto. Si no se conoce el “Third-Party Funder” (tercero financiador) la problemática es distinta. La problemática surge a partir de que se conoce la existencia del el “Third-Party Funder” (tercero financiador) y el tribunal sabe cómo puede evolucionar el expediente y la casuística alrededor del “Third-Party Funder” (tercero financiador).

El segundo punto interesante es saber si hay o no conflictos. Por ello, es necesario desvelar la existencia de un acuerdo de financiamiento.

El problema surge cuando una parte demandada argumenta que como hay un “Third-Party Funder” (tercero financiador) la parte financiada no debe tener fondos suficientes para sufragar ese arbitraje y por eso ha pedido financiamiento externo. Ante este escenario, la parte demandada busca solicitar medidas cautelares, entre ellas, “security for costs” (caución en costas). Si esta medida cautelar debe otorgarse o no es un tema fáctico y que en algunas circunstancias puede agravar la situación de la parte financiada y lo que hay que saber es qué riesgos está cubriendo el funder dentro del acuerdo de financiamiento. Para obtener esa información, cabe la posibilidad de que la parte demandada pida información a la parte financiada. Y si se niega a dar la información de la existencia de los gastos que cubre el financiador, el tribunal va a tener que analizar la solicitud de “security for costs” (caución en costas) y en qué contexto y con qué objetivo se está pidiendo. Si la preocupación es simplemente obtener la financiación de los recursos para seguir en el arbitraje la otra parte puede considerar que le interesa que haya un “Third-Party Funder” (tercero financiador) porque



al final va a tener una parte que responda y participe en el arbitraje, en particular cuando la parte financiada está representada por un mandatario judicial en caso de quiebra. Este es el tema de la necesidad de obtener una financiación para defender sus derechos y eventualmente recuperar una reclamación.

Luego está la situación más complicada que es la cobertura de los gastos adversos por el tercero financiador. Esta situación es más delicada y depende de cada caso. Hay situaciones agravantes, como en el caso RSM c/ Santa Lucía, pero es un tema sumamente extenso.”

**¿Cuál sería entonces la conclusión sobre las ponderaciones en el otorgamiento de la medida cautelar?**

“El ejemplo del laudo que se ha criticado mucho y de la opinión afirmativa de Sir Gavan Griffith en donde se otorgó el “security for costs” (caución en costas) por unas circunstancias muy particulares. En ese caso había un antecedente agravante (el caso Granada) en donde RSM se había negado a pagar los gastos del arbitraje a los que se le había condenado. Hay que ver cada caso en cada contexto y cada caso tiene su problemática. Es muy difícil elaborar una teoría general sobre ese aspecto. El aspecto de la revelación de la existencia de un “Third-Party Funder” (tercero financiador) es un tema importante, pero es bastante distinto de la cobertura de los gastos de la parte contraria.”

**¿Usted está de acuerdo que si se determina que hay un “Third-Party Funder” (tercero financiador) dentro del proceso arbitral y se solicita la caución en costas en contra de la parte financiada, el financiamiento por terceros no constituye un elemento suficiente por si solo como para otorgar la caución?**

“Estamos de acuerdo. No puede existir una ecuación matemática perfecta entre la existencia del “Third-Party Funder” (tercero financiador) y el otorgamiento del “security for costs” (caución en costas). “

**Respecto a la falta de jurisdicción del tribunal arbitral sobre el tercero financiador, en el Task Force se menciona que nada impide que en el futuro llegue a desarrollarse la teoría del partial assignment (cesión parcial) y que se considere al tercero financiador como un no signatario. ¿Qué opina sobre este punto en particular?**



“Sí, el tercero financiador se podría considerar como una parte en el arbitraje. Hay terceros financiadores que son activos, y hay otros que son pasivos. Algunos financiadores son tan activos que se convierten en dominus litis, en la parte litigante. Por consiguiente, eso crea varios problemas jurídicos. En el arbitraje de inversión si el tribunal llega a la conclusión de que hay una sustitución del acreedor, entonces el Tratado Bilateral de Inversión es posible que ya no se aplique porque la mayoría de esos financiadores no están establecidos en la misma jurisdicción del inversor. Eso es un riesgo debido al cambio de nacionalidad del inversor y de la propia identidad del inversor. Esta problemática es por lo tanto distinta en el arbitraje comercial y en el de inversión.

Es posible que el acuerdo de financiamiento en realidad disfrace la relación jurídica existente. En muchos países civilistas está prohibido ceder derechos litigiosos. El acuerdo de financiación puede ser una “trampa legal” para evitar esta prohibición en dichos países. Jurídicamente hay que analizar si se trata o no de una cesión. En cada caso el tipo de financiación crea relaciones jurídicas distintas. En la Common Law la problemática se analiza desde el ángulo de la maintenance y del champerty.

Hay que ver qué tipo de contrato de financiación se ha firmado, qué tipo de intervención tiene el tercero financiador y que interés tiene. Eso hay que analizarlo igualmente para ver si ese montaje es legal o si hay una sustitución del mandante. Si hay una sustitución del mandante habría que analizar entonces las consecuencias bajo las leyes aplicables.

Hay muchos grados de implicación y cada “Third-Party Funder” (tercero financiador) tiene su propia filosofía y a pesar de lo que se pueda manifestar la realidad es que cada “Third-Party Funder” (tercero financiador) está actuando distintamente. El tribunal arbitral tendrá que valorar todos estos aspectos si la parte demandada cuestiona la intervención del tercero financiador e incluso imaginar que se le considere como parte si éste intervine de manera muy activa durante el procedimiento arbitral o bien si existe una cesión de la deuda y en caso de que la parte demandante pierda el arbitraje que se condene al tercero financiador, en función de la ley aplicable.



## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

1. Abel, Richard. *The Paradoxes of Pro Bono*, “Fordham Law Review 2443,” (2010).
2. Affaki, Georges. *A financing is a financing is a financing....* en *Third-party Funding in International Arbitration*, (Paris, Francia: ICC Publishing S.A., 2013),
3. Ajogwu, Fabian. *Dealing with Guerilla Tactics in International Arbitration: which tools for Counsel and Arbitrators?* Lagos, Nigeria: Kenna Partners, 2016.
4. Alonso Cánovas, Carmen. “Third Party Funding: La financiación institucional de litigios y arbitrajes,” *Revista del Club Español de Arbitraje*, No. 26, (2016).
5. Altenkirch, Markus. “Die Sicherheitsleistungen für die Prozesskosten”, *Handbook on International Commercial Arbitration*, Segunda Edición (2014).
6. American Bar Association Commission on Ethics 20/20, *White Paper on Alternative Litigation Finance*, 2011.
7. Amey, Matthew. *Third party litigation funding in England and Wales: an overview*. Toronto, Canadá: Thomson Reuters Practical Law Company, 2013.
8. Bacelo, Joice. “Fondos brasileños comienzan a invertir en disputas arbitrales,” *Económico Valor*, 2016.
9. Baker, Wallace R. y de Fontbressin, Patrick. *The French Référé Procedure – A Legal Miracle?* Miami, United States: University of Miami, 1992-1993.
10. Balthasar, Stephan. *International Commercial Arbitration, International Conventions, Country Reports and Comparative Analysis*. Munich, Alemania: Beck C.H., 2016.



11. Barret, Jerome T. y Barret, Joseph P. *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*. San Francisco, California: Jossey- Bass, 2004.
12. Berger, Peter. “Prozesskostensicherheit (caution judicatum solvi) im Schiedsverfahren“, *ASA Bull* 22, (2004).
13. Benson, Bruce. “Arbitration” en *Encyclopedia of Law and Economics*. Ghent, Bélgica: Universidad de Ghent, 2000.
14. Bentham IMF, *Is South America the Next Litigation Funding Hot Spot?*, <https://www.benthamimf.com/blog/blog-full-post/bentham-imf-blog/2018/07/11/is-south-america-the-next-litigation-funding-hot-spot>.
15. Bernet, Martin y Hoffman, Urs. “Switzerland” en *Third Party Litigation Funding Law Review*, Londres, Inglaterra: The Law Reviews, 2018, <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-third-party-litigation-funding-law-review-edition-2/1176856/switzerland>.
16. Bernhard Berger, “Security for Costs: Trends and Developments in Swiss Arbitral Case Law,” *ASA Bulletin* 28, (2010).
17. Bogart, Christopher P. “RSM v. St. Lucia: Why the majority got it wrong on security for costs”, *Global Arbitration Review*, (2014).
18. Bogart, Christopher P. “Third-Party Financing of International Arbitration”, *The Arbitration Review of the Americas*, (2017).
19. Bordachar Urrutia, Rodrigo. *Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia*. Buenos Aires, Argentina: Instituto de Cultura Jurídica, 2015.
20. Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2014.
21. Brabandere, Erich y Lepeltak, Julia. *Third party funding in international investment arbitration*. Leiden, Países Bajos: Grotius Centre Working Paper Series, 2012.



22. Brekoulakis, Stavros L. *Third Parties in International Commercial Arbitration*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2010.
23. Briggs, Adrian. *Civil Jurisdiction and Judgements*. Nueva York, Estados Unidos: Informal Law from Routledge, 2015.
24. Buckley, Adrian. *Multinational Finance*. Pensilvania, Estados Unidos: Prentice Hall, 1996.
25. Bühler, Mica. “Awarding Costs in International Commercial Arbitration: an Overview,” *ASA Bulletin* 22, (Junio 2004).
26. Bullard Gonzáles, Alfredo. “¿Es el arbitraje un juicio?” *Ita Ius Esto Revista de Estudiantes*, (2012).
27. Cámara de Comercio Internacional. *No. 11443* publicado en el *Yearbook Commercial Arbitration*, La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2005.
28. Cámara de Comercio Internacional, *ICC Dispute Resolution Bulletin 2015*, Edición 2.
29. Carnelutti, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires, Argentina: El Foro, 1997.
30. Castillo Pacheco, Roberto José. “Third Party Litigation Funding. El Contrato de Financiamiento de Litigio en Costa Rica como herramienta para facilitar el acceso a la justicia en conflictos originados en contratos civiles o comerciales con cláusulas arbitrales institucionales vinculantes. Un análisis real-objetivo de la aplicabilidad de este instrumento contractual en nuestro medio.” Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 2015.
31. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Documento de Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI*, Volumen 3 de la Secretaría del CIADI, 2 de agosto de 2018.





32. Chan, Elizabeth. “Proposed Guidelines for the Disclosure of Third-Party Funding Arrangements in International Arbitration”, *American Review of International Arbitration* 26, No. 2, (2015).
33. Chan, Melody y Secomb, Matthew. *Third Party Funding: A New Chapter in Hong Kong & Singapore*. Hong Kong: White & Case, 2016.  
<https://www.whitecase.com/publications/alert/third-party-funding-new-chapter-hong-kong-singapore>.
34. Clanchy, James. “Navigating the Waters of Third -Party Funding in Arbitration,” *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, No. 3, (2016).
35. Cojo, Olivier. “Arbitraje y financiación procesal precaria en España: un análisis bajo el prisma de las nuevas Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés” *La Ley Mercantil*, No. 8, 2014.
36. Committee on International Commercial Arbitration. *Inherent and Implied power of Arbitral Tribunal*. Washington D.C., Estados Unidos, International Law Association, 2014.
37. Concepción, Carlos F y Quintanilla, Marcus. *Third-Party Funding: ¿Un mecanismo en crecimiento en Latinoamérica?*, Londres, Inglaterra: Lex Latin, 2017,  
<https://lexlatin.com/opinion/third-party-funding-mecanismo-crecimiento-latinoamerica>.
38. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Recent Developments in Investor–State Dispute Settlement (ISDS)*, Mayo de 2013.
39. Cook, Trevor y García, Alejandro. *Confidentiality of Arbitral Proceedings, International Intellectual Property Arbitration*. La Haya, Países Bajos: Wolters Kluwer, 2010.
40. Cremades, Bernardo. “Third party litigation funding: investing in arbitration,” *Transnational Dispute Management Journal* 8(4), No. 4, (2011).



41. Craig, W. Laurence; Park, William y Paulsson, Jan. “International Chamber of Commerce Arbitration”, *Oceana Publications Inc.*, 3ra Edición (2001).
42. Darwazeh, Nadia y Leleu, Adrien. “Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding,” *Journal of International Arbitration* 2, Volumen 33, (2016).
43. De Boulle, Thibault. “Third-Party Funding In International Commercial Arbitration”. Tesis, Universidad de Gent, 2014, [https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057\\_2014\\_0001\\_AC.pdf](https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf)
44. De Lázari, Eduardo. *Medidas Cautelares*. La Plata, Argentina: Librería Editora Platense S.R.L, 1995.
45. Daele, Karel. *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration, International*. La Haya, Países Bajos: Wolters Kluwer, 2012.
46. Di Iorio, Alfredo. *Teoría General de las Medidas Cautelares*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Desalma.
47. Dursun, Seyda. *Critical Examination of The Role Of Party Autonomy In International Commercial Arbitration And an Assessment Of Its Role And Extent*. Istanbul, Turquía: Yalova Universitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012.
48. Edouard, Bertrand. “The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding,” *ASA Bulletin* 29(3), 2011.
49. Eisenberg, Theodore y Miller, Geoffrey P. “The English Versus the American Rule on Attorney Fees: An Empirical Study of Public Company Contracts,” *Cornell Law Review* 98.2, (Enero de 2013).
50. Emanuele, Ferdinando y Molfa, Milo. “Medidas cautelares” en *International Arbitration: The Italian Perspective*. Londres, Inglaterra: Thomson Reuters, 2014.
51. Fernández, José Carlos. “Arbitraje y Justicia Cautelar,” *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XXII, (2007).



52. Enrique Fernández Masía, *La financiación por terceros en el arbitraje internacional*. Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid, <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3256>.
53. Fry, Earl H. *The Politics of International Investment*. New York, Estados Unidos: McGraw-Hill Book Company, 1983.
54. Gagarin, Michael. *The First Law of the Goryn Code*. Austin, Texas: Universidad de Texas, 1989.
55. Gaillard, Emmanuel y Savage, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. La Haya, Países Bajos: Kluwer Arbitration, 1999.
56. Gaillard, Emmanuel. *International Commercial Arbitration*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2009.
57. Gayner, Oliver y Khouri, Susanna. "Singapore and Hong Kong: International Arbitration Meets Third Party Funding," *Fordham International Law Journal* 3, Volumen 40, (2017).
58. Gerhard, Walter; Wolfgang, Bosch y Brönnimann, Jürgen. *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*. Bern, Suiza: Stämpfli Verlag, 1991.
59. Judith Gill y Matthew Hodgson, "Costs Awards- Who Pays?," *Global Arbitration Review* 4, (2015).
60. Goldman, Berthold. "Arbitrage Commercial International", *Jurisclasseur Droit International*, Fascicule 586-5-2, No. 77, 1991.
61. Goldsmith, Aren y Melchionda, Lorenzo. *The ICC's Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction*. La Haya, Países Bajos: Kluwer Arbitration Blog, 2016, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/03/14/the-iccs-guidance-note-on-disclosure-and-third-party-funding-a-step-in-the-right-direction/>.
62. Gómez-Acebo, Alfonso. *Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*. La Haya, Países Bajos: Wolters Kluwer, 2016.



63. González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa, 2004.
64. González de Cossío, Francisco. “The 2011 reform on Mexican arbitration law.” *IBA Arbitration News 1*, (2012), p. 72.
65. Grando, Michelle, *The Coming of Age of Interim Relief in International Arbitration: A report from the 28th Annual ITA Workshop*. Kluwer Arbitration Blog, 2016. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/07/20/the-coming-of-age-of-interim-relief-in-international-arbitration-a-report-from-the-28th-annual-ita-workshop/>.
66. Weixia Gu, “Security for Costs in International Commercial Arbitration”, *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International*, Volumen 22, Issue 3, (2005).
67. Hanotiau, Bernard. *Complex Arbitrations: Multi Party, Multi Contract, Multi Issue, and Class Actions*. La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2006.
68. Harwood, Miriam; N Batifort, Simon y Trahanas, Christina. “Third-Party Funding: Security for Costs and Other Key Issues,” en *The Investment Treaty Arbitration Review*. Londres, Inglaterra: The Law Reviews, 2017.
69. Henderson, Alaistair. “Lex arbitri, procedural law and seat of the arbitration: Unravelling the laws of the Arbitration Process” *Academy of Law Journal*, (2014).
70. Hilario Gómez, Jose. *LexFinance dispuesta a financiar arbitraje en Panamá*, Ciudad de Panamá, Panamá: El Capital Financiero, 2017, <https://elcapitalfinanciero.com/lexfinance-dispuesta-financiar-arbitrajes-en-panama/>.
71. Hirst, Peter y Cavelieri Fernandes, Joan. *Third-party funding in Brazil*. Brasil: Lexology, 2016, publicado en: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b3a913cc-f445-4d3b-8656-ed0fc49302fd>



72. Hodges, Christopher; Peysner, John y Nurse, Angus. *Litigation Funding: Status and Issues*. Oxford, Inglaterra: Centre for Socio-Legal Studies, 2012.
73. Hodges, Paula. “Equality of Arms in International Arbitration: Who Is the Best Arbiter of Fairness in the Conduct of Proceedings?” ICCA Congress Series, *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, 2017.
74. Horvath, Günther J. & Wilske, Stephan. “Conclusion and Outlook”, en *Guerrilla Tactics in International Arbitration*. La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2013.
75. Iglesias, Juan. *Derecho Romano, Historia e Instituciones*. Barcelona, España: Editorial Ariel, S.A., 1997.
76. International Bar Association, *Sobre el IBA- La voz global de la profesión legal*, [https://www.ibanet.org/About\\_the\\_IBA/intro\\_spanish.aspx](https://www.ibanet.org/About_the_IBA/intro_spanish.aspx).
77. International Chamber of Commerce, “Procedural Decisions in ICC Arbitration: Security for Costs”, *Bulletin E-Chapter*, Volum 25 Suplemento (2014).
78. International Council for Commercial Arbitration, *ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*.
79. Karrer, Pierre A. y Desax, Marcus. “Security for Costs in International Arbitration, Why, when and what if,” en *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*. Colonia, Alemania: Carl Heymann, 2001.
80. Kee, Christopher. “International Arbitration and Security for Costs – a Brief Report on Two Developments,” *American Review of International Arbitration*, (Diciembre 2006).
81. Kirtley, William y Wietrzykoski, Koralie. “Should An Arbitral Tribunal Order Security for Costs?”, *The Journal of International Arbitration*, (2013).
82. Koch, Christopher. “Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators,” *Journal of International Arbitration* 4, (2003).



83. Koh, Wilson y Sheng, Will. “Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges,” *Journal of International Arbitration* 34, No. 4, (2017).
84. Landolt, Phillip y Reeves Neal, Barbara. “Provisional Measures Concerning Competition Law” en *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*. La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2011.
85. Lasarte Álvarez, Carlos. *Principios de Derecho Civil*. Madrid, España: Editorial Trivium, 1995.
86. Latham Watkins LLP. *Guide to International Arbitration*, 2017, <https://www.lw.com/thoughtleadership/guide-to-international-arbitration-2017>.
87. Leathley, Christian y Yarrow, Natalie. *ICSID Tribunal Rules that it is neither necessary nor urgent to grant security for costs from a claimant with the benefit of third party funding* Londres, Inglaterra: Herbert Smith Freehills, 2017, <https://hsfnotes.com/publicinternationallaw/2017/07/03/icsid-tribunal-rules-that-it-is-neither-necessary-nor-urgent-to-grant-security-for-costs-from-a-claimant-with-the-benefit-of-third-party-funding/>.
88. Lew, Julian. “Business and the Law: A Question of Costs,” *Financial Times*, (Junio 1994).
89. Lew, Julian; Mistelis, Loukas y Kröll, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2003.
90. Lord Justice Jackson, “Third Party Funding or Litigation Funding”, (Sexta Conferencia en el Programa *The Civil Litigation Costs Review Implementation Programme* para los Reales Tribunales de Justicia, 23 de noviembre de 2011).
91. Lord McNair, *The general principles of law recognized by civilized nations*. Londres, Inglaterra: British Yearbook of International Law, 1957.
92. Lowe, Vaughan. *Changing Dimensions on International Investment Law*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2007.



93. Lynch, Katherine. "Security for Costs in Domestic and International Arbitration in England and Hong Kong," *Journal of International Arbitration* 12.2, (1995).
94. Maleske, Melissa. "Hedging bets: third-party litigation funding gains steam in the U.S." *Inside Counsel* 1 (Diciembre, 2009).
95. Marcus, Richard L; Redish, Martin H. y Sherman, Edward F. *Civil Procedure: A Modern Approach*. Minnesota, Estados Unidos: West Publishing Company, 1995.
96. Mathur, Charu. *India: Legal Due Diligence*. Nueva Delhi, India: Mondaq, 2002, <http://www.mondaq.com/india/x/17241/Operational+Performance+Management/Legal+Due+Diligence>.
97. May, Robert; Mueller, Gerhard y Williams, Thomas H. *A New Introduction to Financial Accounting*. Londres, Inglaterra: Prentice Hall, 1976.
98. Mereminskaya, Elina. Financiamiento de litigios a través de terceros y su aterrizaje en Chile, CAM Santiago, entrevista telefónica de la autora con Narghis Torres, gerente general de Lex Finance, 13 de diciembre de 2016.
99. Miles, Wendy y Speller, Duncan. "Security for costs in international arbitration – emerging consensus or continuing difference?" *European Arbitration Review*, (2007):
100. Miles, Camero. *The Origins of the Law of Provisional Measures before International Courts and Tribunals*. Heidelberg, Alemania:, Max Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2013.
101. Moens , Gabriël y Luttrell, Sam. "Interim Measures of Protection under the Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration" *International Arbitration Journal*, (2010).
102. Moreno Baldivieso, Ramiro. *Financiación de disputas, algunos aspectos acerca de la Naturaleza de la relación contractual que se establece entre los que intervienen en la misma*. Ciudad de Panamá, Panamá: Club Español de Arbitraje, 2016.





103. Moses, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge, Inglaterra: Universidad de Cambridge, 2012.
104. Mourre, Alexis. *Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case for a Systematic Publication of Arbitral Awards in 10 Questions*. La Haya, Países Bajos: Kluwer arbitration Blog, 2009. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/05/28/arbitral-jurisprudence-in-international-commercial-arbitration-the-case-for-a-systematic-publication-of-arbitral-awards-in-10-questions/>.
105. Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe de la Corte Internacional de Justicia*, 18 de agosto 1989.
106. Naciones Unidas, Asamblea General, *Resolución aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Sexta Comisión*, 16 de diciembre de 2013, A/68/462.
107. Napier et al., Micheal. *Improved Access to Justice- Funding Options and Proportionante Costs*. Reino Unido: Civil Justice Council, 2007.
108. Oceánica de Seguros, *Condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil en Colones*, disponible en la página oficial de la Superintendencia General de Seguros de Costa Rica bajo el código de registro G08-07-A13-464.
109. Olavo Baptista, Luiz y Nakagawa Baptista, Adriane. “Brasil” en *Third Party Litigation Funding Law Review*. Londres, Inglaterra: The Law Reviews, 2018.
110. Osmanoglu, Burcu. “Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest,” *Journal of International Arbitration* 3, (2015).
111. Park, William W. “The procedural soft law of international arbitration: Non-governmental instruments,” en *Pervasive Problems in International Arbitration*. Londres, Inglaterra: Kluwer Law International, 2006.



112. Paulsson, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford, England: Oxford University Press, 2013.
113. Pessey, Jean-Baptiste. *When to Grant Security for Costs in International Commercial Arbitration: the Complex Quest for a Uniform Test*, International Institute for Conflict Prevention and Resolution: 2011, <https://www.cpradr.org/news-publications/articles/2011-05-06-when-to-grant-security-for-costs-in-international-commercial-arbitration-the-complex-quest-for-a-uniform-test-2011-writing-contest-winner>.
114. Pestilla Fabbri, Mauricio. “Inapplicability of the arbitration agreement due to the impecuniosity of the party,” *Revista Brasileira de Arbitragem* 15, Volumen 57, (2018).
115. Pinsolle, Philippe. “Le Financement de l'Arbitrage par les Tiers,” *Revue de l'arbitrage* 2, (2011).
116. Pinsolle, Philippe. “Third Party Funding and Security for Costs”, *Cab. Arb* (2013).
117. Poudret, Jean-François y Besson, Sébastien. *Comparative Law of International Arbitration*. London, England: Sweet & Maxwell, 2007.
118. Pryles, Michael. “National Report for Australia,” en *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International; 2008.
119. Radicati di Brozolo, Luca G. y Sabatini, Michele. *Reporte de Arbitraje de Italia 2018*. Londres, Inglaterra: International Bar Association, 2018.
120. Reichert, Douglas. “Provisional Remedies in the Context of International Commercial Arbitration”, *Berkeley Journal of International Law*, (1986).
121. Rivera, Julio César. *Arbitraje comercial internacional y doméstico*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot: 2007.



122. Redfern, Alan and Hunter, Martin. *International Arbitration*. (Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2015).
123. Reisman, Michael y Crawford, James R. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. La Haya, Países Bajos: Wolters Kluwer law and Business, 2014.
124. Roca, Claudia. “El *due diligence* en las fusiones, adquisiciones un ejercicio imprescindible,” *Diario Gaceta Judicial*, (Noviembre, 2010).
125. Rosell, José. “El third-party funding y su impacto en el arbitraje internacional”, *Libro Conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) Veinticinco Años de Arbitraje en España*, (2015):
126. Rosell, José. *Financiamiento por terceros: X Congreso Internacional de Arbitraje, San José Costa Rica*, comunicación personal, 21 de febrero de 2019.
127. Nicholas Rowles-Davies, Nicholas y Cousins, Jeremy, ““Third-Party Litigation Funding”, *Oxford University Press* (2014).
128. Rubins, Noah. “In God We Trust, all Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration,” *American Review of International Arbitration 11*, (Junio 2000).
129. Sharma, Daniel. “Germany” en *Third Party Litigation Funding Law Review*, (Londres, Inglaterra: The Law Reviews, 2018), <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-third-party-litigation-funding-law-review-edition-2/1176841/germany>.
130. Scherer, Maxi; Goldsmith, Aren y Fléchet, Camille. “Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1- Funders’ Perspectives,” *International Business Law Journal* (2012).
131. Schmidt, Bernd. “Eine neue Form der Versicherung?” *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999.
132. Schreuer, Cristoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Londres, Inglaterra: Cambridge University Press, 2001.



133. Schönherr, F. ‘Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis und Schiedsgericht’, (1980).
134. Schultz, Thomas y Dupont, Cédric. “Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors? A Quantitative Study,” *European Journal of International Law* 25, (2015).
135. Shepherd, Craig C. “Security for Costs in Hong Kong Arbitrations,” *Asian Dispute Review* 1.2, (1999).
136. Shihata, Ibrahim F.I. *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA*, Washington D.C. ICSID. Washington D.C., United States: World Bank, 1992.
137. Smith, Mick. “Mechanics of Third-Party Funding Agreements: A Funder’s Perspective” en *Third-Party Funding in International Arbitration*. La Haya, Países Bajos: Kluwer 2017.
138. Stone, William. “Third Party Funding in International Arbitration: A Case for Mandatory Disclosure?” *Asian Dispute Review* 2, (2015).
139. Sun, Huawei y Zhang Lei. *Global Arbitration Review*. China: Zhong Lun Law Firm, 2017.
140. The Law Reform Commission of Hong Kong, *Final Consultation Paper*, 2015.
141. Torrealba Navas, Federico. *Contratos Especiales Civiles y Mercantiles* (Inédito).
142. Tupman, Michael. W. “Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration” *The International and Comparative Law Quarterly* 38 (enero de 1989).
143. United Nations Commission on International Trade Law, *Report of the 47th Session of the Working Group on Arbitration and Conciliation: doc. A/CN.9/641*.



144. United States Chamber Institute for Legal Reform, *Selling Lawsuits, Buying Trouble: Third-Party Litigation Funding in the United States*, October 2009.
145. Van Boom, Willem H. *Third-Party Financing in International Investment Arbitration*. Leiden, Países Bajos: Leiden University, 2011.  
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2027114>.
146. Van den Berg, Albert Jan. *Yearbook Commercial Arbitration 1998*. La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 1998.
147. Von Goeler, Jonas. *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*. La Haya, Países Bajos: Wolters Kluwer, 2016.
148. Von Segesser, Georg. “Inoperability of Arbitration Agreements due to Lack of Funds?” *Revisiting Legal Aid in International Arbitration*, (Enero 2015),  
<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/01/17/inoperability-of-arbitration-agreements-due-to-lack-of-funds-revisiting-legal-aid-in-international-arbitration/>.
149. Waincymer, Jeffrey. “Procedure and Evidence in International Arbitration”, Kluwer Law International, 2012.
150. Weinstein, Boaz. *Champerty, Maintenance, and Barratry*. Nueva York, Estados Unidos: Lake Whillans, 2014, <https://lakewhillans.com/articles/champerty-maintenance-and-barratry/>.
151. Wegmoeller, Marcel. “Austria” *Third Party Litigation Funding Law Review*, Londres, Inglaterra: The Law Reviews, 2018,  
<https://thelawreviews.co.uk/edition/the-third-party-litigation-funding-law-review-edition-2/1176818/austria>.
152. Wesolowski, Antonio. “España”, en *Third Party Litigation Funding Law Review*. Londres, Inglaterra: The Law Reviews, 2018.
153. Wingfield, Thomas. “Third Party Funding for Arbitration: An Opportunity for Singapore to Lead the Way in the Regulations,” *Asian Dispute Review 16*, (2016).



154. Winter, Jeremy y Abraham, Steve. *Third Party Funding in International Arbitration*. Chicago, Estados Unidos: Baker & McKenzie LLP, 2013.
155. Ying Tan, Liang- y Bouchenaki, Amal. “Limiting Investor Acces to Investment Arbitration: A Solution without a Problem?” en *Reshaping the Investor-State Dispute System*. Leiden, Países Bajos: Brill Nijhoff, 2015.
156. Yesilirmak, Ali. *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. La Haya, Países Bajos: Kluwer Law International, 2005.
157. Yu Hong Lin, Hi y Shore, Laurence. “Independence, Impartiality, and Immunity of Arbitrators – US and English Perspectives,” *Independent and Comparative Law Quarterly* 52(4), (2003).

### **Jurisprudencia Nacional**

#### **1. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de La República de Costa Rica**

- 1.1. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de La República de Costa Rica. Sentencia No. 00081-1991, 1 de diciembre de 1991.

### **Jurisprudencia Internacional**

#### **1. Corte Distrital de Inglaterra**

- 1.1. Corte Distrital de Inglaterra, *Unione Stearinerie Lanza vvs. Wiener*, 1917, Caso No. 2 K.B. 558.

#### **2. Cámara de los Lores Británica**

- 2.1. Cámara de los Lores Británica, *West Tankers v RAS*, 2007, Caso No. 1 Lloyd's Rep 391.
- 2.2. Cámara de los Lores Británica, *SA Copée Lavalin vs. Ken-Ren Chemicals y Fertilisers Ltd*, 1994, Caso No. 380 LMLN 4.

#### **3. Corte Comercial, Queen´s Bench Division**

- 3.1. Corte Comercial, Queen´s Bench Division, *Caso Smith Ltd v H International*, 1991, Caso No. 2 Lloyd's Rep 127.



#### **4. Corte de Apelación de California, Sexto Circuito**

**4.1.** Corte de Apelación de California, Sexto Circuito, *Advanced Micro Devices, Inc. vs. Intel Corporation*, 4 de junio del 1994.

#### **5. Corte de Apelación del Estado de Florida**

**5.1.** District Court of Appeal of Florida, *Mohammed Abu- Ghazaleh v. Gerardo Martin Demerutis*, (Diciembre 2009), Caso No. 36 So. 3d 691

#### **6. Corte de Apelación de Estados Unidos, Sexto Circuito**

**6.1.** Corte de Apelación de Estados Unidos, Sexto Circuito, *Island Creek Coal Sales Co. vs. Gainesville 729*, 15 de marzo 1984.

#### **7. Corte de Apelaciones de Inglaterra**

**7.1.** Corte de Apelaciones de Inglaterra, *Cowell v Taylor*, 1885, Caso No. 31 Ch D 34.

#### **8. Corte de Apelación de Inglaterra y Gales**

**8.1.** Corte de Apelación de Inglaterra y Gales, División Civil, *Arkin v Borchard Lines*, 26 de mayo del 2005, Caso No. EWCA Civ 665.

#### **9. Corte de Apelaciones de Singapur**

**9.1.** Corte de Apelaciones de Singapur, Caso PT Garuda Indonesia v Birgen Air, 2002, Caso No. 1 SLR 393.

#### **10. Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos**

**10.1.** Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos, *Pacific Reinsurance Management Corp. vs. Ohio Reinsurance Corp.*, (5 de Junio de 1991), Caso No. 935 F.2d 1019, 1022–23

#### **11. Corte de Apelaciones del Quinto circuito de Estados Unidos**





**11.1.** Corte de Apelaciones del quinto circuito de Estados Unidos, *S & T Oil Equipment & Machinery, Ltd. vs. Juridica Investments Limited*, 5 de enero 2012, Caso No. 11-20400.

## **12. Corte Permanente Internacional de Justicia**

**12.1.** Corte Permanente Internacional de Justicia del Tratado del 2 de noviembre de 1865, *Caso China vs. Bélgica* (1927).

## **13. Corte Superior de Inglaterra**

**13.1.** Corte Superior de Inglaterra, *Bank Mellat vvs. Helliniki Techniki*, (1983), Caso No. 3 ALL ER 428, <http://www.uniset.ca/other/cs3/1984QB291.html>.

## **14. Corte Suprema de Austria**

**14.1.** Corte Suprema de Austria, *Caso Ob 350/77*, 1977.

**14.2.** Corte Suprema de Australia, *Campbell's Cash & Carry Pty Ltd vs. Fostif Pty Ltd*, 30 de agosto 2006, Caso No S514/2005.

## **15. Corte Suprema de Estados Unidos**

**15.1.** Corte Suprema de Estados Unidos, *Arcambel vs. Wiseman*, (1796), Case No. 3 U.S. 3 Dall. 306 306

**15.2.** Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Wylie vs. Coxe*, 1853, Caso No. 56 U.S. 415, 14

**15.3.** Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos *Wright vs. Tebbitts*, 1875, Caso No. 91 U.S. 252

**15.4.** Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Stanton vs. Embrey*, 1 de enero del 1876, Caso No. 93 U.S. 548.

**15.5.** Corte Suprema de Estados Unidos, *City of Burlington vs. Dague*, "Sentencia," 24 de abril de 1992, Caso No. 505 US 557.



**15.6.** Corte suprema de Justicia de Estados Unidos, *Persona Digital Telephony Ltd vs. The Minister For Public Enterprise*, 2016, Caso No. IESCDDET 106.

## **16. Corte Suprema de Inglaterra**

**16.1.** Corte Suprema de Inglaterra, *RBS Rights Issue Litigation* (2017) Caso No. EWHC 1217.

## **17. Corte Suprema de Italia**

**17.1.** Corte Suprema de Italia, *Resolución No. 9909*, 2009.

## **18. Corte Suprema de Justicia de Inglaterra y Gales**

**18.1.** High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division, *Excalibur Ventures L.L.C. v. Texas Keystone Inc. & otros*, (2015) Caso No. EWHC 566.

**18.2.** High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division, *Caso No. 2012*, 7 May 2013.

**18.3.** High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division, *Harcus Sinclair v Buttonwood Legal Capital Limited and others*, 2013, caso no. EWHC 1193

**18.4.** High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division, *Cofely Ltd v Anthony Bingham*, 17 de febrero de 2016, Caso No. EWHC 240.

## **19. Corte Suprema de Justicia del Reino Unido**

**19.1.** Corte Suprema de Justicia del Reino Unido, *Jivraj v Hashwani*, 2011, Caso No UKSC 40.

## **20. Corte Suprema de Justicia de lo Civil Panamá**

**20.1.** Corte Suprema de Justicia de lo Civil Panamá, *Caso Fomento de Construcciones y Contratas S.A. contra Colon Container Terminal S.A.*, 15 de noviembre del 2001, Caso No. BGE 127 III 279 S. 280.



## **21. Corte Suprema de Suecia**

**21.1.** Corte Suprema de Suecia, Caso No. T 156-09, 9 de junio de 2010

## **22. Corte Suprema de Suiza**

**22.1.** Corte Suprema de Suiza, *Caso BGE 131 (2004) I 223*, 10 de diciembre del 2004, Caso No. BGE 131 (2004) I 223.

## **23. Tribunal Supremo de Nueva Zelanda**

**23.1.** Tribunal Supremo de Nueva Zelanda, *Safe Kids in Daily Supervision Limited vs. McNeill and Others*, 14 de Abril del 2010, Caso NZHC 605.

## **24. Tribunal Supremo de España**

**24.1.** Tribunal Supremo de España, Sala Tercera, *Recurso 5837-2005*, 4 de noviembre de 2008, Caso No. 528/01 TDC; 2201/00 SDC.

## **25. Tribunal del Distrito de Sureño de Texas división de Houston**

**25.1.** Tribunal del Distrito de Sureño de Texas división de Houston, *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. et al. vs. Juridica Investments Ltd. et al.*, “Complaint” 14 de febrero del 2011, Civil Action No. H-11-0542.

**25.2.** Tribunal del Distrito de Sureño de Texas división de Houston, *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. et al. vs. Juridica Investments Ltd. et al.*, “Memorandum and Order,” 25 de abril del 2011.

## **Laudos Internacionales**

### **1. Cámara Arbitral de Suiza**

**1.1.** Camará Arbitral de Suiza, *Caso. No 415*, del 20 de noviembre de 2001.

### **2. Cámara de Comercio Internacional**



- 2.1. Cámara de Comercio Internacional, *Producer vs. Construction Company*, “Laudo Interino”, 12 de diciembre de 1996, Caso No. 1694 NAI,
  - 2.2. Cámara de Comercio Internacional, *Caso No. 8786*, 1997, publicado en el Boletín CCI No. 811, 2000.
  - 2.3. Cámara de Comercio Internacional, *Caso No. 8786, 11(1) ICC Ct. Bull. 81, 83*, “Laudo Interino” 2000.
  - 2.4. Cámara de Comercio Internacional, *Caso A v Z*, del 2 de abril del 2002, citado en ASA Bulletin, La Haya, Países Bajos: Kluwver Law International, 2003.
  - 2.5. Cámara de Comercio Internacional, *Caso No. 12035*, “Orden Procedimental”, 6 de junio del 2003.
  - 2.6. Cámara de Comercio Internacional, *Caso CCI 13359*, “Orden procesal de febrero del 2006”, febrero del 2006.
  - 2.7. Cámara de Comercio Internacional, *Caso CCI 14020*, “Orden procesal de noviembre del 2006”, noviembre del 2006.
  - 2.8. Cámara de Comercio Internacional, *Caso CCI 14355*, “Orden procesal de enero del 2007”, enero del 2007.
  - 2.9. Cámara de Comercio Internacional, *Caso CCI 14993*, “Orden procesal de diciembre del 2007”, diciembre del 2007.
  - 2.10. Cámara de Comercio Internacional, *Caso CCI 15218*, “Orden procesal de julio de 2008”, julio 2008.
  - 2.11. Cámara de Comercio Internacional, *Caso CCI 14661*, “Orden procesal de diciembre del 2008”, diciembre del 2008.
- 3. Cámara de Comercio de Zurich**
- 3.1. Cámara de Comercio de Zurich, *Procedimiento arbitral ZCC No. 415*, Noviembre del 2001.



#### 4. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

- 4.1. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Amco Asia Corporation y otros vs. La Republica de Indonesia*, 20 de noviembre de 1984, Caso No. ARB/81/1.
- 4.2. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Maffezini contra el Reino de España*, “Resolución procesal No. 2,” 28 de octubre de 1999, Caso No. CIADI ARB/97/7.
- 4.3. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Víctor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende c. Chile*, “Decisión sobre la solicitud de medidas provisionales”, 25 de septiembre de 2001, Caso No. ARB/98/2.
- 4.4. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Caso Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, 21 de marzo del 2007, Caso No. ARB/05/07.
- 4.5. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Libananco Holdings Co. Limited vs. Turquía*, “Decisión de asuntos preliminares”, 23 de junio de 2008, Caso No. ARB/06/8.
- 4.6. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Bernardus Henricus Funnekotter y otros vs. la República de Zimbabwe*, 22 de abril del 2009, Caso No. ARB/05/6.
- 4.7. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Production Corporation v Grenada*, “Laudo Final”, 13 de Mayo 2009, Caso No. ARB/O5/14.
- 4.8. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún contra el Estado Plurinacional de*



*Bolivia*, “Decisión en medidas precautorias”, 26 de febrero del 2010, Caso CIADI ARB/06/2.

- 4.9.** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Ioannis Kardassopoulos vs. Georgia*, 3 de marzo 2010, Case No. ARB/05/18
- 4.10.** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *S&T Oil Equipment and Machinery Ltd. vs. Romania*, “Orden para interrumpir el procedimiento,” 16 de julio del 2010, Caso No. ARB/07/13.
- 4.11.** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *OPIC Karimum Corp. vs. La República Bolivariana de Venezuela*, 5 de mayo de 2011, Caso No. ARB/10/14.
- 4.12.** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. vs. El Salvador*, “Decisión sobre *cautio judicatum solvi*,” 20 de setiembre de 2012, Caso No. ARB/09/17.
- 4.13.** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *RSM Production Corporation vs. Santa Lucía*, “Decisión Sobre la solicitud de medidas cautelares por Santa Lucía,” 12 de diciembre de 2013, Caso No. ARB 12-10.
- 4.14.** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *RSM Production Corporation vs. Santa Lucía*, “Decisión sobre la *cautio judicatum solvi*,” 13 de agosto de 2014, Caso No. ARB 12-10.
- 4.15.** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *RSM Production Corporation vs. Santa Lucía*, “Decisión Sobre la solicitud de Santa Lucía para la Suspensión o Interrupción del Proceso,” 8 de abril del 2015, Caso No. ARB 12-10.



- 4.16.** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. la República de Argentina*, 9 de abril del 2015, Caso No. ARB/03/19.
- 4.17.** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Muhammet Çap vs. Turkmenistán*, “Orden Procesal No. 3,” 12 de junio del 2015, Caso No. ARB/12/6, [https://www.italaw.com/sites/default/files/case\\_documents/italaw4350.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case_documents/italaw4350.pdf).
- 4.18.** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *FTR Holding S.A., Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. (Uruguay) Oriental vs. la República de Uruguay*, 8 de julio del 2016, Caso No. ARB/10/7.

## **5. Corte Permanente de Arbitraje**

- 5.1.** Corte Permanente de Arbitraje, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation vs. Ecuador*, 2009, PCA Caso No. 2009-23.
- 5.2.** Corte Permanente de Arbitraje, *South American Silver Limited vs. El Estado Plurinacional de Bolivia*, “Orden Procesal N° 10”, de 11 de enero de 2016, Caso No. 2012-15, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf>.

## **6. London Court of International Arbitration**

- 6.1.** London Court of International Arbitration, *Caso No. UN3490*, 27 de diciembre de 2005.

## **7. Tribunal Ad Hoc bajo la Ley Modelo de la CNUDMI**

- 7.1.** Arbitraje Ad Hoc bajo la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, *Banque Arabe et Internationale d'Investissement v. Inter-Arab Investment Guarantee Corp*, 1994





## 8. Tribunal Ad Hoc Zurich

8.1. Arbitraje ad hoc con sede en Zúrich, decisión del 27 de noviembre de 2002, ASA 2005,

9. Caso A. S. p. A v. vs. B AG del 25 de setiembre de 1997

### Normativa Internacional

1. Chartered Institute of Arbitrators, *Applications for Interim Measures*.
2. Chartered Institute of Arbitrators, *Applications for Security for Costs*.
3. Chartered Institute of Arbitrators, *Introduction To The International Arbitration Practice Guidelines*.
4. Código de Procedimientos Civiles de Alemania, (11 de setiembre de 1950).
5. Código de Procedimientos Civiles de Austria, (1 de agosto de 1895).
6. Código de Procedimiento Civiles de Italia, (2 de octubre de 1940).
7. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, (7 de noviembre de 1967).
8. Convención de Nueva York, (1958), [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html).
9. Concordato Cantonal de Suiza (1969).
10. Declaración Universal de Derechos Humanos, (1948), <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.
11. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014, acuerdo del Consejo de la IBA el jueves 23 de octubre de 2014.
12. English Arbitration Act de Inglaterra, (1996).
13. Estatuto de la Corte Suprema de Justicia, (1945), <https://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>.
14. Ley Federal del Derecho Internacional Privado suizo, (1987)



15. Ley 13129 de Brasil, (1965).
16. Ley 60/2003 de España, (2003).
17. Ley de Arbitraje de la República Popular de China, (1994).
18. Ley de Arbitraje Italiana, (2006).
19. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (1985), [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)
20. Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Mar, (1982),  
[http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/convemar\\_es.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf).
21. Ordenanza arbitral de Hong Kong, (31 de mayo del 2011).
22. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (1976),  
<https://www.coe.int/es/web/compass/the-international-covenant-on-civil-and-political-rights>.
23. Reglas de Arbitraje de London Court of International Arbitration, (2014),  
[https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx)
24. Reglas de Arbitraje de Singapore International Arbitration Centre, (2016).
25. Reglas de Arbitraje de Stockholm Chamber of Commerce, (2017),  
[https://sccinstitute.com/media/293614/arbitration\\_rules\\_eng\\_17\\_web.pdf](https://sccinstitute.com/media/293614/arbitration_rules_eng_17_web.pdf).
26. Reglas de Arbitraje de Swiss Chambers' Arbitration Institution, (2012),  
[https://www.swissarbitration.org/files/33/Swiss-Rules/SRIA\\_EN\\_2017.pdf](https://www.swissarbitration.org/files/33/Swiss-Rules/SRIA_EN_2017.pdf).
27. Reglas de Arbitraje de World Intellectual Property Organization, (2014),  
<https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/>.
28. Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI, (1967),  
<https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention-Arbitration-Rules.aspx>.



29. Reglas del Hong Kong International Arbitration Centre, (2013), [http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck\\_filebrowser/PDF/arbitration/2013\\_hkiac\\_rules.pdf](http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2013_hkiac_rules.pdf)
30. Reglas del International Centre for Dispute Resolution, (2009), <https://www.adr.org/sites/default/files/International%20Dispute%20Resolution%20Procedures%20%28Including%20Mediation%20and%20Arbitration%20Rules%29%20-%20English%20Jun%2001%2C%202010.pdf>.
31. Reglamento de Arbitraje Internacional de la asociación Americana de Arbitraje, (1997), <http://www.intracen.org/Reglamento-de-Arbitraje-Internacional-de-la-Asociacion-Americana-de-Arbitraje-1997/>.