

V ENCUENTRO DE CAPITULOS NACIONALES DEL CLUB ESPAÑOL DE ARBITRAJE, PANAMA 17 Y 18 DE NOVIEMBRE DE 2016

MESA 4.- FINANCIACIÓN DE DISPUTAS

FINANCIACION DE DISPUTAS, ALGUNOS ASPECTOS ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL QUE SE ESTABLECE ENTRE LOS QUE INTERVIENEN EN LA MISMA.

Ramiro Moreno Baldivieso ¹

ABSTRACTO

No es desconocido para nadie la activa participación de algunas entidades financieras especializadas en el campo del arbitraje. *Prima facie* pareciera que la participación de los Third Party Funding (TPF), en toda la estructura de los procesos arbitrales es innegable y ha dado lugar a comentarios doctrinarios, jurisprudencia y hasta ser mencionadas en películas. La figura de los TPF's podría ser considerada como sencilla en términos jurídicos; un contrato por el cual una persona con intereses ajenos al pleito-arbitraje, contrae la obligación de financiar a una de las partes todos los gastos que se generen dentro de un proceso arbitral, a cambio de percibir un porcentaje pre determinado en caso de que el resultado del arbitraje sea favorable a su financiado, si el resultado, es adverso para este , el tercer financiador no tiene ningún derecho a reclamar a su financiado.

El presente trabajo, pretende enfocar la posición jurídica en la que se encuentran tanto el financiado, el financiador, como también la otra parte que podría denominarse perdedor/demandado. Es decir qué clase de relación jurídica se establece entre estos: si es una cesión de contrato, una subrogación consentida por el acreedor o, en definitiva se trata de un contrato de financiamiento *per se* y se pueda determinar cuál sería la figura jurídica adecuada para poder entablar una relación eficiente en la que interviene una tercera persona ajena al arbitraje.

^{1 1} * Abogado graduado de la Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, Bolivia, Master en Leyes LLM Harvard Law School, Harvard University, doctorando en Universidad de Salamanca, España. Presidente de la Academia de Ciencias Jurídicas de Bolivia, miembro Académico Correspondiente Extranjero de las Academias de Córdoba - Argentina, Jurisprudencia de Colombia y Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación de México; Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Mayor de San Andrés, Profesor Maestrías Universidad Andina Simón Bolívar y Universidad Privada Boliviana – UPB, Socio Principal y Director de Estudio de Abogados Moreno Baldivieso – EMBA- La Paz, Bolivia.

Sumario

1. Introducción
2. El negocio jurídico entre el tercer financiador TPF y una de las partes en el arbitraje, se trata de: (i) cesión de derechos; (ii) subrogación consentida por el acreedor y (iii) El contrato de financiamiento *per se*.
3. Perspectivas favorables y desfavorables del TPF.
4. Situación en Bolivia.
5. Conclusiones.

* * * *_* * * *

1. Introducción.

Es de conocimiento generalizado que a consecuencia del auge de la firma de Tratados de Protección Recíproca de Inversiones (BIT's) a partir de la década de los ochenta, los arbitrajes internacionales relativos a inversiones también recibieron un alto flujo de demandas entre el inversionista y el país receptor de la inversión. De igual manera ocurrió con los arbitrajes internacionales en materia comercial donde las sumas que comprendían las demandas alcanzaron a cantidades muy importantes casi equiparándolas a las de los arbitrajes de inversiones entre el inversor y el Estado.

Las opiniones acerca de hacía cual lado de la balanza se inclinan los fallos emitidos por los tribunales arbitrales, naturalmente son de diversa índole, pero, afirmándose algunas veces que los tribunales arbitrales de inversiones estaban diseñados para que los inversionistas demandantes tengan resultados más favorables en detrimento de los Estados receptores de la inversión. Sin embargo, según algunas investigaciones al respecto, se sostiene que existiría un equilibrio entre los fallos a favor del inversionista con relación al de los Estados. Pero sí es indudable, reitero, que el espectro en el cual se desarrolla los procesos arbitrales han crecido de una manera exponencial.

Dentro de los factores influyentes en la correlación entre casos arbitrales y la resolución de los mismos, se encuentra naturalmente el costo que conlleva enfrentar una demanda arbitral sea en temas de inversión o en temas comerciales internacionales. En efecto, muchas veces la parte accionante no cuenta con los suficientes fondos para enfrentar una demanda que de por sí puede representar sumas importantes de dinero que aunque los tuviese disponible en flujos, afectaría a su liquidez, aspecto que se toma en cuenta para que a través del mecanismo relativamente nuevo, instituciones financieras pudieran hacerse cargo del costo total o parcial que representa enfrentar procesos arbitrales bien sean de inversión o de comercio internacional.

La emergencia de terceras personas ajenas a la relación contractual no solamente con base en el arbitraje, sino en otra clase de litigios, ha venido a representar un nuevo elemento que si bien no forma parte directa de las relaciones jurídico - contractuales, si hace su ingreso con una provisión de fondos de alto riesgo para soportar arbitrajes tanto de inversión como en materia comercial y, son los denominados financiadores de litigios por personas privadas ajenas al proceso y que por su origen anglosajón se lo conoce como Third Party Funding or Third Party Litigations Funding (TPF), figura que nació en Australia hace aproximadamente dos décadas y muy rápido se expandió a las jurisdicciones del Reino Unido y los Estados Unidos de Norteamérica.²

De manera general, podemos afirmar que la figura de los TPF's podría ser considerada como sencilla en términos jurídicos; un contrato por el cual una persona con intereses ajenos al pleito-arbitraje, contrae la obligación de financiar a una de las partes todos los gastos que se generen dentro de un proceso arbitral, a cambio de percibir un porcentaje pre determinado en caso de que el resultado del arbitraje sea favorable a su financiado, si el resultado, es adverso para este, el tercer financiador no tiene ningún derecho a reclamar a su financiado.

Esta figura no parece ser extraña para muchos abogados e investigadores y tampoco muy difundida, pero lo característico que resalta es la obligación por parte del financiador de proporcionar fondos suficientes para solventar los diferentes costos del arbitraje sujeto a una decisión de un tribunal arbitral y que si el fallo es favorable al demandante, el financiador, tendrá derecho a obtener una parte o un porcentaje a ser convenido de lo que le correspondería pagar al perdedor en el proceso.

Como consecuencia de la irrupción de un tercero en el arbitraje de una manera no directa, es que se ha formado diversas críticas como así también aspectos positivos que van desde el análisis del acceso a la justicia, principalmente cuando el accionante no cuenta con fondos suficientes o teniéndolos estos no busca poner en riesgo frente a la posibilidad de recibir un fallo adverso.

Pero lo importante radica en que las instituciones financieras han encontrado una nueva forma de encarar los negocios, poniendo a disposición importantes sumas de dinero que, desde luego merecen un escrutinio riguroso para la determinación de su participación o no en un proceso arbitral de inversiones o uno de materia comercial, tal el caso de algunos terceros financiadores internacionales como Burford Capital – USA, Jurídica Investment Ltd. – UK; Omni Bridgeway – Países Bajos; Fullbrook Management – USA; Calunius Capital – UK y en nuestro medio latinoamericano Lex-Finance liderizado por el jurista-financiero Narghis Torres pionero y visionario en este campo.

² U.S. Chamber, Institute for Legal Reform. "Third Party Litigation Funding"
<http://www.instituteforlegalreform.com/issues/third-party-litigation-funding#results>.

Dentro de este contexto se debe tomar en cuenta el alcance de la financiación del arbitraje que puede abarcar los gastos inherentes a los honorarios de los árbitros, los expertos especializados, los derechos de ingreso al arbitraje, y un aspecto controversial relativo a las costas que como veremos más adelante, en aplicación de lo convenido entre el financiador y el financiado, se dispuso el pago de las mismas en un fallo reciente en el proceso arbitral *Essar Oilfield Services Limited v. Norscot Rig Management Pvt Limited* en el cual se dispuso que la parte perdedora reembolse en favor del financiador con pago de costas en favor del financiador.

El establecimiento de la relación jurídica entre el financiador y el financiado/demandante, es crucial para la concreción de este negocio jurídico como así también la posición jurídica en la cual puede encontrarse la parte perdedora, quien en definitiva es la que se obliga a pagar a la parte vencedora; pero el punto de inflexión radica en los supuestos casos en que hubiesen desavenencias entre el financiador y su financiado, como se dio en el caso de *S&T Oil Equipment and Machinery Ltd vs. Rumania*³ por lo que, considero importante la fijación de la posición jurídica de las partes principales en torno al negocio jurídico de la financiación por terceros.

2. El negocio jurídico entre el tercer financiador TPF y una de las partes en el arbitraje, se trata de: (i) cesión de derechos; (ii) subrogación consentida por el acreedor y (iii) El contrato de financiamiento *per se*.

El tema que nos ocupa, por los precedentes que se tuvieron más que todo en lo establecido por el derecho anglosajón, intentó darle diversos contenidos jurídicos en instituciones propias del derecho anglosajón, así tenemos que los antecedentes jurídicos más próximos los podemos encontrar en las figuras denominadas *Maintenance*, *Champerty* y *Barratry*. Conceptos a los que se les dio un tratamiento uniforme en su apreciación jurídica, así en sus inicios en el derecho anglosajón fueron tipificados como actitudes ilegales y hasta con posibilidad de surgimiento de responsabilidad civil para el caso que pudieran ser utilizados, ya que, en sus inicios estas instituciones no eran permitidas para su utilización.

De acuerdo con el autor Max Volsky,⁴ de hecho tres doctrinas medievales inglesas – *Maintenance*, *Champerty* y *Barratry*, histórica prohibieron el financiamiento de litigio por terceros y definía al *Maintenance* como un acuerdo en el cual una parte apoya a otra permitiéndole a él o ella seguir con un reclamo. A su vez, la figura del *Champerty* la consideraba como una forma específica del *Maintenance*, en la cual una parte no

³ ICSID, ARB/07/13.

⁴ Citado por Roberto José Castillo en su Tesis *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. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, San José Octubre de 2015. Pag. 18*

relacionada logra un acuerdo con un litigante para apoyar financieramente el litigio a cambio de una porción de las ganancias de éste litigio. Finalmente, la figura del Barratry conlleva el aliento de otro para iniciar o continuar un reclamo.⁵ Por último, para la jurisprudencia norteamericana, estos conceptos fueron definidos de una forma sencilla y que resumen el espíritu, y el propósito de tanto el Maintenance, Champerty y Barratry, indicando que el Maintenance es ayudar a otro llevando un litigio; Champerty es mantener un litigio a cambio de un interés económico en su resultado y Barratry es la práctica continuada del Maintenance o Champerty⁶

En esta parte de América de manera directa la financiación por terceros ajenos al litigio no era conocida pero, si existen ciertas aproximaciones que le dan cierta configuración pero que no conforman la figura de una manera plena.

En efecto, la figura más aproximada sería lo que se viene a denominar el pacto de cuota Litis admitido en algunas legislaciones de manera expresa como el caso de Costa Rica, y prohibida en otras legislaciones por diversas razones que no son el caso exponerlas en el presente trabajo.

Sin embargo, la perspectiva utilitaria que persigue el presente trabajo, está referida a la relación jurídica que se establece entre el financiador con el demandante/financiado, a este efecto señalaremos inicialmente si estamos en presencia de un contrato de cesión de derechos dentro de la órbita del derecho civil.

La cesión de contrato de acuerdo con los tratadistas Lazarte Alvarez y Sabater Bayle⁷ coincidentemente señalan que: la cesión de contrato consiste en la transmisión de la íntegra posición contractual que una persona ocupa en un determinado contrato, y es una institución acorde con las necesidades del tráfico jurídico que permite la transmisión subjetiva de la relación contractual sin modificación de los pactos y condiciones sobrevenidas en el contrato que se transmite.

⁵ En la misma línea de opinión para el autor Nicholas Rowles-Davies una persona era culpable de maintenance si apoyaba un litigio en el que no tiene un interés legítimo sin justa causa y excusa (...) Champerty, explicó Lord Denning MR en Tredtex Trading Corporation y otro vs. Credit Suisse, era una forma particularmente molesta de (maintenance). Existe cuando el mantenedor busca una ganancia de la acción de otra persona – al tomar para sí mismo el producto del litigio o parte de él. IBIDEM pag. 17

⁶ Weinstein, Boaz. “insights into Litigation Finance – Champerty, Maintenance, and Barratry”. Lake Whillans. Diciembre 19, 2014. <http://lakewhillans.com/articles/champerty-maintenance-and-barratry/>.

⁷ Lasarte Alvarez, C “Principios de Derecho Civil” Tomo III – Contratos, Editorial Trivium, Madrid, 1995. 3ª Edición, pag. 133.

Sabater Bayle, E., en “Notas sobre la cesión de contrato” Cabanillas Sánchez, A y otros (Coord.) “Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo”. Tomo II Derecho de Obligaciones. Editorial Thomson-Civitas. Madrid, 2003. 1ª Edición. Pag 2977.

O’Callaghan Muñoz, X. “Compendio de Derecho Civil”. Tomo II Obligaciones y Contratos. Vol. 1, Editorial EDERSA, Madrid, 2001. 3ª Edición.

Notamos sin embargo que, la cesión de contrato requiere de características esenciales como la de, la cesión se realice de una manera íntegra, es decir que la posición contractual a transmitirse sea en su totalidad como una unidad como un todo y no en forma parcial. Otros tratadistas como O'Callaghan Muñoz, señala que puede admitirse la transmisión del lado pasivo de la obligación que es la asunción de deudas, y la del lado activo que es la cesión de créditos que constituye la cesión de contrato aceptada por diversas corrientes doctrinarias y reconocida por la jurisprudencia.

En su opinión, lo que se transmite en una relación contractual es la unidad, el conjunto de derechos y obligaciones que tiene esa obligación contractual, sin necesidad de realizar una serie de transmisiones separadas del lado pasivo (asunciones de deuda) y del lado activo (cesiones de crédito) Más que un contrato cedido, se trata de una cesión de los efectos contractuales de una de las partes.

Dentro de ése contexto, se puede remarcar que se señalan ciertos requisitos para que exista la cesión de créditos, como ser: que el acuerdo debe darse entre el cedente, el cesionario y la parte cedida. Es decir son tres elementos que deben concurrir para la formación del contrato. Sin embargo, para la estructuración de la participación de una tercera parte en el financiamiento, la relación jurídica se establece entre el demandante/financiado y con el financiador únicamente.

Es difícil considerar que entre la parte perdidosa y el financiador se establezca algún tipo de relación, puesto que se pudiera estar dando lugar a que exista una relación obligacional entre el financiador y la parte vencida, es decir, en términos de derecho arbitral, la intervención de un tercero ajeno a la Litis que si bien es aceptable bajo algunas circunstancias en tema de financiamiento, la figura puede tornarse muy complicada.

También es necesario señalar los efectos que conlleva la cesión de derechos puesto que, estos son establecidos respecto entre las partes: demandante/financiado vs. tercer financiador, donde este último tendría dificultades para exigir al demandado perdidoso derechos u obligaciones a consecuencia de la cesión.

Si se extiende el efecto hacia la parte perdidosa/demandada, podemos encontrarnos ante la figura de no aceptación por parte de esta última, naturalmente por encontrarse dentro de una posición jurídica de tener que pagar lo que le fue condenado por el tribunal a la parte vencedora, estas situaciones nos llevan a afirmar que el contrato de cesión de crédito no resultaría eficaz ni beneficiosa dentro del contexto general de lo que constituye la financiación de litigios por personas privadas ajenas al proceso.

En Bolivia la cesión de crédito, está regulada dentro de la transmisión de las obligaciones con el Art. 384 del Código Civil indicando que el acreedor aun sin el consentimiento del

deudor puede transferir su crédito a título gratuito u oneroso siempre que la transferencia no contradiga a lo preceptuado por la ley o lo convenido con el deudor.

Regula también la cesión respecto al deudor cedido estableciendo en el Art. 389 que la cesión solo produce efectos contra el deudor cedido cuando ha sido aceptada por dicho deudor o se lo hubiera notificado con ella. Vemos que esta clase de cesión para producir efectos jurídicos, es necesario que sea aceptada por el deudor o, que por lo menos sea notificada por esta. Si no existe aceptación expresa o tácita, es preciso que el deudor sea notificado con la cesión, por lo que encuentro que tanto la aceptación como la notificación producen efectos idénticos. La cesión además comprende todos los demás derechos accesorios, es decir, que reconoce una cesión total de los derechos en favor del cedido.

Con relación a la subrogación, si entendemos esta figura desde la perspectiva de la transmisión del crédito en provecho del subrogado, es necesario hacer algunas disquisiciones previas acerca de la función que cumple este instituto jurídico.

La doctrina y la mayoría de las legislaciones de fuente continental, reconocen que la subrogación tiene por objeto el pago que realiza un tercero por el deudor a quien le sustituye en la relación jurídica obligacional, atribuye a éste la totalidad de los derechos, acciones y garantías que tenía el acreedor inicial con el deudor; es decir, que a través de la subrogación ocurre un reemplazo/substitución del acreedor por un tercero que es el que ejercita sus derechos para exigir al deudor el cumplimiento de su obligación, y además implica la sustitución, como ya dijimos en la relación jurídico obligacional.

También es interesante remarcar que en muchas legislaciones la subrogación se la enfoca como una forma de extinción de las obligaciones, sin embargo, lo que nos interesa para el análisis es separar el efecto de ser factor que extingue obligaciones por aquel en el que es un pago realizado por un tercero que en sí, no produce efectos extintivos, sino más que todo, se refiere a la transmisión de derechos del acreedor hacia el tercero subrogante.

Para poder encasillar la subrogación como una figura eficaz que fundamente la actuación de un tercero financiador con intereses ajenos al litigio cuando éste le proporciona los fondos necesarios para enfrentar algún litigio, lo que ocurre es que este tercero paga al acreedor por el deudor entrando aquel (tercero) en sustitución en la relación obligacional adquiriendo todos los derechos, acciones y obligaciones que el acreedor inicial tenía contra el deudor. A través de ésta figura no se extingue la obligación sino se transmiten los derechos de un acreedor a un tercero (financiador).

A la recepción de los fondos el demandante/financiado para soportar los gastos/costos del litigio, existe la obligación de que sujeto al resultado positivo del litigio, el tercero financiador tiene el derecho de exigir que se le pague una vez recuperado el monto así financiado. Sin embargo, el derecho del tercero/financiador, nace desde el momento en que

se le proporciona los fondos al acreedor original pudiendo aquél volver hacia éste (subrogante) en caso de que se rehusare a pagar la obligación subrogada. De no darse esta figura, estaríamos nuevamente dentro de una cesión de crédito, aspecto que desde el punto de vista del análisis económico del derecho no resultaría atractiva la utilización de esta institución por parte del financiador ajeno al litigio

Finalmente, nos queda para el análisis determinar si los fondos provistos por un tercero ajeno al litigio constituye un contrato de financiamiento *per se*. Inicialmente, las instituciones financieras, al influjo de la proliferación de arbitrajes internacionales en materia de inversiones como también comerciales, se vieron en la necesidad de incursionar en la financiación de los litigios sujetas a condiciones muy especiales que sin embargo, determinaron que sean las instituciones financieras de alto riesgo las encargadas de realizar estas operaciones, como así también compañías aseguradoras.

De esa manera, de lo que se trata es que exista un tercero que sin ser parte del contrato o de la litis, pueda proveer los fondos necesarios cuando el demandante y últimamente también el demandado, pudiesen acceder a la justicia, y no quedar desamparados o desmejorados en las posiciones jurídicas en las que se encuentran siempre en la perspectiva de poder obtener un reconocimiento jurídico en la demanda que pudieran plantear.

Una definición que más se acerca al concepto del financiamiento por terceros, podemos encontrar del autor español Manuel Oliver Cojo cuando señala: que un Third Party Funding - TPF puede definirse 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 parte que pretende iniciar un litigio los fondos necesarios para afrontar los costes legales de ése litigio a cambio de una retribución ⁸.

Por la naturaleza especial de esta figura, se la instrumenta mediante un contrato cumpliendo los requisitos esenciales de formación y las particularidades que pueden estar rodeadas, el litigio en preparación o uno ya comenzado. Es un contrato que admite negociación entre las partes y en el que claramente el objeto y la causa deben ser lícitos y generalmente así lo son, a no ser que en ciertas y determinadas circunstancias, las legislaciones de algunos países lo prohíben expresamente el financiamiento de litigios.

Demás está decir de que, la financiadora de litigios ajenos, no tiene ningún interés en lo que hace a la pretensión de fondo del arbitraje, solamente tendría la posibilidad de lograr un ingreso/utilidad, a la finalización del proceso arbitral y con la característica esencial de que al demandante/financiado se le reconozcan derechos pecuniarios exigibles en el cobro hacia la parte perdidosa.

⁸ Enrique Fernández Masia. La Financiación por Terceros en el Arbitraje Internacional. Pag. 204.

Las modalidades de la contraprestación al financiador del litigio en cuanto a su retribución, quedan librados a las partes, pudiendo ser un múltiplo de los fondos desembolsados o un porcentaje que se obtenga del litigio; desde luego, la contingencia para el financiador, radica en que si el litigio es declarado en contra, el financiador no tendrá ningún derecho que reclamar ni repetir a persona alguna.

Inicialmente, esta forma contractual estaba reservada solo para la parte demandante pero con la evolución de los aspectos financieros, evaluación de riesgo y otros, tenemos también que la parte demandada pueda ser objeto de financiamiento en casos de que existan bases legales de plantear la reconvencción.

Es de relevancia mencionar el alcance del financiamiento que puede ser limitado o amplio, como se dijo dependiendo de la naturaleza del litigio, puede abarcar el financiamiento a todos los gastos, costos que puedan implicar el proceso, incluyendo los honorarios de los árbitros y las tasas requeridas por los administradores del arbitraje. Últimamente, existen casos en los cuales la condenación de costas también es alcanzada para estar dentro de la figura del financiamiento.

En el contrato de financiamiento existen particularidades más vinculadas al financiador el cual tendrá la obligación de realizar una evaluación jurídica a profundidad, las pruebas con las cuales se pueda soportar la revisión y desde luego, la apreciación del financiador de tratarse de una demanda en los méritos que probablemente lleve a su aceptación y, como fruto de dicha evaluación podrá también ser denegada por la debilidad de la pretensión o por lo que se viene a considerar una demanda de carácter frívola.

Una actividad importante que tiene a su cargo el financiador es llevar adelante una auditoria legal – due diligence amplia en la que debe tomar en cuenta, según la naturaleza del litigio, no solamente el fondo de la pretensión, sino la naturaleza de las partes, la nacionalidad de ellas, las eventualidades para el caso en el cual el laudo a ser emitido no pueda ser cumplido de manera voluntaria y que sea necesario el auxilio judicial para su ejecución forzosa, el sistema de ejecución de los laudos, el grado de cooperación del auxilio judicial, el cumplimiento de los tratados existentes sobre la materia, en fin muchos aspectos que sean fundamentales que, para el financiador viene a constituir la minimización del riesgo a ser asumido.

Se plantea de igual manera, el comportamiento del demandante/financiado a quien se le exigirá el máximo de revelación y apertura en cuanto a los hechos y circunstancias que motivaron la violación de sus derechos o similares, y que ese comportamiento sea dentro del marco de la más amplia veracidad en cuanto a los hechos. Sin embargo, es muy discutible y es difícil de determinar la posibilidad de incursión por parte del financiador en apoyo y ayuda mediante abogados y expertos en financiación ya que, podría implicar la posibilidad de la emergencia de posibles conflictos de intereses.

En definitiva, esta clase de contratos de financiamiento Third Party Funding tienen amplia aceptación pero, a su vez han sido objeto de severas críticas por existir una banalización del concepto de justicia tal como lo señalan diversos autores.

3. Perspectivas favorables y perspectivas desfavorables del TPF.

No siempre las personas y las corporaciones para enfrentar litigios cuentan con los fondos y recursos suficientes dado los altos costos que estos puedan representar. El acudir a un litigio sea arbitral o de otra índole, doméstico o internacional siempre podría representar un desequilibrio más que todo si el resultado fuere adverso, pero también puede ocurrir lo contrario en el que el potencial litigante, contando con argumentos legales, por falta de medios económicos no tenga la posibilidad del acceso a la justicia.

Uno de los argumentos más reconocidos a favor de la utilización del financiamiento por terceros, precisamente radica en el acceso a la justicia, es decir, que se constituye como una especie de garante a dicho acceso. De igual manera, sea que se trate de demandante o demandado en este último caso, también el demandado para casos de reconvenición podría verse favorecido con la contratación de entidades financiadoras de litigios ajenos, lo que viene a significar que no solamente sería un privilegio para la parte demandante, sino que también correspondería a ambas partes.

Otro de los argumentos favorables representa el alcance o la flexibilidad que se pueda tener en el financiamiento ya que algunas veces el financiador, en base a la auditoría legal exhaustiva que pueda realizar, resuelve financiar la totalidad o parte del litigio, representando de esta manera un importante espacio tanto para el financiador como para el financiado. También se afirma que la utilización del financiamiento equilibra las posiciones entre el demandante/demandado, otorgándole un mayor grado de confianza a la parte que carezca de los recursos económicos suficientes para encarar el litigio.

En definitiva, la aparición y difusión de los financiadores de litigios ajenos, están presentes en el mundo del arbitraje principalmente y encontraron un nicho de negocios de alta rentabilidad pues, los intereses en juego suelen ser importantes, el mecanismo propio del arbitraje que suele ser rápido, los mecanismos de ejecución del laudo están basados en tratados internacionales, y es por esa razón que en los días presentes se puede hablar de que las entidades financieras con este objetivo, tengan amplia utilización.

Existe una línea de análisis intermedio referida a las dificultades que acarrea la utilización del financiamiento de litigios por terceros. Entre ellos, el jurista español Bernardo M. Cremades Jr.,⁹ en un interesante ensayo expresa que la tercerización, financiación de arbitrajes, en algunas jurisdicciones se produce en la carencia de reglas precisas cuando se

⁹ Bernardo M. Cremades, Jr. Problemas derivados de la revelación de la existencia de financiación por parte de terceros en arbitrajes internacionales. Publicación para Lex Arbitri.

esté frente a la existencia de un TPF y si este debe ser revelada a la contraparte o al juzgador, en situaciones en las cuales se puede estar presente la solicitudes de caución; la condena en costas, objeciones a la jurisdicción; cuestiones relativas a acuerdos extrajudiciales, concluyendo que sería aconsejable modificar algunas reglas del arbitraje a fin de promover la transparencia; regular la revelación de la existencia del financiamiento, incluir disposiciones específicas en las reglas de arbitraje en cuanto a la existencia del financiamiento.

Considero atinadas los comentarios que realiza para que la utilización del financiamiento de litigio por terceros y que establezca bases más firmes para su implementación.

Sin embargo, no todos los entendidos en la materia están de acuerdo con la utilización extensiva del financiamiento de litigios por terceros y que no se la considere como una panacea, en efecto, las dificultades que pueda acarrear en cuanto a la no divulgación a la existencia de financiamiento, la posibilidad de que surgen conflictos de intereses crónicos, la falta de reglas claras y en los diferentes reglamentos de arbitraje y la escasa regulación que existen en los diferentes países, van en contra de la utilización intensiva de este mecanismo.

Por otra parte y dentro lo que se podría denominar situaciones adversas tanto a la utilización del arbitraje como solución de controversias en materia de inversiones y comercial, como también la utilización de financiadores ajenos a la Litis, en un trabajo especializado realizado por las autoras Pia Eberhardt y Cecilia Olivet para el Corporate Europe Observatory y Transnational Institute – CEO TNI ¹⁰, se manifiestan contrarias al financiamiento de litigios por terceras personas, constituyendo desde mi punto de vista una crítica acerva no solamente a la utilización de los tratados internacionales que rigen la solución de controversias entre Estado-Inversor, sino a la actuación de los inversores en los diferentes países, lo que denominan la industria del arbitraje, está lejos de ser una beneficiaria pasiva de la legislación internacional en materia de inversiones (pag. 7)

4. Situación en Bolivia.

Acorde con lo expresado por muchos entendidos en la materia, la financiación por terceros no es una figura conocida en el medio, no obstante de haber sido utilizada en el pasado bajo otras formas que pueden tener cierta semejanza con los TPF; es importante mencionar que durante la época de los ochenta se firmaron numerosos tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones (BIT's) y en esa consecuencia también se originaron muchos procesos arbitrales relativos a inversiones.

¹⁰ Denominado Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones.

En el caso particular de Bolivia, como consecuencia de las nacionalizaciones que estuvo llevando a cabo el Presidente Evo Morales, dando lugar a que mi país el año 2007 denuncie la convención de Washington, hubo varias demandas de arbitraje de inversiones. En algunos procesos arbitrales sobre inversiones no se divulgaron si existía o no financiamiento, sin embargo, en un único proceso arbitral entre South American Silver Limited – SAS – c. el Estado Plurinacional de Bolivia¹¹, el tribunal ordenó al demandante revelar el nombre del financiador aunque rechazó la pretensión de que se dé a conocer los términos del acuerdo de financiación.

Este proceso que es de reciente data, el Gobierno de Bolivia solicitó al tribunal que se diera a conocer la identidad del financiador con base en varios argumentos y sobre todo con el objeto de que no exista conflicto de intereses acerca de la imparcialidad e independencia de cualquiera de los miembros del tribunal. Por su parte, los demandantes propusieron revelar el nombre de la entidad financiera pero no del contenido del contrato de financiación argumentando la irrelevancia en el procedimiento arbitral y que además el contrato estaba bajo de reglas de estricta confidencialidad pudiendo dar lugar a perjuicios si el tribunal accediese a dicha petición. Como se manifestó el tribunal solamente hizo lugar a la develación del financiador pero no del contenido del contrato.

En un caso anterior que no llegó a merecer un laudo arbitral, se suscitó un conflicto entre un inversionista boliviano y otro de un país suramericano. El inversionista boliviano entró en negociaciones con la entidad financiera que no fructificaron no obstante de haberse realizado todo el procedimiento de auditoria legal y financiera pero, el financiador no considero con suficiente fundamento la pretensión del demandante, no obstante que el tribunal rechazó la solicitud de la parte demanda de que se preste la *cautio judicatum solvi*.

En los demás nueve casos que enfrentó Bolivia en temas de arbitraje de inversiones, en la mayoría de los mismos el Gobierno de Bolivia llegó a acuerdos transaccionales, con los demandantes, existiendo en la actualidad solamente dos procesos pendientes, (1) sin que todavía se haya dictado el laudo arbitral, y (2) con un recurso de anulación presentado por Bolivia. De todos ellos del que se tiene conocimiento es el mencionado líneas previas.

5. Conclusiones.

Ciertamente, el tema contiene ribetes interesantes y que además está siendo objeto de constantes charlas y conferencias. Parecería que el ambiente dentro del cual la actuación de los financiadores de litigios ajenos, Third Party Funding, ante un fenómeno jurídico económico que encierra tratados internacionales de protección de inversiones, y ante la necesidad de contar con financiamientos para soportar los costos de dichos

¹¹ Caso CPA N° 2012-15, Orden Procesal N° 10, de 11 de enero de 2016, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf>

litigios/arbitrajes, la aparición de entidades financieras especializadas, ha venido a complementar y ayudar en algunos casos la posición jurídica de una de las partes al tener acceso al financiamiento y de esa manera también acceso al ejercicio de derechos para hacerlos prevalecer en justicia.

Sin embargo, dentro de los análisis realizados por entendidos en la materia, también se dieron observaciones en cuanto a la conveniencia o no de la utilización del financiamiento por parte de terceros al litigio, criticando la falta de transparencia, la influencia del que pudiese tener el financiador, los conflictos de intereses directos o indirectos entre los árbitros, los peritos y expertos de la materia, el alcance de la cobertura del financiamiento.

También se extraña en muchos casos la falta de reglamentación adecuada por parte de los países para la actuación de los entes financiadores, como así también en los diferentes reglamentos sobre su intervención. Existen países que reconocen la actuación libre de los entes financiadores, otros que lo prohíben, y para algunas entidades internacionales administradoras del arbitraje, algunas guardan silencio o tímidamente se pronuncian al respecto. Con el transcurso del tiempo probablemente surjan nuevas iniciativas que pudieran cambiar el panorama actual siempre tomando en cuenta los beneficios que pueda brindar, la posición de las partes y otros aspectos relativos a la transparencia, conflictos de intereses, actuación de los abogados, árbitros, peritos especializados y otros como mencionamos precedentemente.

Desde el punto de vista jurídico- civil, el establecimiento de la relación jurídica entre el demandante/financiado con la entidad financiadora, tomando en cuenta instituciones jurídicas del campo civil a las que me he referido, como la cesión de crédito o la subrogación consentida por el acreedor, podría afirmar que para un mejor relacionamiento y equilibrio entre las partes, la utilización de la cesión de créditos desde mi punto de vista no sería lo más aconsejable, inclinándome más por la figura de la subrogación.

Por último, dentro de la actuación de los financiadores de litigios ajenos y que puedan merecer una análisis más profundo y también un nuevo enfoque de investigación, en el contrato de financiamiento por el cual, una de las partes se obliga a aportar los fondos necesarios para encarar los gastos procesales, se pudiera incorporar cláusulas donde opere la subrogación consentida por el acreedor. Reitero, que ésta mi posición puede ser objeto de un estudio e investigación ajeno más profundo.

La Paz, Noviembre de 2016

Ramiro Moreno-Baldivieso