



Asamblea General

Distr. limitada
2 de agosto de 2019
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
**Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución
de Controversias entre Inversionistas y Estados)**
38º período de sesiones
Viena, 14 a 18 de octubre de 2019

Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)

Financiación por terceros - Posibles soluciones

Nota de la Secretaría

Índice

| | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| I. Introducción | 2 |
| II. Financiación por terceros | 2 |
| A. Inquietudes detectadas y marco jurídico | 2 |
| 1. Inquietudes detectadas | 2 |
| 2. Marco jurídico | 3 |
| B. Posibles opciones de reforma | 4 |
| 1. Definición de la financiación por terceros | 5 |
| 2. Prohibición de la financiación por terceros | 6 |
| 3. Reglamentación de la financiación por terceros | 7 |



I. Introducción

1. En su 37º período de sesiones, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que sería conveniente que la CNUDMI realizara una labor de reforma para atender las inquietudes relacionadas con la definición de la financiación por terceros en el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE), así como su utilización o reglamentación (A/CN.9/970, párr. 25). En consecuencia, se pidió a la Secretaría que emprendiese una labor preparatoria sobre la financiación por terceros en el ámbito de las controversias en materia de inversiones sobre la base del documento A/CN.9/WG.III/WP.157, y que sugiriese posibles soluciones teniendo en cuenta las distintas cuestiones de política que se suscitaban (A/CN.9/970, párr. 84).

2. Al igual que otros documentos suministrados al Grupo de Trabajo, la presente nota se preparó utilizando como referencia una amplia gama de información publicada sobre el tema, y no se pretende expresar en ella una opinión sobre las posibles opciones de reforma, ya que esa es una cuestión que le corresponde considerar al Grupo de Trabajo¹.

II. Financiación por terceros

A. Inquietudes detectadas y marco jurídico

1. Inquietudes detectadas

3. En el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se destacó que la cuestión de la financiación por terceros preocupaba considerablemente y se subrayó la necesidad de que se realizaran reformas en esa esfera, en particular teniendo en cuenta que actualmente la financiación por terceros no era transparente ni estaba regulada (A/CN.9/970, párr. 18).

4. En las deliberaciones del Grupo de Trabajo se expresaron una serie de inquietudes (A/CN.9/970, párrs. 18 y 19). Algunas de esas inquietudes guardaban relación con las repercusiones de la financiación por terceros en distintos aspectos del procedimiento de SCIE, como la falta real o aparente de independencia e imparcialidad de los árbitros, el costo de ese tipo de procesos y las garantías de cobro de las costas, y otras se referían a la incidencia de esa modalidad de financiación en el sistema actual de protección de las inversiones y de SCIE como tal. Al respecto, se observó que la financiación aportada por terceros introducía un desequilibrio estructural en el sistema de SCIE, ya que, por lo general, los Estados demandados no podían acceder a ella (A/CN.9/970, párr. 19).

5. En las deliberaciones del Grupo de Trabajo se señalaron las siguientes inquietudes:

¹ Esta nota se preparó utilizando como referencia una amplia gama de información publicada sobre el tema, en particular el informe del grupo de tareas del International Council for Commercial Arbitration (ICCA) y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional (abril de 2018); el manual titulado *Handbook on Third-Party Funding in International Arbitration*, editado por Nikolaus Pitkowitz (2018); el cap. 14 sobre la financiación aportada por terceros en los arbitrajes entre inversionistas y Estados de la publicación titulada *Third-Party Funding in International Arbitration*, de Lisa Bench Nieuwveld y Victoria Shannon Sahani (2017); y el documento de trabajo titulado “The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement”, de Brooke Guven y Lise Johnson, Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), de mayo de 2019. Véase también la comunicación conjunta del CCSI, el International Institute for Environment and Development (IIED) y el International Institute for Sustainable Development (IISD) titulada “Draft Text Providing for Transparency and Prohibiting Certain Forms of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement”, de fecha 15 de julio de 2019; y publicaciones de miembros del Foro Académico sobre la SCIE, que pueden consultarse en <https://www.cids.ch/academic-forum-concept-papers>, como el documento de trabajo titulado “A Framework for Understanding Practice and Policy Regarding Third-Party Financing in ISDS”, de Stavros Brekoulaki y Catherine Rogers. También se han celebrado consultas con miembros del Grupo de Profesionales.

Repercusiones de la financiación por terceros en el procedimiento

- Conflictos de intereses de los árbitros derivados de la financiación por terceros;
- Influencia de la financiación por terceros en la determinación relativa a la asignación de las costas (asunción de costas y posible inversión de la carga de la prueba);
- Importancia de la financiación por terceros en la determinación relativa a las garantías de cobro de las costas;
- Protección de la información privilegiada que se divulga a un tercero que aporta financiación y alcance de las obligaciones de confidencialidad a las que se somete ese tercero;
- Control ejercido por los terceros que aportan financiación sobre el proceso arbitral y efectos negativos en el arreglo amistoso de las controversias.

Repercusiones de la financiación por terceros en el sistema de SCIE

- Incidencia de la financiación por terceros en el aumento del número de casos de SCIE y demandas infundadas;
- Repercusiones de la financiación por terceros en la promoción y la protección de las inversiones;
- Desequilibrio generado por la práctica de la financiación por terceros, debido a que los Estados demandados no pueden por lo general acceder a ella.

6. En las deliberaciones también se afirmó la necesidad de que cualesquiera soluciones que se elaborasen tuvieran un ámbito de aplicación claro y fueran equilibradas, de forma que esas propuestas no se tradujesen en una limitación del acceso a la justicia, especialmente de las pequeñas y medianas empresas (A/CN.9/970, párr. 22).

2. Marco jurídico

7. El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que sigue habiendo un considerable vacío reglamentario en materia de financiación por terceros en el ámbito de la SCIE. Muchos países cuyo sistema jurídico se basa en el derecho anglosajón han prohibido tradicionalmente en su derecho interno la financiación por terceros con arreglo a las doctrinas del pacto de cuotalitis, el mantenimiento ilícito del litigio, la baratería o la usura². Algunos países de tradición jurídica romanista prohíben los pactos de cuotalitis³. Sin embargo, unas pocas jurisdicciones, como las de Singapur, Hong Kong y Nigeria, han adoptado medidas recientemente para liberalizar el marco jurídico de la financiación por terceros en el ámbito del arbitraje comercial⁴.

8. Cabe destacar que en algunos tratados de inversión recientes se han incorporado disposiciones relativas a la financiación por terceros. Las definiciones de esta modalidad de financiación recogidas en estos tratados son relativamente amplias y cubren, por lo

² Véase el informe del grupo de tareas del ICCA y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional, pág. 6.

³ Manual titulado *Handbook on Third-Party Funding in International Arbitration*, editado por Nikolaus Pitkowitz, pág. 7.

⁴ El 10 de enero de 2017, Singapur enmendó su Código Civil a fin de definir un marco para la financiación por terceros en el ámbito del arbitraje comercial internacional (véase el artículo publicado en <https://www.mlaw.gov.sg/content/minlaw/en/news/legal-industry-newsletters-note-by-senior-minister-of-state-for-law--indranee-rajah-s-c---o13.html>). En la Ley de Arbitraje y Mediación de Hong Kong, modificada en 2017, se establece que la financiación por terceros no está prohibida en virtud de las doctrinas del derecho anglosajón relativas al mantenimiento ilícito del litigio y el pacto de cuotalitis (véase el documento publicado en <https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.pdf>). Véase también el proyecto de Ley de Arbitraje y Conciliación de Nigeria (derogación y nueva promulgación) de 2017, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/03/jumping-tpf-bandwagon-nigerias-new-arbitration-bill-embraces-third-party-funding/>.

general, la financiación de las actuaciones por un tercero que no es parte en la diferencia pero tiene un interés económico en su resultado, en particular los acuerdos establecidos con abogados y entidades aseguradoras a tales efectos⁵. Mientras que en determinados tratados de inversión se ha prohibido completamente la financiación por terceros⁶, en varios otros se han introducido obligaciones de proporcionar información, por las que se exige principalmente que se comunique a la otra parte litigante y al tribunal la existencia de la financiación por terceros y la dirección de esos terceros⁷. En otro tratado se establece que el tribunal tendrá en cuenta la financiación por terceros en su determinación relativa a las garantías de cobro de las costas⁸.

9. La financiación por terceros en el ámbito de la SCIE también se está abordando en el actual Proceso de Enmienda de las Reglas y el Reglamento del CIADI, en cuyo marco se está haciendo especial hincapié en la necesidad de evitar conflictos de intereses entre los árbitros y los terceros que aportan financiación⁹. El proyecto de disposición que se está examinando a tal efecto exige que se comunique la existencia de la financiación por terceros y el nombre de los financiadores. También se está examinando una disposición relativa a las garantías de cobro de las costas (artículo 51), aunque en ella no se contempla actualmente como criterio la financiación por terceros¹⁰.

B. Posibles opciones de reforma

10. Conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo y en atención a las sugerencias formuladas durante las deliberaciones de su 37º período de sesiones, en este apartado se expone una sinopsis de las opciones de reforma disponibles. Las opciones de reforma que se han examinado hasta ahora son, entre otras: i) la prohibición total de la financiación por terceros en el ámbito de la SCIE; y ii) su reglamentación, por ejemplo,

⁵ Véase el art. 8.1 del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre el Canadá y la Unión Europea (que se aplica con carácter provisional desde el 21 de septiembre de 2017); el art. 3.28 del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (firmado el 30 de junio de 2019); el art. 3.1 del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur (firmado el 19 de octubre de 2018); el art. G-23 *bis* del Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y Chile (en vigor desde el 5 de febrero de 2019); y el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) Modelo de Eslovaquia (citado en la pág. 62 del informe del grupo de tareas del ICCA y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional).

⁶ Véase el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones entre la Argentina y los Emiratos Árabes Unidos (firmado el 16 de abril de 2018), en cuyo artículo 24 se establece que “No se permitirá el financiamiento de terceros”.

⁷ Véase el art. 8.26 del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre el Canadá y la Unión Europea (que se aplica con carácter provisional desde el 21 de septiembre de 2017); el art. 3.37 del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (firmado el 30 de junio de 2019); el art. 3.8 del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur (firmado el 19 de octubre de 2018); el art. G-23 *bis* del Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y Chile (en vigor desde el 5 de febrero de 2019); y el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) Modelo de Eslovaquia (citado en la pág. 62 del informe del grupo de tareas del ICCA y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional). Véase también un documento oficioso del Gobierno de Francia titulado “Vers un nouveau moyen de régler les différends entre Etats et investisseurs”, de mayo de 2015, que puede consultarse en https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/20150530_isds_papier_fr_vf_cle432fca.pdf. Véase asimismo el art. 18 del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones entre Rwanda y los Emiratos Árabes Unidos (2017).

⁸ Véase el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (firmado el 30 de junio de 2019), en cuyo artículo 3.37 se establece que el tribunal tendrá en cuenta si existe financiación por terceros al aplicar el artículo 3.48 (Garantías de cobro de las costas) y si se han cumplido las obligaciones previstas en los párrafos 1 y 2 de dicho artículo 3.37 al decidir sobre las costas del proceso de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 3.53 (Laudo interlocutorio).

⁹ Véase la Lista de Temas para Posibles Enmiendas al Reglamento y las Reglas del CIADI en <https://icsid.worldbank.org/sp/amendments>; Proceso de Enmienda de las Reglas y el Reglamento del CIADI, Documento de Trabajo 2, Vol. 1, párr. 128.

¹⁰ Proceso de Enmienda de las Reglas y el Reglamento del CIADI, Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI, Documento de Trabajo 2, Vol. 1, art. 13.

introduciendo mecanismos para asegurar cierta transparencia, entre otras cosas, mediante la comunicación de información (lo que también podría ser útil para garantizar la imparcialidad de los árbitros), la imposición de sanciones si no se comunica esa información, y la reglamentación de la financiación por terceros y de cuándo esos terceros podrían proporcionarla (A/CN.9/970, párr. 20). En algunas comunicaciones presentadas por los Estados también figuran sugerencias relativas a la reforma en la esfera de la financiación por terceros¹¹.

1. Definición de la financiación por terceros

11. Se señaló que sería necesario elaborar una definición clara de la “financiación por terceros” (o del “tercero que aporta financiación”) para que toda reforma que se hiciera fuera eficaz (A/CN.9/970, párr. 21)¹². El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que existen diversos tipos de financiación por terceros y que su definición varía según las distintas fuentes de derecho¹³.

12. El Grupo de Trabajo quizás desee examinar las siguientes cuestiones al determinar los aspectos que conformarían la definición de la financiación por terceros:

- La financiación proporcionada por el abogado de la parte litigante en el marco de un acuerdo de financiación *pro bono*, un pacto de cuotálitis o un acuerdo de pago condicional¹⁴;
- Los diversos tipos de pólizas de seguros, en particular los seguros *ex post facto*;
- Las inversiones en capital social realizadas por terceros que aportan financiación.

13. Asimismo, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las definiciones de la financiación por terceros que se han introducido en varios tratados de inversión recientes¹⁵.

¹¹ A/CN.9/WG.III/WP.161, Comunicación presentada por el Gobierno de Marruecos; A/CN.9/WG.III/WP.162, Observaciones del Gobierno de Tailandia; A/CN.9/WG.III/WP.163, Observaciones de los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón; A/CN.9/WG.III/WP.164 y A/CN.9/WG.III/WP.178, Observaciones del Gobierno de Costa Rica; A/CN.9/WG.III/WP.174, Comunicación del Gobierno de Turquía; A/CN.9/WG.III/WP.176, Documento presentado por el Gobierno de Sudáfrica; A/CN.9/WG.III/WP.177, Documento presentado por el Gobierno de China; A/CN.9/WG.III/WP.179, Comunicación del Gobierno de la República de Corea.

¹² Véase también la nota de la Secretaría sobre la financiación por terceros en el documento A/CN.9/WG.III/WP.157, párrs. 5 a 10, y el documento A/CN.9/935, párr. 90.

¹³ Véase el informe del grupo de tareas del ICCA y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional, pág. 17.

¹⁴ Los abogados están por lo general sujetos a obligaciones profesionales en materia de comunicación de la información y a normas éticas.

¹⁵ A continuación se exponen algunas de las definiciones introducidas en tratados de inversión celebrados recientemente:

En el art. 8.1 del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre el Canadá y la Unión Europea (que se aplica con carácter provisional desde el 21 de septiembre de 2017) se establece lo siguiente:

“Financiación de terceros: 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 costes del procedimiento, ya sea mediante una donación o mediante una subvención, o a cambio de una retribución que dependa del resultado de la diferencia”;

En el art. 3.28 del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (firmado el 30 de junio de 2019) se establece lo siguiente:

“i. La financiación por terceros es toda financiación proporcionada por una persona física o jurídica que no sea parte en la diferencia pero llegue a un acuerdo con una de las partes litigantes para financiar total o parcialmente el costo de las actuaciones a cambio de una remuneración que irá en función del resultado de la controversia, o toda financiación que una persona física o jurídica que no sea parte en la diferencia proporcione en forma de donación o subvención”;

En el art. 3.1, titulado “Ámbito de aplicación y definiciones” del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur (firmado el 19 de octubre de 2018) se establece lo siguiente:

“[...]: 2. A los efectos de la presente sección y a no ser que se especifique otra cosa, se entenderá por: [...] f) “financiación de terceros”, toda 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

14. Además de esas formas de financiación que ya existían, se ha creado más recientemente una gran variedad de modelos de financiación que evolucionan rápidamente, por lo que cada vez son más diversas y complejas las opciones disponibles. Algunas definiciones se centran en los riesgos que asume el tercero que aporta la financiación al aceptar casos y el grado de control que ejerce sobre esos casos, en lugar de referirse a las formas de los arreglos financieros pertinentes.

2. Prohibición de la financiación por terceros

15. Una posible manera de afrontar las inquietudes detectadas consistiría en prohibir la financiación por terceros en el ámbito de la SCIE ([A/CN.9/935](#), párr. 92, y [A/CN.9/970](#), párr. 20)¹⁶, siendo esta una opción de reforma que también se contempla en algunas comunicaciones presentadas¹⁷. Si se opta por esta solución, tal vez sea necesario recurrir a otros mecanismos, como el de la asistencia jurídica, para hacer frente a la posible limitación del acceso a la justicia.

Prohibición de la financiación por terceros

16. La prohibición de la financiación por terceros requeriría una definición clara de las formas de financiación que se prohíban. Además, sería necesario examinar las consecuencias del incumplimiento de esa prohibición, entre las que podrían figurar, a modo de ejemplo, la suspensión de las actuaciones hasta que se cumpla la prohibición, la terminación del proceso, la inversión de la condena en costas imputándolas a la parte que incumplió la prohibición, o la inadmisibilidad de la demanda con respecto a la cual se proporcionó financiación.

Mecanismo de asistencia jurídica

17. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la necesidad de establecer un mecanismo de asistencia jurídica junto con la prohibición de la financiación de terceros, con miras a hacer frente a las posibles repercusiones de esa prohibición en el acceso a

una parte o la totalidad de los costes del procedimiento, a cambio del pago de una cuota u otro interés en la ganancia o posible ganancia del procedimiento sobre la que la parte en la diferencia pueda adquirir un derecho, o bien en forma de donación o ayuda”;

En el art. G-23 *bis* del Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y Chile (en vigor desde el 5 de febrero de 2019) se establece lo siguiente:

“[...] 3. A los efectos del presente artículo, la financiación por terceros es toda financiación proporcionada por una persona que no sea parte en la diferencia pero llegue a un acuerdo con una de las partes litigantes para financiar total o parcialmente el costo de las actuaciones, ya sea mediante una donación o una subvención, o a cambio de una remuneración que irá en función del resultado de la controversia”;

En el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) Modelo de Eslovaquia (citado en la pág. 62 del informe del grupo de tareas del ICCA y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional) se establece lo siguiente:

“En la solicitud de consultas deberá figurar la identidad de todo Gobierno, persona u organización que haya proporcionado o acordado proporcionar cualquier ayuda financiera o de otro tipo al inversionista en relación con la demanda, o que tenga un interés en el resultado de esa demanda”.

Véase también la Norma 7 a) de las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional adoptadas por acuerdo del Consejo de la International Bar Association (IBA) el jueves 23 de octubre de 2014, por la que se exige que se comunique cualquier relación directa o indirecta que hubiere entre el árbitro y la parte (o cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades o un individuo que ejerza un control sobre la parte en el arbitraje), o entre el árbitro y cualquier persona o entidad que tenga un interés económico directo en el laudo que se emita en el arbitraje o un deber de indemnizar a una parte en el marco de ese laudo.

¹⁶ A modo de ejemplo, la prohibición de la financiación por terceros se contempla en el art. 24 del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones entre la Argentina y los Emiratos Árabes Unidos (firmado el 16 de abril de 2018), en el que se prevé que “No se permitirá el financiamiento de terceros”. Véase también el documento de trabajo titulado “The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement”, de Brooke Guven y Lise Johnson, CCSI, de mayo de 2019, págs. 38 y ss.

¹⁷ [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), Documento presentado por el Gobierno de Sudáfrica; y [A/CN.9/WG.III/WP.161](#), Comunicación presentada por el Gobierno de Marruecos.

la justicia, en particular de las pequeñas y medianas empresas (A/CN.9/970, párr. 22)¹⁸. Este mecanismo puede ser financiado por los Estados o el sector privado por diversos medios, en particular mediante fondos especialmente destinados a tal fin o cantidades obtenidas como resultado de los procesos de SCIE.

18. El Grupo de Trabajo quizás desee tener presente la posibilidad de establecer un mecanismo de asistencia jurídica que funcione de manera independiente o bajo los auspicios de un centro de asesoramiento sobre el derecho internacional de las inversiones (véase el documento A/CN.9/WG.III/WP.168).

19. Para establecer un mecanismo de asistencia jurídica sería necesario examinar una serie de aspectos, como su financiación y los requisitos necesarios para recibir esa ayuda (por ejemplo, la prueba rebatible de que el beneficiario carece de fondos o tiene un interés legítimo equivalente, como en el caso de las pequeñas y medianas empresas con capacidad financiera limitada; las posibilidades de que prospere la demanda; y la ausencia de mala fe).

3. Reglamentación de la financiación por terceros

20. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de elaborar un reglamento en materia de financiación por terceros en el ámbito de la SCIE a fin de atender las inquietudes detectadas. En ese reglamento podrían abordarse los siguientes aspectos, que se expondrán con más detenimiento a continuación: a) la limitación del recurso a la financiación por terceros a los casos en que el demandante carece de fondos o existen intereses legítimos equivalentes; b) la imposición a cada una de las partes de la obligación de comunicar a la otra parte y/o al tribunal la existencia de financiación por terceros y la identidad de esos terceros o las condiciones del acuerdo de financiación; c) la aclaración de los casos en que debe tenerse en cuenta la financiación por terceros en la determinación relativa a las garantías de cobro de las costas; y d) la especificación de si los gastos que se han generado para obtener financiación de terceros constituyen costos del proceso arbitral y si el tribunal ha de tenerlos en cuenta en su determinación sobre las costas de ese proceso. Además, el Grupo de Trabajo quizás desee considerar la posibilidad de complementar el reglamento con e) un mecanismo de asistencia jurídica y/o f) un código de ética para terceros que aportan financiación. El reglamento sobre estas cuestiones podría abarcar también las consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento.

a) Limitación del recurso a la financiación por terceros a los casos en que los demandantes carecen de fondos

21. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar posibles limitaciones del recurso a la financiación por terceros. Por ejemplo, podría estudiar la posibilidad de limitar la financiación por terceros en el ámbito de la SCIE a las causas iniciadas por demandantes que, de lo contrario, no podrían hacer valer sus derechos en procesos de SCIE por falta de recursos. Este podría ser el caso, en particular, de los demandantes que carecen de fondos o las pequeñas y medianas empresas con capacidad financiera limitada. Tales limitaciones podrían excluir el recurso a la financiación por terceros como instrumento para gestionar los riesgos, reducir el presupuesto para asuntos jurídicos y dar de baja del balance el costo del proceso arbitral¹⁹. En ese contexto, el Grupo de Trabajo quizás desee estudiar las cuestiones que se exponen a continuación.

¹⁸ También se hace referencia a la asistencia jurídica como modelo de financiación alternativo en el manual titulado *Handbook on Third-Party Funding in International Arbitration*, editado por Nikolaus Pitkowitz, págs. 7, 117, 394 y ss.

¹⁹ Véase el informe del grupo de tareas del ICCA y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional, pág. 20.

- *Medios de prueba de la falta de fondos o la existencia de intereses legítimos equivalentes*

22. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si debería supeditarse la admisibilidad de la financiación por terceros a la existencia de pruebas de que el demandante carece de fondos o tiene otros motivos legítimos para solicitar esa financiación.

23. La falta de fondos podría demostrarse mediante la comunicación por el demandante de documentos que evidencien sus supuestas dificultades financieras. Se podría ampliar la admisibilidad a los casos en que el demandante no carece de fondos pero tiene un motivo financiero legítimo equivalente para recurrir a la financiación por terceros. Esto podría abarcar los casos en que pequeñas y medianas empresas se enfrentan a procesos de SCIE cuyo costo excedería sus capacidades financieras. Entre otras cuestiones, cabría examinar la manera en que se haría cumplir la limitación y determinar la persona a la que podría encomendarse la decisión al respecto si se hubiera obtenido financiación antes de que se constituyera el tribunal.

- *Pertinencia de tener en cuenta las posibilidades de que prospere la demanda y medios de prueba de la ausencia de vulneración de derechos*

24. La admisibilidad de la financiación por terceros puede supeditarse también a que la causa del demandante tenga suficientes posibilidades de prosperar y no se inicie de mala fe²⁰. Cabría examinar la manera en que se llevaría este prerrequisito a la práctica.

- *Aspectos relativos a la determinación sobre la admisibilidad de la financiación por terceros*

25. El Grupo de Trabajo quizás desee examinar las diversas opciones relativas a la determinación sobre la admisibilidad de la financiación por terceros en el marco de este enfoque. Por ejemplo, la determinación sobre la admisibilidad de la financiación por terceros puede ir a cargo del tribunal que entienda en la SCIE, un mecanismo fijo y permanente o una institución designada a instancia de una parte. Se podría exigir que en la petición correspondiente se incluyeran pruebas rebatibles de la falta de fondos o la existencia de otros motivos legítimos y se expusieran las posibilidades de que la demanda prospere, las intenciones de buena fe del demandante, el nombre y la dirección del tercero que aporta financiación y las condiciones del acuerdo de financiación. Además, habría que determinar el momento en que tendría que presentarse esa petición y cuándo pasaría a formar parte del procedimiento de SCIE.

b) Obligación de comunicar información sobre la financiación por terceros

26. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de exigir la comunicación de información sobre la financiación por terceros a fin de atender las inquietudes relacionadas con los posibles conflictos de intereses de los árbitros²¹, siendo esta una

²⁰ La petición tendría que basarse en pruebas rebatibles, aspecto que puede plantear dificultades en la práctica.

²¹ A modo de ejemplo, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de los siguientes tratados de inversión que abordan la cuestión:

En el artículo 8.26 del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre el Canadá y la Unión Europea (que se aplica con carácter provisional desde el 21 de septiembre de 2017) se establece lo siguiente:

“1. Cuando exista financiación de una tercera parte, la parte en la diferencia que se beneficie de ella deberá comunicar a la otra parte en la diferencia y al tribunal el nombre y la dirección del financiador de la tercera parte. 2. La comunicación se efectuará en el momento de la presentación de la demanda, o, en caso de que el acuerdo de financiación se haya concluido o de que la donación o la subvención se hayan realizado tras la presentación de una demanda, sin dilación alguna en cuanto se concluya el acuerdo o se realice la donación o la subvención”;

En el artículo 3.37 del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (firmado el 30 de junio de 2019) se establece lo siguiente:

“1. Si hubiera financiación por terceros, la parte litigante que se beneficie de ella deberá comunicar a la otra parte en la diferencia y a la división del tribunal o, si esta no se hubiera instituido, al

opción de reforma que también se contempla en algunas comunicaciones presentadas²². El Grupo de Trabajo quizás desee examinar las siguientes cuestiones vinculadas con el establecimiento de una obligación de comunicación de información sobre la financiación por terceros.

- *Comunicación de la existencia de financiación por terceros, la identidad de esos terceros y las condiciones del acuerdo de financiación*

27. La obligación de comunicación puede abarcar tanto la existencia de financiación por terceros como la identidad del tercero que aporta financiación²³. Con ella debería garantizarse que se revele la identidad del tercero que aporta en última instancia la financiación. Cabe señalar que, como los financiadores revenden habitualmente sus inversiones, podría ser necesario hacer permanente la obligación.

28. Entre otras cuestiones, cabría examinar la conveniencia de i) hacer extensiva la obligación de comunicación a las condiciones del acuerdo de financiación y, de ser así, estudiar si en el reglamento habría que introducir también disposiciones para proteger la confidencialidad de la información comunicada²⁴; y ii) delimitar el grado de

Presidente del tribunal, la existencia y la naturaleza del acuerdo de financiación, así como el nombre y la dirección del tercero que aporta financiación. 2. Esa comunicación deberá efectuarse en el momento de la presentación de la demanda, o, si el acuerdo de financiación se suscribiera o la donación o la subvención se realizasen tras la presentación de la demanda, sin dilación alguna en cuanto se suscriba el acuerdo o se realice la donación o la subvención”;

En el artículo 3.8, titulado “Financiación de una tercera parte”, del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur (firmado el 19 de octubre de 2018) se establece lo siguiente:

“1. Toda parte en la diferencia que se beneficie de la financiación de una tercera parte notificará a la otra parte en la diferencia y al tribunal el nombre y la dirección del financiador de la tercera parte. 2. Dicha notificación se efectuará en el momento de la presentación de una demanda o, sin demora, en cuanto se acuerde, se done o se conceda, según proceda, la financiación de la tercera parte”;

En el artículo G-23 *bis*, titulado “Financiación por terceros”, del Acuerdo de Libre Comercio entre el Canadá y Chile (en vigor desde el 5 de febrero de 2019) se establece lo siguiente:

“1. Cuando exista financiación por terceros, la parte litigante que se beneficie de ella deberá comunicar a la otra parte en la diferencia y al tribunal el nombre y la dirección del tercero que aporta financiación. 2. La comunicación se efectuará en el momento de la presentación de la demanda, o, si el acuerdo de financiación se suscribiera o la donación o la subvención se realizasen tras la presentación de la demanda, sin dilación alguna en cuanto se suscriba el acuerdo o se realice la donación o la subvención”;

En el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) Modelo de Eslovaquia (citado en la pág. 62 del informe del grupo de tareas del ICCA y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional) se establece lo siguiente:

“En la solicitud de consultas deberá figurar la identidad de todo Gobierno, persona u organización que haya proporcionado o acordado proporcionar cualquier ayuda financiera o de otro tipo al inversionista en relación con la demanda, o que tenga un interés en el resultado de esa demanda”.

- ²² [A/CN.9/WG.III/WP.161](#), Comunicación presentada por el Gobierno de Marruecos; [A/CN.9/WG.III/WP.162](#), Observaciones del Gobierno de Tailandia; [A/CN.9/WG.III/WP.163](#), Observaciones de los Gobiernos de Chile, Israel y el Japón; [A/CN.9/WG.III/WP.164](#), Observaciones del Gobierno de Costa Rica; [A/CN.9/WG.III/WP.174](#), Comunicación del Gobierno de Turquía; [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), Documento presentado por el Gobierno de Sudáfrica; [A/CN.9/WG.III/WP.177](#), Documento presentado por el Gobierno de China.

²³ Véase el párr. 7 *supra* en relación con las obligaciones de comunicación que se recogen actualmente en los tratados de inversión en vigor. Asimismo, la comunicación sistemática de la existencia de financiación por terceros y la identidad de esos terceros es objeto de examen en el marco del Proceso de Enmienda de las Reglas y el Reglamento del CIADI. Cabe señalar que en el Reglamento de Arbitraje del Singapore International Arbitration Centre (SIAC), en el que solo se afirma la facultad del tribunal para ordenar la comunicación de información sobre la financiación por terceros, se amplió esta facultad a fin de que se comunicase también “cuando proceda, la información relativa al interés del tercero que aporta financiación en el resultado del proceso y si ese tercero se ha comprometido a asumir responsabilidades por gastos adversos”.

²⁴ Véase también el documento de trabajo titulado “The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement”, de Brooke Guven y Lise Johnson, CCSI, de mayo de 2019, pág. 40. Esta opción podría tener especial relevancia si en el reglamento se limita la admisibilidad de la financiación por terceros a los casos en que los demandantes carecen de fondos o tienen intereses legítimos equivalentes (véase el apartado **II.B.3.a.**).

divulgación de la información sobre el acuerdo de financiación de forma predeterminada o según ordene el tribunal en cada caso²⁵. En algunas comunicaciones se formulan sugerencias relativas a la obligación de comunicación de las condiciones del acuerdo de financiación²⁶.

- *Comunicación sistemática o mera afirmación de la facultad del tribunal para ordenar la comunicación*

29. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si convendría hacer sistemática y obligatoria la divulgación de la identidad del tercero que aporta financiación o si bastaría con afirmar la facultad del tribunal para ordenar en todo momento la comunicación de información sobre la financiación por terceros²⁷. También podría concebirse una obligación de comunicación de aplicación gradual, en la que se previera la comunicación sistemática de la existencia de financiación por terceros y la identidad de estos y se afirmase la facultad del tribunal para ordenar la comunicación de información sobre las condiciones del acuerdo de financiación en función de cada caso.

- *Comunicación al tribunal con carácter exclusivo o comunicación a este y a la otra parte litigante*

30. El Grupo de Trabajo quizás desee examinar si solo habría que comunicar la información sobre la financiación por terceros al tribunal o si también se tendría que comunicar a la otra parte litigante. Si bien puede que no sea necesario comunicar la información a la otra parte litigante para que el tribunal detecte posibles conflictos de intereses, esa parte puede reivindicar su derecho a formular observaciones respecto de un posible conflicto de intereses. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la conveniencia de instaurar una obligación de comunicación amplia a la luz del objetivo de transparencia que se trata de lograr en el ámbito de la financiación por terceros. En algunos tratados de inversión recientes se aborda la comunicación de información sobre la financiación por terceros “a la otra parte en la diferencia y al tribunal”²⁸.

- *Consecuencias del incumplimiento de la obligación de comunicación de información*

31. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las consecuencias del incumplimiento de la obligación de comunicación de información, por ejemplo, la suspensión de las actuaciones para ordenar su debido cumplimiento o la emisión de una orden de inversión de las costas por la que se condene al pago de estas a la parte que haya incumplido la obligación de comunicación de información.

- *Obligación de comunicar el acuerdo de financiación a un Registro de Transparencia*

32. En el 37º período de sesiones, se sugirió que el reglamento asegurase cierta transparencia (A/CN.9/970, párr. 20). En este contexto, el Grupo de Trabajo tal vez

²⁵ Véase, por ejemplo, el Caso CIADI núm. ARB/14/14, *EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. c. la República Eslovaca* y el Caso CPA núm. 2013-15, *South American Silver Limited c. el Estado Plurinacional de Bolivia*. En relación con la comunicación de los pormenores de los acuerdos financieros, véase el Caso CIADI núm. ARB/12/6, *Muhammet Cap y Sehil Insaat Endustri ve Tivaret Ltd. Sti c. Turkmenistán*.

²⁶ A/CN.9/WG.III/WP.161, Comunicación presentada por el Gobierno de Marruecos; A/CN.9/WG.III/WP.162, Observaciones del Gobierno de Tailandia; A/CN.9/WG.III/WP.164, Observaciones del Gobierno de Costa Rica; A/CN.9/WG.III/WP.174, Comunicación del Gobierno de Turquía; A/CN.9/WG.III/WP.176, Documento presentado por el Gobierno de Sudáfrica; A/CN.9/WG.III/WP.177, Documento presentado por el Gobierno de China.

²⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 24 del Reglamento de Arbitraje en materia de Inversiones del SIAC (2017).

²⁸ Véase, por ejemplo, el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre el Canadá y la Unión Europea (que se aplica con carácter provisional desde el 21 de septiembre de 2017), art. 8.26; el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la UE y Viet Nam (firmado el 30 de junio de 2019), art. 3.37; y el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur (firmado el 19 de octubre de 2018), art. 3.8.

deseo considerar la posibilidad de fomentar la transparencia adoptando medidas adicionales a la mera instauración de la obligación de comunicación de información, por ejemplo, facilitando la información necesaria sobre la financiación por terceros en el ámbito de la SCIE a través de los instrumentos normativos elaborados por la CNUDMI, en particular el Registro de Transparencia constituido con arreglo al Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado²⁹.

c) Recuperación de los gastos de la financiación por terceros

33. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de que en el futuro reglamento se aclare la medida en que el tribunal podría ordenar el reembolso por la parte perdedora de los gastos sufragados para obtener financiación de terceros. A ese respecto, cabe interrogarse acerca de i) si los gastos generados para obtener financiación de terceros pueden considerarse “costos del proceso arbitral”; ii) si se reembolsarían esos gastos en caso de que se hubiera incurrido en ellos de forma razonable; y iii) si son razonables los gastos sufragados para obtener financiación por un demandante carente de fondos que, de lo contrario, no habría podido hacer valer sus derechos en el marco de la SCIE (por ejemplo, en virtud de un reglamento como el que se describe en el apartado **II.B.3.a. supra**).

d) Influencia de la financiación por terceros en la determinación relativa a las garantías de cobro de las costas

34. El Grupo de Trabajo tal vez desee también examinar hasta qué punto debe tenerse en cuenta la financiación por terceros en la determinación relativa a las garantías de cobro de las costas y sobre quién recaería la carga de la prueba. Actualmente son objeto de controversia las cuestiones del fundamento jurídico y los requisitos de las resoluciones por las que se ordena que se garantice el cobro de las costas en los procesos de SCIE, en particular la medida en que puede tenerse en cuenta la financiación por terceros en el marco de esas determinaciones³⁰. Cuando se admite una solicitud orientada a que se ordene la concesión de esa garantía, la carga de la prueba recae por lo general sobre la parte que presenta la solicitud³¹.

35. En caso de que los demandantes carecieran de fondos, el recurso a la financiación podría considerarse un claro indicio de la escasa probabilidad de que la parte que la obtiene cumpla una resolución por la que se la condene al pago de las costas. Por consiguiente, si se limitara la admisibilidad de la financiación por terceros a los casos en que los demandantes carecen de fondos (véase el apartado **II.B.3.a. supra**), el Grupo de Trabajo tal vez desee analizar la idoneidad de invertir la carga de la prueba de forma que la parte financiada sea la que deba demostrar la improcedencia de que se ordene la concesión de garantías del cobro de las costas.

36. Si el futuro reglamento relativo a la financiación por terceros en el ámbito de la SCIE consistiese simplemente en una mera obligación de comunicación de información (véase el apartado **II.B.3.b. supra**), las partes que podrían obtener financiación seguirían siendo muy diversas y la existencia de financiación podría no constituir un indicio de la situación financiera de la parte financiada. En este caso, el Grupo de Trabajo quizás desee estudiar la posibilidad de asignar la carga de la prueba a la parte que solicita la concesión de garantías.

²⁹ El Secretario General de las Naciones Unidas lleva a cabo la función del Registro de Transparencia por conducto de la secretaría de la CNUDMI (véanse los arts. 2, 3 y 8 del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado); <http://www.uncitral.org/transparency-registry/en/introduction.html>, consultado el 27 de junio de 2019.

³⁰ Véase el informe del grupo de tareas del ICCA y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional, págs. 172 y ss.

³¹ Véase en particular el Caso CPA núm. 2016-08, *Manuel García Armas y otros c. la República Bolivariana de Venezuela*.

37. El Grupo de Trabajo tal vez quiera examinar si sería necesario que en el reglamento se prevea expresamente, entre otras circunstancias pertinentes, la posibilidad de tener en cuenta la financiación por terceros en la determinación relativa a las garantías de cobro de las costas³². Otra alternativa sería dejar en manos del tribunal la determinación sobre la pertinencia de la financiación por terceros³³.

38. Además, podría ordenarse la concesión de garantías de cobro de las costas como norma general en los casos en que haya financiación por terceros, como se sugiere en una comunicación³⁴.

e) Mecanismo de asistencia jurídica

39. Como complemento de la limitación de la financiación por terceros a través del reglamento podría instaurarse un mecanismo de asistencia jurídica a fin de compensar la limitación del acceso a la justicia por los demandantes que carecen de fondos y las pequeñas y medianas empresas (véase también el apartado **II.B.2. supra**).

f) Código de ética para terceros que aportan financiación

40. Además, el Grupo de Trabajo quizás desee estudiar la posibilidad de elaborar un conjunto de normas por las que se rija la actividad profesional de los terceros que aportan financiación en el ámbito de la SCIE, que, por ejemplo, podría adoptar la forma de un código de ética³⁵. En estas normas se podrían establecer los requisitos mínimos de cualificación profesional, transparencia y confidencialidad.

41. El Grupo de Trabajo tal vez quiera examinar la conveniencia de introducir también en ese código normas que limiten la influencia de los terceros financiadores en el procedimiento arbitral, en particular respecto de cuestiones delicadas como la selección de los árbitros y las negociaciones orientadas a resolver la controversia³⁶, y de establecer asimismo en él un límite para la remuneración de los financiadores, como se sugiere en una comunicación³⁷.

C. Aplicación de una reforma relativa a la financiación por terceros

42. El Grupo de Trabajo quizás desee examinar las diversas maneras de llevar a cabo una reforma relacionada con la financiación aportada por terceros en el marco de las

³² Véase, por ejemplo, el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Viet Nam (firmado el 30 de junio de 2019), en cuyo artículo 3.37 se establece que el tribunal tendrá en cuenta la financiación por terceros en su determinación relativa a las garantías de cobro de las costas (artículo 3.37 Financiación por terceros [...]: 3. El tribunal tendrá en cuenta si existe financiación por terceros al aplicar el artículo 3.48 (Garantías de cobro de las costas) y si se han cumplido las obligaciones previstas en los párrafos 1 y 2 del [presente] artículo 3.37 al decidir sobre las costas del proceso de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 3.53 (Laudo interlocutorio).

³³ Este es el enfoque que se está examinando actualmente en el marco del Proceso de Enmienda de las Reglas y el Reglamento del CIADI. Véase el Documento de Trabajo 2, Vol. 1, párr. 363.

³⁴ Véase [A/CN.9/WG.III/WP.176](#), Documento presentado por el Gobierno de Sudáfrica.

³⁵ Véase, por ejemplo, un documento oficioso del Gobierno de Francia titulado “Vers un nouveau moyen de régler les différends entre Etats et investisseurs”, de mayo de 2015, que puede consultarse en https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/20150530_isds_papier_fr_vf_cle432fca.pdf.

³⁶ Los terceros que aportan financiación influyen en el procedimiento arbitral no solo sobre la base de derechos contractuales sino también con arreglo a la estructura de vigilancia establecida y a través de sus derechos en la preparación del presupuesto del caso y en su terminación. Véase el informe del grupo de tareas del ICCA y la Queen Mary University of London sobre la financiación aportada por terceros en el arbitraje internacional, págs. 74 y ss. Véase también un documento oficioso del Gobierno de Francia titulado “Vers un nouveau moyen de régler les différends entre Etats et investisseurs”, de mayo de 2015, que puede consultarse en https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/20150530_isds_papier_fr_vf_cle432fca.pdf.

³⁷ En la comunicación del Gobierno de Turquía que figura en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.174](#) se sugiere que se limite el rendimiento que obtienen los terceros que aportan financiación “a una parte razonable de la indemnización”.

controversias en materia de inversiones³⁸. Se podrían elaborar disposiciones que prohíban o regulen la financiación por terceros para integrarlas en los reglamentos de arbitraje, ya sea en forma de cláusulas tipo con variantes adaptadas a los tratados de inversión o mediante una convención de adhesión facultativa que tomara como modelo la Convención de Mauricio sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado y la Convención Multilateral de la OCDE para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios³⁹. El Grupo de Trabajo podría considerar asimismo la necesidad de elaborar disposiciones legales modelo sobre esta cuestión.

³⁸ Véase también la nota de la Secretaría sobre la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados ([A/CN.9/WG.III/WP.166](#)).

³⁹ Véanse también los documentos [A/CN.9/WG.III/WP.173](#), Comunicación del Gobierno de Colombia; y [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), Comunicación del Gobierno de la República del Ecuador.