

FINANCIAMIENTO DE LITIGIOS A TRAVÉS DE TERCEROS Y SU ATERRIZAJE EN CHILE

ELINA MEREMINSKAYA*

Árbitro del CAM Santiago

“El financiamiento a través de terceros es el rasgo característico de la litigación moderna.”¹ Existen diversas formas de financiamiento de litigios a través de terceros tales como préstamos de parientes y amigos, honorarios en caso de éxito de los asesores legales, instrumentos formales de endeudamiento o la cesión completa de los derechos litigiosos.² Más allá de esas variables más o menos habituales, en los últimos años la atención del mundo de litigios y arbitrajes se ha centrado en el financiamiento a través de entidades financieras que desarrollan esa actividad en forma profesional (Third Party Funding, en adelante, “TPFunding” o Third Party Funder, en adelante, “TPFunder”).³

El presente artículo analiza el concepto de TPFunding (1), sus ventajas (2) y problemas que plantea para el ámbito de arbitraje comercial internacional (3), revisa los intentos de su regulación (4) y concluye con algunas estimaciones acerca de su viabilidad en Chile (5).

1. ¿Qué significa Third Party Funding?

Hace unos diez años, cuando el tema del TPFunding despertaba el interés del mundo de arbitraje internacional, la discusión giraba en torno a la legalidad de esa actividad, la que estaba severamente cuestionada en la mayoría de los países del *Common Law* y era vista con suspicacia en varias jurisdicciones del *Civil Law*.⁴ Hoy día, los TPFunders se han transformado en importantes *stakeholders* de la industria legal internacional, en la cual inciden –por no decir moldean– a través de su presencia en foros y discusiones y, por supuesto, a través de la oferta de sus instrumentos financieros y servicios cada vez más sofisticados.⁵

* Las opiniones vertidas en este artículo son de exclusiva responsabilidad de la autora y no son representativas de ninguna institución o empresa.

¹ La primera frase de la decisión *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone & Ors.* emitida por la Corte de Apelaciones inglesa el 18 de noviembre de 2016. *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone & Ors.*, [2016] EWCA Civ 1144, pár. 1: “Third party funding is a feature of modern litigation”.

² Derric Yeoh, “Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?”, *Journal of International Arbitration*, 2016, Vol. 33 N° 1, pp. 115-122, p. 116.

³ Un análisis completo se encuentra en el libro recientemente publicado de Jonas von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, International Arbitration Law Library, Vol. 35, Kluwer Law International, 2016.

⁴ Nadia Darwazah y Adrien Leleu, “Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding”, *Journal of International Arbitration*, 2016, Vol. 33 N° 2, pp. 125-150, p. 126: “However, the initial legal roadblocks have been eroded in many jurisdictions including Australia, Germany, the United Kingdom, and the United States, with Hong Kong probably following suit before not too long.”

⁵ Por ejemplo, la gama de productos de Woodsfords varía entre “Woodsford’s classic access-to-justice product”, risk hedging, adverse costs assets, monetisation, portoflio funding, lending, etc., <http://woodsfordlitigationfunding.com/content/products>.

Actualmente se cuenta un número aproximado de 50 instituciones dedicadas a esa actividad: Bentham IMF, Burford Capital Limited, Harbour Litigation Funding, Vannin Capital, Woodsford Litigation Funding, Calunius Capital, para nombrar solo algunos.⁶ A nivel regional, opera en Perú el TPFunder Lex Finance, que se define como primer y único fondo de inversión en arbitrajes enfocado en Latinoamérica e Iberoamérica.⁷ Han surgido, asimismo, servicios complementarios de compañías bróker que facilitan a los clientes el acceso a los diversos TPF, por ejemplo, ClaimTrading.⁸

En términos generales, un TPFunder acuerda financiar la totalidad o parte de los costos asociados a procedimientos litigiosos de vasto espectro.⁹ Determinados tipos de controversias pueden estar excluidas de la cobertura, por ejemplo, daños a la persona, negligencia médica, divorcio o difamación.¹⁰

Para que los fondos decidan invertir en una demanda, ésta debería tener una cuantía significativa. Se estima que debería ser por lo menos 6 veces superior a los costos del procedimiento.¹¹ También es factible que se financien grupos de demandas que por sí solas no son cuantiosas, pero que una vez consolidadas, arrojan cuantías interesantes.¹²

Un TPFunder otorga el financiamiento para cubrir gastos tales como honorarios de representación legal, honorarios del tribunal arbitral, el costo de los peritajes, etc.¹³ Un fondo de renombre puede invertir entre US\$ 3 y 10 millones en una demanda cuyo valor fluctúa entre US\$ 25 y 100 millones, a cambio de un porcentaje que corresponde a 2,5 hasta 4 veces la inversión o 10% a 45% de los daños otorgados.¹⁴ Si la

⁶ Ver listado más completo en <https://invest4justice.com/list-of-third-party-funders/>.

⁷ <http://lex-finance.com/ES/#about-us>.

⁸ <https://www.claimtrading.com/index/page?id=Overview>: “Colaboramos con un grupo diverso de inversores, más de veinte en total, los cuales poseen más de USD 1000 millones de capital bajo gestión. [...] Ofrecemos acceso a estos inversores a través del modo tradicional de broker o a través de una innovadora plataforma electrónica.”

⁹ Harbour Litigation Funding requiere la cuantía de “£10m or more”, <https://harbourlitigationfunding.com/how-we-work/our-criteria/>; Calunius Capital señala “at least £7.5m”, <http://www.calunius.com/faqs.aspx>; IMF Bentham, para arbitraje comercial internacional busca demandas que exceden “AUD 10 million”, <http://www.imf.com.au/funding#what-we-fund>.

¹⁰ <https://harbourlitigationfunding.com/how-we-work/our-criteria/>.

¹¹ <http://www.calunius.com/litigation-funding/case-assessment.aspx>.

¹² Calunius Capital ejemplifica: “think Madoff”, <http://www.calunius.com/who-uses-litigation-funding/agggregating-smaller-claims.aspx>. IMF Bentham lanzó este año un esquema de financiamiento de demandas pequeñas: “IMF Bentham re-introduced funding for small claims due to the continuous amount of enquiries it was receiving from claimants with meritorious small claims but a lack of funds to pursue them.”, <http://www.imf.com.au/>.

¹³ IMF Bentham: “We fund all legal costs associated with pursuing the claim. All related disbursements are funded, including counsel’s advice and expert reports. [...] We fund costs associated with assessing the commercial viability and merits of a claim, including lawyers’ fees, counsel’s advice and expert reports.” <http://www.imf.com.au/practice-areas/commercial-litigation>.

¹⁴ Bernardo M. Cremades, “Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 8, N^o. 4, 2011, p. 14. IMF Bentham aclara: “Our success fee normally ranges between 25% and 45%” <http://www.imf.com.au/funding#the-funding-process>.

demanda es exitosa, recibe un lucrativo retorno que fluctúa, dependiendo del fondo, entre US\$ 1 y US\$ 25 millones.¹⁵ Si la demanda fracasa, el TPFunder pierde su inversión.

Debido a que los riesgos son altos, se realiza un análisis exhaustivo previo del caso a ser financiado.¹⁶ Para esos efectos, los fondos cuentan con abogados internos con experiencia en litigación y arbitraje, y también recurren a la asesoría externa.¹⁷ Asimismo, operan con “comités de inversiones”, los que pueden incluir a destacados expertos del mundo arbitral.¹⁸ Durante el proceso de *due diligence*, el caso pasa por distintos niveles de revisión interna y externa y es analizado desde la perspectiva legal y financiera, buscando su evaluación lo más objetiva posible.¹⁹ Tan sólo se aceptan los casos con probabilidades de éxito estimado por sobre un 65% o 70%.²⁰

2. Acceso a la justicia y otras ventajas del TPFunding

La primera y más evidente ventaja que ofrece el TPFunding, consiste en facilitar el acceso a la justicia a las partes que por falta de recursos no están en condiciones para demandar.²¹ Así, el TPFunding proporciona una respuesta muy necesaria para el arbitraje de inversión extranjera, donde el demandante muchas veces se encuentra expropiado de su inversión, razón por la que carece de recursos para hacer valer sus derechos.²² Se estima que por lo menos un 40% de los demandantes en materia de inversión extranjera han obtenido TPFunding o por lo menos lo han intentado.²³ Incluso considerando el alto costo del

¹⁵ Jonas von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, op.cit., p. 18.

¹⁶ Ver factores de revisión de Calunius Capital en <http://www.calunius.com/litigation-funding/case-assessment.aspx>.

¹⁷ Jonas von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, op.cit., p. 16.

¹⁸ Por ejemplo, Bernard Hanotiau y John Beechey son parte del Vannin’s comité de inversiones: <http://vannin.com/press/article/122/2014-10-06/hanotiau-to-advise-third-party-funder-vannin-capital>. El comité de inversiones de Lex Finance incluye a Bernardo Cremades: <http://lex-finance.com/ES/members-team/#investment-committee>.

¹⁹ Jonas von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, op.cit., p. 15.

²⁰ Carmen Alonso Cánovas, “Third Party Funding: La Financiación Institucional de Litigios y Arbitrajes”, *Spain Arbitration Review Revista del Club Español del Arbitraje*, 2016, Nº 26, pp. 9-22, p 11. En este sentido, Derric Yeoh, “Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?”, op.cit., p. 117

²¹ Respecto de esa función señala la Corte de Apelaciones inglesa: “It is true that the facilitation of access to justice is an incidental by-product of commercial funding, but that is not the essential motivation of the commercial funder. The commercial funder is an investor who hopes to make a return on his investment. For that reason, justice will usually require that, if the funded proceedings fail, the funder or funders must pay the successful party’s costs.” *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone & Ors.*, [2016] EWCA Civ 1144, 18 de noviembre de 2016, párr. 1.

²² ICCA-QMUL Draft Report On Security for Costs and Costs, 1 de noviembre de 2015, p. 14.

²³ Stavros Brekoulakis, “The Impact of Third Party Funding on Allocation for Costs and Security for Costs Applications: The ICCA-Queen Mary Task Force Report”, *Kluwer Arbitration Blog*, 18 de febrero de 2016.

financiamiento, la parte se ve beneficiada dado que recibirá una proporción de lo que reclama, la que, de no ser por el TPFunding, no habría podido obtener.

Adicionalmente, el TPFunding permite *emparejar la cancha*, esto es, mejorar la posición del demandante menos sofisticado.²⁴ Los fondos ponen a disposición del cliente no solo recursos económicos, sino también una vasta experiencia litigiosa para la selección de asesores legales, árbitros y expertos, y asimismo proyecta el apoyo a nivel psicológico, dado que el asumir el caso indica que el fondo cree en sus altas probabilidades de éxito.²⁵

Por otro lado, con el tiempo, el TPFunding se ha ido transformando en una herramienta de administración de riesgos financieros asociados a litigación y arbitraje.²⁶ Como tal, está siendo usada por las partes que no necesariamente carecen de fondos o tienen problemas de flujos de caja, pero prefieren reducir su exposición a los gastos y riesgos que trae consigo un litigio altamente complejo.²⁷ El TPFunding permite aliviar la contabilidad de las empresas y se ha convertido en una modalidad adicional de financiamiento corporativo.²⁸

La industria de TPFunding hoy día ofrece, además del financiamiento arbitral clásico caso por caso, financiamiento para portfolios de casos. Lo anterior permite redistribuir mejor los riesgos, usar demandas de alta cuantía como *collaterals* para facilitar operaciones financieras, monetizar laudos en forma inmediata, financiar las primas de seguros contra un riesgo de que el laudo no fuera ejecutado, entre otros.²⁹

Finalmente, dado que gracias al TPFunding más clientes y empresas se ven en condiciones de perseguir sus derechos en tribunales,³⁰ la industria de servicios legales recibe asimismo un incentivo.³¹ A mayor

²⁴ Jonas von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, op.cit., p. 87: “The small company may not be able to afford the hourly fees charged by a world class law firm, be vulnerable to delaying tactics (such as overly extensive document production requests), and is quickly pushed into suboptimal settlement, while its opponent does not face comparable issues. In such cases, litigation funding may promote procedural equality of arms by ensuring that the funded party has the legal representation, financial stamina, and risk tolerance necessary to arbitrate and negotiate on eye-level with its opponent.”

²⁵ Derric Yeoh, “Third Party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field?”, op.cit., p. 119. Respecto del último aspecto, IMF Bentham promete: “Our reputation means that defendants will take your claim seriously. We don’t fund unmeritorious claims.” <http://www.imf.com.au/funding>.

²⁶ Susanna Khouri, Kate Hurford y Clive Bowman, “Third party funding in international commercial and treaty arbitration – a panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third party funding”, *Transnational Dispute Management*, Special Issue, Vol. 4, 2011, p. 1.

²⁷ Susanna Khouri, Kate Hurford y Clive Bowman, *Ibíd.*, p. 4.

²⁸ Christopher P. Bogart, “Third-Party Financing of International Arbitration”, *The Arbitration Review of the Americas*, 2017, p. 3.

²⁹ Christopher P. Bogart, *Ibíd.*, p. 3.

³⁰ Como ejemplo, en Australia, las cifras de la litigación aumentaron en un 16,5% desde la liberalización de las reglas del TPFunding. Ver Nadia Darwazeh y Adrien Leleu, “Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding”, op.cit., p. 129.

abundamiento, los TPFunders ofrecen a los estudios jurídicos de punta líneas de financiamiento que les permiten aumentar su participación en el mercado de litigios complejos.³²

3. Problemas e inquietudes

Conjuntamente con las ventajas arriba descritas, el fenómeno del TPFunding ha planteado varios desafíos de índole conceptual y práctica, algunos de los cuales se analizarán a continuación.

En primer lugar, existe la percepción de que el TPFunding facilitaría las demandas frívolas. Por un lado, sería contraintuitivo para los TPFunders aceptar demandas mal fundadas, dado que pondrían en riesgo sus inversiones.³³ Pero los escépticos del TPFunding opinan que justamente las opciones de financiamiento vía portfolio es lo que permitirá que se litiguen los casos más débiles.³⁴ Basta una mirada a la forma en que los fondos promueven los servicios de portfolio para confirmar que ello es así, dado que una de las ventajas que se destaca es justamente la mitigación de riesgos.³⁵

En el evento de demandas oportunistas, la respuesta pasa por una adecuada condena en costas de la parte demandante, debiendo extenderse la responsabilidad solidaria a los TPFunders. Esta fue la solución adoptada en el reciente caso inglés *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone & Ors.*³⁶ Sin embargo, salvo regulación futura, dicha solución puede ser adoptada por los tribunales ordinarios con mayor facilidad que por los arbitrales, dado que estos últimos usualmente carecerán de jurisdicción sobre terceros. Así, la herramienta principal de la que dispondrán los tribunales arbitrales será la caución de las costas adversas que se revisa a continuación.

³¹ Bentham IMF, "Litigation Funding Roundtable: The Canadian Perspective", septiembre 2016, p. 5. Los fondos prometen que más casos van a poder ser tomados, con la ventaja adicional de regularizar el pago de los servicios legales: "Harbour delivers value for legal teams: Enables more good cases to be taken on; Provides assurance that fees will be paid promptly", <https://harbourlitigationfunding.com/how-we-work/benefits-for-partners/>.

³² Según anuncia Woodsford Litigation Funding: "For law firms in particular, portfolio funding offers an exciting new financing option. Woodsford can provide financing to a firm where Woodsford's return is conditional on the firm's success in commercial litigation or arbitration cases on which the firm is acting on a conditional or contingency fee basis. Woodsford's financing can be used for any purpose, including recruitment and expansion plans." <http://woodsfordlitigationfunding.com/content/portfolio-funding>.

³³ Jonas von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, op.cit., p. 25: tan sólo 5 a 10% de los casos son aceptados para el financiamiento.

³⁴ Nadia Darwazeh y Adrien Leleu, "Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding", op.cit., p. 129.

³⁵ Así publica Burford sus portfolios: "Mitigates risk and increases available capital; Flexible capital for fees, expenses or other needs; Lower cost of capital; Cases are cross-collateralized; Significant accounting advantages." Los montos ofrecidos son notables: "Recent portfolios includes a \$100 million portfolio for a leading law firm and a \$45 million portfolio for a FTSE 20 company." <http://www.burfordcapital.com/customers/portfolio-financing/>.

³⁶ *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone & Ors.*, [2016] EWCA Civ 1144, 18 de noviembre de 2016, confirmando la decisión del tribunal de primera instancia y ordena el pago de las costas duplicando el valor de la caución.

Una demanda financiada por un TPFunder conlleva el riesgo de provocarle al demandado importantes costos asociados al litigio, sin que el demandante tenga la capacidad financiera para cubrirlos. La demanda puede ser rechazada por el tribunal o simplemente abandonada porque el TPFunder decida retirar el financiamiento.³⁷ En esos casos surge la pregunta cómo garantizar los derechos del demandado de obtener el pago de sus costas y costos.

En el arbitraje CIADI *RSM Production Corporation c. Saint Lucia*, el tribunal arbitral ordenó al inversionista financiado por un TPFunder, constituir una caución a fin de asegurar el pago de la eventual condena en costas (*security for cost*).³⁸ La jurisprudencia arbitral posterior se ha mantenido dividida, en proporciones prácticamente iguales, en cuanto a ordenar o no la caución de las costas adversas.³⁹

Una iniciativa de investigación creada por el *International Council for Commercial Arbitration (ICCA)* y *Queen Mary University of London (QMUL)*, *Task Force on TPF in International Arbitration*, asimismo se ha pronunciado en contra de la caución de costas adversas, por lo menos en lo que se refiere al arbitraje comercial. Su informe *On Security for Costs and Costs* señala que el tribunal tendrá que sopesar si la situación financiera del demandante habría empeorado de manera imprevisible desde la celebración del acuerdo arbitral. El elemento consensual distingue el arbitraje de la litigación ante los tribunales nacionales y hace que la caución de costas adversas fuera menos justificable.⁴⁰ El informe sostiene que, dada la creciente difusión del TPFunding como una herramienta de administración de riesgos asociados a litigios, su uso no debería crear la presunción que el demandante carece de recursos y no necesariamente debe conducir a la caución de costas adversas.⁴¹

Aunque hay voces desde la industria de TPFunding que se oponen a la caución,⁴² en términos prácticos, varios de los fondos se han ido adaptando a esa contingencia y hoy en día ofrecen la caución y el pago de las costas adversas dentro de la paleta de sus servicios.⁴³

³⁷ Nadia Darwazeh y Adrien Leleu, "Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding", op.cit., p. 131.

³⁸ Caso CIADI No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs, 13 de agosto de 2014, párr. 87: "...the Tribunal, after carefully balancing Respondent's interest with Claimant's right to access to justice, is confident that the described circumstances constitute sufficient grounds and exceptional circumstances as required by ICSID jurisprudence for ordering Claimant to provide security for costs."

³⁹ Nadia Darwazeh y Adrien Leleu, "Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding", op.cit., pp. 125-150; ver Anexo con el análisis de los casos conocidos. Stavros Brekoulakis, "The Impact of Third Party Funding on Allocation for Costs and Security for Costs Applications: The ICCA-Queen Mary Task Force Report", op.cit.

⁴⁰ ICCA-QMUL Draft Report On Security for Costs and Costs, 1 de noviembre de 2015, pp. 13-14.

⁴¹ ICCA-QMUL Report On Security for Costs and Costs, *Ibíd.*, p. 14.

⁴² Christopher P. Bogart, "Third-Party Financing of International Arbitration", op.cit., p. 5.

⁴³ Ver por ejemplo, IMF Bentham <http://www.imf.com.au/practice-areas/commercial-litigation>; Harbour Litigation <https://harbourlitigationfunding.com/solutions/providing-security/>; Woodsford Litigation Funding <http://woodsfordlitigationfunding.com/content/adverse-costs-risk>: "We do not charge an upfront fee for our adverse costs products. As with our classic funding, our return is conditional on success."

El tercer problema surge en relación con los posibles conflictos de intereses. Considerando que la participación de los TPFunders en el arbitraje se hace más habitual, el grupo de trabajo *ICCA-QMUL* concluyó que existe un potencial importante de conflicto a raíz de la relación simbiótica entre los fondos y un grupo pequeño de estudios jurídicos, como también una relación semejante entre dichos estudios y los árbitros más destacados.⁴⁴ Muchos comentaristas son de la opinión que los árbitros deben estar en conocimiento de la existencia del TPFunding para poder apreciar bien los posibles conflictos de interés y mantener la integridad del procedimiento arbitral y del laudo.⁴⁵

El tema de la transparencia con respecto a TPFunding fue objeto del connotado *International Arbitration Survey* realizado por QMUL en el año 2015. Un 76% de los encuestados señalaron que el uso del TPFunding en el arbitraje debe ser transparentado, versus 24% que estimaron lo contrario. Un 63% fue además de la opinión que la identidad del TPFunder debe ser informada, versus un 37% que lo considera innecesario. Por último, un 29% considera que los términos del acuerdo entre la parte y el financista deben ser informados, versus un 71% que se opone a esta solución.⁴⁶

Otra de las preocupaciones dice relación con el potencial de abuso de la injerencia económica por parte de TPFunders para impulsar las decisiones que le garanticen un retorno más seguro pero que no reflejan los intereses del cliente. Desde la industria del TPFunding se explica que los financistas de renombre no buscan controlar los procedimientos. Más bien, requieren estar en conocimiento de los elementos claves y ser consultados sobre decisiones importantes, lo que incluso es valorado por los clientes. La situación hipotética en la que el cliente recibe una oferta para ponerle término a la disputa y hay diferencia de opiniones entre él y el TPFunder, es una situación extremadamente rara y que debería poder ser abordada a través de un mecanismo de solución de disputas previsto en el contrato con el cliente.⁴⁷ En este contexto se subraya la gran importancia que tiene el contrato con el TPFunder y la necesidad de contar con la asesoría legal adecuada al momento de celebrarlo.⁴⁸

Por último, no obstante que sea el TPFunder quien asume la remuneración de los asesores legales del cliente, dichos importes constituyen costas. Deberán ser pagadas al TPF en el caso de éxito y, por lo tanto, deben ser reflejadas en una eventual condena en costas de la contraria.⁴⁹ Habitualmente se entendía que lo anterior no incluía el costo del financiamiento a través del TPFunding –como es, por ejemplo, el premio que reciba ante el éxito de la demanda.⁵⁰ Sin embargo, en el caso reciente *Essar Oilfield Services Limited v*

⁴⁴ William W. Park y Catherine A. Rogers, “Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force”, *The Pennsylvania State University, The Dickinson School Of Law, Legal Studies Research Paper*, No. 42-2014, p. 6.

⁴⁵ Burcu Osmanoglu, “Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest”, *Journal of International Arbitration*, 2015, Vol. 32 Nº 3, pp. 325-350, pp. 339-341, reseña de varias opiniones.

⁴⁶ QMUL/White&Case 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, p. 48.

⁴⁷ Bentham IMF, “Litigation Funding Roundtable: The Canadian Perspective”, op.cit., p. 6.

⁴⁸ Susanna Khouri, Kate Hurford y Clive Bowman, “Third party funding in international commercial and treaty arbitration – a panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third party funding”, op.cit., p. 7.

⁴⁹ ICCA-QMUL Draft Report On Security for Costs and Costs, op.cit.,p. 10.

⁵⁰ ICCA-QMUL Draft Report On Security for Costs and Costs, *Ibíd.*

Norscot Rig Management Pvt Limited, tanto el tribunal arbitral como la corte inglesa afirmaron el derecho de la demandante de cobrar el costo del financiamiento como parte de sus propias costas. La conducta del demandado, antes y durante del procedimiento arbitral, fue estimada altamente reprochable. Se determinó que estaba directamente responsable de la situación financiera del demandante que lo haya obligado a recurrir al TPFunding.⁵¹

Como se puede observar, se trata de un conjunto de problemas de índole diversa, pero todos susceptibles de impactar profundamente en el ejercicio de los derechos de las partes. Muchos de esos problemas no tienen una respuesta unívoca, dependiendo ésta del criterio de los tribunales competentes. Dicho escenario introduce un elemento de inseguridad jurídica adicional, planteándose la pregunta por una eventual regulación de la actividad de TPFunding.

4. Intentos de regulación

La regulación de TPFunding vía *soft law* es considerada la más efectiva por los usuarios quienes, acorde al *International Arbitration Survey*, sugieren el uso de Guías como las de la IBA (58%) o códigos de conducta (29%).⁵²

Efectivamente varias iniciativas de ese tipo. En el Reino Unido existe el *Code of Conduct for Litigation Funders*⁵³, promovido por el Ministerio de Justicia en noviembre de 2011 y revisado en 2014, obligatorio para todas las empresas miembros de la *Association of Litigation Funders (ALF)* para el financiamiento de litigios en Inglaterra y Gales. Este código incluye dentro de sus normas: los requisitos mínimos de solvencia y capitalización de los TPFunders, la limitación del derecho de éstos a resolver el contrato de financiación salvo en determinadas circunstancias, o la prohibición de asumir el control del litigio y/o de las negociaciones transaccionales.⁵⁴

A nivel más global, las Guías de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje en su versión de 2014, abordan el tema en forma parcial, al requerir transparentar la presencia de los TPFunders. En concreto, la norma general 6.b establece una eventual equivalencia entre la parte y un TPFunder al señalar lo siguiente: “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.”

En los comentarios se aclara: “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 ‘tercero 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

⁵¹ *Essar Oilfield Services Limited v Norscot Rig Management Pvt Limited*, [2016] EWHC 2361 (Comm), 15 de septiembre de 2016, par. 24.

⁵² QMUL/White&Case 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, p. 47.

⁵³ <http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2014/02/Code-of-conduct-Nov2016-Final-PDF.pdf>.

⁵⁴ Carmen Alonso Cánovas, “Third Party Funding: La Financiación Institucional de Litigios y Arbitrajes”, p. 16.

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.”

Seguidamente, la norma general 7.a obliga a las partes a revelar la existencia de alguna relación entre el árbitro y cualquier persona que tenga un interés económico en el resultado del procedimiento en los siguientes términos: “Cada parte deberá informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las demás partes y a la institución arbitral o a cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) sobre 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 con una relación de control sobre la parte en el arbitraje).”

Por su parte, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en su Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje, estableció la obligación de los árbitros de revelar “las relaciones con cualquier entidad que tenga un interés económico directo en la controversia o una obligación de indemnizar a una parte por el laudo, deben también tenerse en cuenta en las circunstancias de cada caso”.⁵⁵ Sin embargo, al no haberse instruido a las partes para que divulguen la participación del TPFunder, los árbitros difícilmente pueden cumplir con el deber de declarar un posible conflicto de intereses.⁵⁶

En el plano comparado existen también dos iniciativas a nivel legislativo. El 7 de noviembre de 2016, el Ministerio de Justicia de Singapur presentó al Parlamento el llamado *The Civil Law (Amendment) Bill 2016*. Su propósito consiste en liberalizar el uso de TPFunding previamente prohibido, pero al mismo tiempo regular la actividad de los TPFunders y su relación con la profesión legal.⁵⁷

Asimismo, en Hong Kong, el 12 de octubre de 2016, después de tres años de trabajo, la Comisión para la Reforma Legislativa publicó su informe que recomienda la aceptación y regulación de los aspectos financieros y éticos de los TPFunders.⁵⁸ El informe recomienda establecer, por ejemplo, la obligación del cliente beneficiado por TPFunding a notificar este hecho previo al inicio del arbitraje o dentro de 15 días desde que el acuerdo se haya perfeccionado; adaptar las reglas de conducta profesional aplicables a abogados y representantes legales en los casos con financiamiento vía TPFunding; y establecer un código de conducta de los TPFunders que tendría un período de aplicación provisional de tres años.⁵⁹

Como se observa, la regulación del TPFunding aún se encuentra en su etapa inicial, lo que contrasta con los niveles de desarrollo que tiene en la práctica. Su regulación vía *soft law* está avanzando, aunque aún no se ha propuesto un instrumento internacional más omnicompreensivo. Lo anterior significa que las partes que deseen contar con el TPFunding, deben tomar la actitud *caveat emptor*, informándose de manera más

⁵⁵ Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, de fecha 22 de septiembre de 2016, cláusula 24, <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Court-adopts-Guidance-Note-on-conflict-disclosures-by-arbitrators/>.

⁵⁶ Aren Goldsmith y Lorenzo Melchionda, “The ICC’s Guidance Note on Disclosure and Third-Party Funding: A Step in the Right Direction”, *Kluwer Arbitration Blog*, 14 de marzo de 2016.

⁵⁷ <https://www.mlaw.gov.sg/content/minlaw/en/news/press-releases/legislative-changes-to-enhance-singapore-as-an-international-hu.html>.

⁵⁸ http://www.hkreform.gov.hk/en/docs/rtpf_se.pdf.

⁵⁹ http://www.hkreform.gov.hk/en/docs/rtpf_se.pdf.

completa posible sobre el TPFunder en cuestión y prestando especial atención a las condiciones del contrato que celebre con éste.

5. TPF en Chile

Los principales mercados de TPF hoy son Australia y Reino Unido, seguidos de Estados Unidos y, en menor medida, por algunos países de Europa continental, como Alemania, Austria y Suiza.⁶⁰ Su difusión en los demás países del *Civil Law* se ha visto retrasada por las siguientes razones: "(i) la excesiva duración de los procedimientos judiciales, desde la interposición de la demanda, hasta el efectivo cobro del importe de la condena (teniendo en cuenta que el plazo medio de recuperación de la inversión que consideran estas entidades es de dos años), (ii) el hecho de que los inversores de TPF están, a su vez, asegurados por empresas estadounidenses y británicas (quienes, en caso de no recuperar su inversión en un plazo medio de cinco años, pueden retener un porcentaje de la condena), (iii) las facilidades procesales que encuentra el demandado que desea retrasar o evitar el pago, (iv) la imposibilidad práctica de predecir la decisión del juez en cada caso y (v) el hecho de que los abogados habitualmente encargados de realizar los procesos de *due diligence* están formados en sistemas de *Common Law*."⁶¹

En la medida en que las disputas relevantes que surjan en América Latina sean sometidas al arbitraje, la mayoría de las contingencias recién descritas pueden ser controladas o reducidas. En esas condiciones, es de esperar que los principales TPF desarrollen herramientas necesarias para trabajar con los clientes de la región.

Así, el TPFunder regional Lex Finance ya maneja inversiones en Brasil, México, Colombia y Ecuador.⁶² En las palabras de su gerente general, señor Narghis Torres, la demanda por sus servicios ha crecido notoriamente. Mientras en 2015 se recibieron 15 solicitudes de financiamiento, en 2016 fueron 42.⁶³

Las indagaciones en el derecho comparado con respecto a los países de tradición jurídica afín a la chilena, indican que la llegada del TPFunding no enfrenta obstáculos legales. Con respecto al derecho español se concluye que "los acuerdos de TPF resultan aparentemente admisibles conforme al principio de libertad de pactos consagrado por el artículo 1.255 del Código Civil, e incluso, analógicamente, por la plena institucionalización en nuestro derecho de la figura de la venta de crédito litigioso, regulada en el artículo 1.535 y siguientes del Código Civil."⁶⁴

⁶⁰ Carmen Alonso Cánovas, "Third Party Funding: La Financiación Institucional de Litigios y Arbitrajes", *op.cit.*, p 15.

⁶¹ Carmen Alonso Cánovas, *Ibíd.*, p 21.

⁶² <http://lex-finance.com/ES/#about-us>.

⁶³ Entrevista telefónica con la autora del señor Narghis Torres, gerente general de Lex Finance, 13 de diciembre de 2016.

⁶⁴ Daniel Jiménez, "Financiación de litigios por tercero. Una alternativa real en nuestro país", *Actualidad Procesal Ashurst*, junio 2013, p. 1.; Pablo Constenla, "De la venta de crédito litigioso al sofisticado third party funding", *Revista Lex Mercatoria*, No. 1, 2015, pp. 18-20, p. 20. Para Puerto Rico, aunque desde una perspectiva de modelos económicos, ver Félix González Nieves, "The Feasibility of A Third-Party Funding Market for Arbitration Claims in Puerto Rico", *University of Puerto Rico Business Law Journal*, Vol. 7, Nº 1, 2016, pp. 70-87.

Semejante al caso español, el Código Civil chileno regula la cesión de derechos litigiosos (artículo 1.911), admitiéndose expresamente su venta (artículo 1.912). Para impedir la especulación con los derechos litigiosos, “se establece que el deudor solo estará obligado a pagar al cesionario lo que éste haya pagado por la cesión, con los intereses, los cuales se cuentan a partir de que se haya notificado la cesión al deudor, beneficio que solo podrá usarse antes de que se cumplan 9 días de notificado el decreto que se manda a ejecutar la sentencia” (artículos 1.913 y 1.914).⁶⁵

La figura de TPFunding resulta distinta a la venta de los derechos litigiosos, dado que el demandante no se desprende de ellos. Más bien, gracias a la participación de un TPFunder el demandante recibe una oportunidad para ejercer su derecho, encontrándose así en una mejor situación para obtener acceso a la justicia que en el caso de la venta de derechos litigiosos. Siguiendo la máxima jurídica *qui potest plus, potest minus*, la figura del TPFunding parece tener cabida plena en Chile. De hecho, según lo señalado por el gerente general de Lex Finance, el fondo está evaluando varios casos con conexión con Chile.⁶⁶ Así, el uso habitual de esta herramienta en Chile parece solo ser cuestión de tiempo.

⁶⁵ Corte de Apelaciones de Talca, N° 1475/2014 (Civil), 19 de junio de 2015.

⁶⁶ Entrevista telefónica con la autora del señor Narghis Torres, gerente general de Lex Finance, 13 de diciembre de 2016.