

El *Third Party Funding* y la imparcialidad del árbitro: una oportuna reflexión

Kimberly González Rojas*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 327-350

Resumen: El mundo arbitral se encuentra en constante evolución al ser un medio alternativo de resolución de conflictos donde la autonomía de la voluntad de las partes cuenta con un elevado protagonismo. De esta manera, la figura del *Third Party Funding* o financiamiento de terceros, constituye un mecanismo que facilita a las partes el acceso a la justicia. Sin embargo, es importante analizar su eventual influencia sobre la imparcialidad del árbitro ante un posible conflicto de intereses, así como la obligación y alcance del deber de revelación para preservar la solidez y reputación del sistema arbitral, evitando en lo posible laudos viciados, que sean potencialmente objeto de recursos de nulidad.

Palabras clave: Financiamiento de terceros; Imparcialidad; Conflicto de Intereses.

Third Party Funding and the impartiality of the arbitrator: a timely reflection

Abstract: *The arbitration world is in constant evolution as it is an alternative means of conflict resolution where the autonomy of the will of the parties has a high role. In this way, the figure of Third Party Funding constitutes a mechanism that facilitates the parties' access to justice. However, it is important to analyze its possible influence on the impartiality of the arbitrator in the event of a possible conflict of interest, as well as the obligation and scope of the duty of disclosure to preserve the solidity and reputation of the arbitration system, avoiding, as far as possible, flawed awards that are potentially subject to annulment appeals.*

Keywords: *Third party funding; Impartiality; Conflict of Interest.*

Recibido: 17/9/2024

Aprobado: 29/11/2024

* Abogada, Universidad Central de Venezuela. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil en la misma Casa de Estudios. Socio fundador del Escritorio López & González Law Group.

El *Third Party Funding* y la imparcialidad del árbitro: una oportuna reflexión

Kimberly González Rojas*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 327-350

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. La noción de imparcialidad del árbitro y su importancia. 2. El Conflicto de Intereses en el arbitraje. 2.1 Las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. 3. El *Third Party Funding* y su influencia sobre la imparcialidad del árbitro. 3.1 El deber de revelación, su alcance y marco regulatorio. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La realidad actual impulsa a las partes a buscar una administración de justicia eficaz y eficiente, que responda a sus solicitudes con celeridad y les aporte seguridad jurídica para la resolución de sus controversias. En este contexto, el Arbitraje se ha posicionado como un medio alternativo ideal para aportar a las partes confidencialidad, rapidez y especialización. Sin embargo, no es un secreto que usualmente los procedimientos arbitrales resultan ser costosos, lo cual, en ocasiones, dificulta a las partes el acceso al mismo.

Bajo este esquema, el enfoque se ha situado hacia el auge de la figura del tercero financiador, conocido en inglés como *Third Party Funding*, que le permite a una persona natural o jurídica que no es parte del conflicto, a través del pago de las costas del proceso del demandante o del demandado, en principio, obtener una ganancia sobre la cuantía de la indemnización obtenida por el sujeto financiado al resultar vencedor en el proceso.

El surgimiento de esta modalidad, tuvo su origen en materia judicial en los Países del *Common Law*, donde inicialmente se prohibía su aplicación. No obstante, estas corrientes se han disipado y el financiamiento de terceros ha encontrado una gran aceptación en el foro arbitral internacional, puesto que resulta ventajoso para quienes no disponen de los recursos para participar en el litigio o en los casos que el interesado no desee invertir de forma inmediata en el proceso porque prefiere destinar sus fondos hacia otros objetivos.

* Abogada, Universidad Central de Venezuela. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil en la misma Casa de Estudios. Socio fundador del Escritorio López & González Law Group.

Usualmente, el financiamiento puede ser otorgado por fondos de financiamiento, aseguradoras y empresas que se dedican de manera profesional a estas actividades, para lo cual utilizan un despliegue de expertos legales y financieros que analizan los riesgos inherentes al proceso y deciden sobre la conveniencia de aportar los recursos para financiar al interesado, cuando existen altas probabilidades de obtener un laudo favorable.

Por lo tanto, resulta interesante analizar la influencia que puede tener el conocimiento de la existencia de un tercero financiador en la imparcialidad del árbitro, así como el deber de revelación de las partes que les obliga a declarar la existencia de un financista y algunos aspectos importantes del contenido del acuerdo de financiamiento; a la par de los eventuales conflictos de intereses que podrían suscitarse en un escenario como este y las posibles soluciones que se han aportado para mitigarlos, con el objeto de fortalecer la sólida reputación de la institución arbitral.

1. La noción de imparcialidad del árbitro y su importancia

Con un Poder Judicial saturado de causas que han exacerbado su lentitud, la excesiva burocratización de los trámites procesales y la desconfianza respecto a la imparcialidad de sus decisiones, el Arbitraje se ha abierto paso sin violencia y con distinción como un medio alternativo de resolución de conflictos ampliamente utilizado nacional e internacionalmente.

El derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial es una garantía fundamental consagrada en los instrumentos internacionales más destacados, como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)². A su vez, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³ en su artículo 49, numeral 3°, consagra el derecho que tiene toda persona a ser oída en cualquier proceso con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad.

Como es lógico, estas exigencias se extienden a la jurisdicción arbitral, donde la independencia e imparcialidad de los árbitros destaca como una de las garantías esenciales de todo procedimiento, pues constituye una noción estrechamente vinculada con

¹ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), de fecha 10 de diciembre de 1948. Artículo 10: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal."

² Suscrita en la Ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 8: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...".

³ Gaceta Oficial N°5.453 de fecha 24 de marzo de 2000, con la Enmienda N° 1, sancionada por la Asamblea Nacional el 14 de enero de 2009, aprobada en Referéndum Constitucional el 15 de febrero de 2009, y promulgada por el Presidente de la República el 19 de febrero de 2009.

la administración de justicia. En este punto, resulta importante analizar la independencia del árbitro frente a las partes y su imparcialidad para conocer el caso concreto.

Venezuela se ha caracterizado por ser un foro afín al arbitraje, cuya promoción cuenta con rango constitucional, a través del contenido del artículo 258 de la Carta Magna, al tiempo que la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana⁴ aporta el marco legislativo para su operatividad en el Derecho interno, así como distintas Convenciones Internacionales vigentes que permiten el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, tales como la Convención de Nueva York de 1958⁵ y la Convención de Panamá de 1975⁶.

Dentro de los requisitos necesarios para que sea reconocida la validez y eficacia de un laudo arbitral, se exige que la composición del tribunal arbitral y el procedimiento se hayan ajustado a la Ley, dentro de lo que se incluye el cumplimiento con el deber de independencia e imparcialidad de los árbitros que lo integren.

Por su parte, el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), del año 2020, al referirse en su artículo 23 a la imparcialidad de los árbitros, dispone que: "Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes. Si el árbitro propuesto considera que existe algún impedimento de hecho o de derecho para el cumplimiento de sus funciones, deberá rechazar su nombramiento o inhibirse inmediatamente."

En el mismo sentido, se pronuncia el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, vigente desde el 26 de mayo de 2022, cuando dispone en su artículo 49 que: "Una vez nombrado el árbitro, debe ser y permanecer imparcial e independiente frente a las partes en la causa que se ventila".

A su vez, las Reglas sobre Arbitraje Independiente de la Asociación Venezolana de Arbitraje de 2021, establecen en su artículo 12 que "Todo árbitro debe ser y permanecer independiente e imparcial durante el arbitraje y no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial."

La conducta del árbitro debe ser diligente y de buena fe durante el desenvolvimiento de todo el proceso arbitral, manteniendo su condición de independencia e imparcialidad, en atención a la naturaleza de sus funciones. Como bien apunta Jijón Letort,⁷ citando a Cossio: "un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen", por lo que estos caracteres funcionan como líneas guías para juzgar la integridad de los árbitros y la prolijidad del arbitraje.

⁴ Gaceta Oficial Extraordinario N°36.430 de fecha 07 de abril de 1998.

⁵ Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York, 1958. Ley aprobatoria en Venezuela Gaceta Oficial N°4.832 de fecha 29 de diciembre de 1994.

⁶ Convención Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de fecha 30 de enero de 1975. Ley Aprobatoria: Gaceta Oficial N°33.120 de fecha 22 de febrero de 1985.

⁷ Jijón Letort, Rodrigo. «La independencia e imparcialidad de los árbitros.» *Juris Dictio*, 2007: P.27.

Aunque la independencia y la imparcialidad pueden catalogarse como caracteres propios de un procedimiento arbitral idóneo y salen a relucir en la mayoría de las disposiciones legales que regulan la materia, no se aborda frecuentemente su definición, sino que se pasa directamente a evaluar las consecuencias de su falta. Por lo tanto, es prudente precisar que la independencia es definida por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española⁸ como la cualidad de aquél que “sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena”, mientras que la imparcialidad es entendida como “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

A pesar de que estas definiciones son utilizadas frecuentemente como sinónimos, es correcto afirmar que: “La independencia vendría a ser la posibilidad del árbitro de decidir por sí mismo sin injerencia de terceros; la imparcialidad consistiría en no tener un criterio anticipado que impida juzgar; y la neutralidad en no tener interés en el conflicto.”⁹

Desde que el árbitro comienza a desenvolverse en el cumplimiento de sus funciones adquiere la obligación de evitar cualquier relación de dependencia que pueda afectar el contenido de su decisión, especialmente con las partes del litigio. Como puede inferirse de las definiciones *in commento*, la imparcialidad responde a una situación subjetiva, toda vez que responde a las concepciones que habitan en la mente del juzgador, lo que dificulta en gran medida la prueba de su ausencia. Por otro lado, la independencia es más fácil de exteriorizar, ya que permite analizar los hechos o situaciones capaces de vincular al árbitro con las partes o con el objeto de la controversia a resolver.

Analizando el despliegue de conductas del árbitro durante el desarrollo del proceso, será posible identificar si existe o no parcialidad a favor de alguna de las partes. No obstante, más allá de cualquier precisión terminológica, lo realmente importante es la “garantía de una decisión que se ajuste a la realidad procesal, que sea justa y se perciba como justa”.¹⁰

De acuerdo a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana en su artículo 17, corresponde a las partes nombrar de forma conjunta a los árbitros o delegar su nombramiento a un tercero. Si no hubiere acuerdo entre las partes sobre esta elección, cada parte elegirá un árbitro y los dos designados seleccionarán un tercero, quien será el Presidente del tribunal arbitral.

Este sistema, permite que cada parte elija un árbitro que considere capacitado para resolver la controversia que se le presenta, orientados con base a su experiencia, conocimiento e integridad moral. En consecuencia, a pesar de que cada parte selec-

⁸ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. s.f. <https://dle.rae.es/> (último acceso: 07 de 11 de 2024).

⁹ Jijón Letort, *Op. Cit.* P. 27.

¹⁰ Jijón Letort. *Op. Cit.* P.29.

cione un árbitro, no podrá entenderse que éste actuará únicamente en defensa de los intereses de quien lo eligió, pues una vez aceptado su nombramiento, el árbitro obedece a su deber de independencia e imparcialidad.

Entre las Recomendaciones del Club Español del Arbitraje relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros¹¹, se indica que “todo árbitro mantendrá su independencia e imparcialidad y ni él ni su despacho aceptarán encargos profesionales de las partes, en tanto no haya cesado en sus funciones y durante un tiempo razonable tras el cese”. Se observa entonces en cuanto a este punto, un marcado énfasis de los diferentes instrumentos legislativos nacionales e internacionales, de los reglamentos de los Centros de Arbitraje, y de los instrumentos de *soft law* dictados por las distintas organizaciones que promueven este medio alternativo de resolución de controversias, los cuales hemos citado a título ejemplificativo.

La insistencia en esta característica de los árbitros tiene un motivo de suma importancia, puesto que está directamente relacionada con la fortaleza del sistema arbitral. Un laudo dictado por un árbitro desprovisto de estas cualidades daría origen a que la parte afectada demande la nulidad del laudo o se oponga a su ejecución. Como bien indica Jijón Letort:

el sólo hecho de que el laudo ha sido dictado en forma unánime no es suficiente para garantizar que no será anulado por la falta de independencia o imparcialidad de uno de los árbitros. No creemos que esta conclusión sea contraria al principio de trascendencia pues la actuación de un árbitro parcial o dependiente bien puede haber influido en la decisión de los otros miembros del panel.

Con el objeto de preservar la independencia e imparcialidad de los árbitros, se prevén una serie de obligaciones que surgen en cabeza de éstos al momento de conocer su designación dentro de una determinada controversia, cuyo fundamento es el deber de hacer conocer a las partes y a los demás miembros del tribunal arbitral cualquier circunstancia que pueda afectar la integridad de su juzgamiento.

Cuando un potencial árbitro conoce su designación dentro de un procedimiento, el primer paso debe ser analizar si cumple debidamente con las exigencias de independencia e imparcialidad, observando su situación concreta desde la óptica de las partes y no únicamente desde sus intereses personales y procediendo a revelar cualquier situación que, de acuerdo a un criterio razonable, sea capaz de afectar su óptima valoración sobre la situación sometida a su conocimiento.

¹¹ Club Español de Arbitraje. *Recomendaciones relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros*. 2008. https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/recomendaciones_0.pdf (último acceso 10 de noviembre de 2024).

Así como existen situaciones que pudieron ocurrir antes del surgimiento del conflicto, es perfectamente posible la ocurrencia de circunstancias susceptibles de afectar la independencia e imparcialidad del árbitro de manera sobrevenida, e inclusive, pueden existir escenarios de vinculación profesional a través de personas naturales o jurídicas con las que el árbitro pudiera relacionarse, por lo que el deber de revelación e información surge como un acompañante permanente dentro del ejercicio de las funciones arbitrales.

No interesa al sano desenvolvimiento de un procedimiento arbitral, la revelación de circunstancias indirectas o irrelevantes, lo que causaría mayores retrasos y un aumento de los gastos para las partes. Lo que resulta determinante, es que la revelación se realice de forma oportuna y sobre hechos que realmente puedan influir sobre las decisiones del árbitro. Para determinar qué circunstancias deben ser objeto de revelación, debe acudirse a la figura de lo que en doctrina se conoce como Conflicto de Interés, cuyos elementos constitutivos y estrategias para su manejo analizaremos seguidamente.

2. El Conflicto de Intereses en el Arbitraje

En la medida en que el listado de árbitros disponibles para ciertas tipologías de conflicto se reduce, aumentan las posibilidades de verificación de un conflicto de intereses. Para iniciar una aproximación a este concepto, Cabanellas de Torres lo define en estos términos: "Entre particulares, oposición profunda por cuestiones de dinero, bienes o negocios. Entre países, pugna por territorios, mercados y otros asuntos económicos. Situación de quien debe representar o defender intereses encontrados, como el abogado de dos litigantes opuestos en un juicio."¹²

Visto desde la óptica del árbitro son aquellas circunstancias que ponen en duda la capacidad del árbitro para decidir sobre el fondo de la controversia de una manera imparcial e independiente, bien sea por una vinculación con alguna de las partes de tipo familiar, laboral, sentimental o económica. Se trata de una situación, que por sus características propias, necesita la evaluación precisa del caso concreto, pues son tantas las aristas que involucra esta figura, que coincidimos con Fernando Trazegnies¹³ cuando afirma:

La noción de conflicto de interés es un concepto vivo y esto significa que, como la vida misma, está en movimiento y en evolución. Cada caso nuevo ayuda a repensar una afirmación anterior o a precisar un concepto desde una perspectiva nueva. Dilucidar en qué consiste el conflicto de interés y cuáles son sus grados es una tarea permanente y es una cuestión que constituye un desafío para todos los abogados que estamos involucrados con el arbitraje.

¹² Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 27°. Vol. II: C. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

¹³ Trazegnies Granda, Fernando. «Conflictuando el conflicto: Los conflictos de interés en el arbitraje.» *Revista de Derecho (Themis)*, n° 53 (Junio 2007): P.69.

La práctica arbitral revela el surgimiento de conflictos de interés evidentes, como los casos en los cuales el árbitro ha prestado asesoramiento o está asesorando en la actualidad a una de las partes en relación con la controversia que se presenta; o los casos de enemistad manifiesta entre el árbitro y alguna de las partes y otros casos menos cuestionables, como el asesoramiento legal que haya suministrado el árbitro a las partes con ocasión de otro asunto, "...hasta casos pintorescos como la impugnación fundamentada en que el árbitro recusado es colega como profesor universitario del abogado de una de las partes..."¹⁴

La Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, exige a los árbitros los mismos criterios de imparcialidad que a los jueces ordinarios, salvo que las partes decidan otra cosa, para lo cual regula en sus artículos 35 al 40 las causales de Recusación e Inhibición que pueden afectarles y el procedimiento a seguir ante su verificación; tomando como basamento el listado de supuestos incluido en el Código de Procedimiento Civil Venezolano¹⁵, que contempla en su mayoría relaciones familiares, jurídicas, profesionales, amistosas o de enemistad entre los árbitros y las partes, sus abogados o diferencias por intereses particulares respecto a las situaciones debatidas en el proceso arbitral. Por su parte, los Centros de Arbitraje contemplan en sus respectivos Reglamentos disposiciones que regulan la recusación e inhibición de los árbitros¹⁶.

Como se indicó anteriormente, la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros atenta contra la estabilidad, la eficiencia y el óptimo funcionamiento del Arbitraje y es preciso contar con una guía clara para determinar si un árbitro se encuentra ante un conflicto de intereses, caso en el cual éste debe inhibirse o ser recusado por la parte afectada.

No revelar ciertos vínculos puede constituir una falta grave en un árbitro. Sin embargo, estas menciones deben hacerse de una manera prudente y equilibrada, pues comunicar cualquier tipo de relaciones, sin discriminar su seriedad o profundidad, ni su potencial de influencia sobre el juzgador, puede llevar a un abuso de los mecanismos de cuestionamiento y remoción para un árbitro que se encuentre supuestamente parcializado, con repercusiones negativas para las partes, que se ven obligadas a soportar dilaciones en el procedimiento e inclusive a nombrar un árbitro que no se encontraba entre sus principales opciones.

¹⁴ Trazegnies, Fernando. *Op. Cit.* P. 59.

¹⁵ Artículo 82 Código de Procedimiento Civil Venezolano. Gaceta Oficial N°4209 Extraordinario de fecha 18 de septiembre de 1990.

¹⁶ Artículo 52, Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC). Artículos 23 y 26 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Artículo 15 Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje sobre el Arbitraje Independiente de 2021.

2.1 Las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional

Para resolver este difícil enigma, la International Bar Association (IBA)¹⁷, desarrolló desde el año 2004 las Directrices sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional; un instrumento de *soft law* contentivo de los estándares de independencia e imparcialidad de los árbitros, así como los demás miembros del tribunal arbitral y el deber de revelación de circunstancias específicas.

Estas Directrices son revisadas periódicamente, la primera vez en 2014 y recientemente, el 25 de mayo de 2024 fue aprobada su última actualización sobre aspectos relativos a las revelaciones de árbitros, financiamiento de terceros, conflictos por razón de la materia, redes sociales, entre otros aspectos esenciales que pretenden promover una mayor consistencia del arbitraje y evitar recusaciones innecesarias, renunciaciones y sustituciones de árbitros que generen mayores retrasos y gastos a las partes involucradas.

El sistema empleado es similar a un semáforo de situaciones no taxativas denominadas “Listado Rojo (Irrenunciable y Renunciable, respectivamente), Naranja y Verde”, donde se entiende que las circunstancias que se ubican en el color rojo constituyen un conflicto de interés absoluto, que según su envergadura inhabilita *iure et de iure* al árbitro y no pueden ser aceptadas por las partes, en tanto que nadie puede ser juez y parte a la vez, o que sólo pueden ser renunciadas en aquellos casos donde a pesar de su gravedad la convalidación de las partes esté permitida; mientras que las que se incluyen en el color naranja podrían generar dudas a la opinión de las partes, por lo que debería evaluarse el caso concreto; en tanto que las situaciones de color verde no crean conflictos de interés y tampoco lo aparentan.

La aceptación de estas Directrices ha sido generalizada tanto en arbitrajes comerciales, como de inversiones, puesto que intentan aportar un equilibrio entre los intereses de todos los involucrados en el proceso arbitral, como árbitros, abogados y centros de arbitraje, priorizando siempre los intereses de las partes, por lo que la recomendación es aplicarlas con un sólido sentido común y dejando de lado los formalismos inútiles.

El punto de partida es el principio general que establece:

Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios.¹⁸

¹⁷ International Bar Association. *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional*. 2024. <https://www.ibanet.org/document?id=Guidelines-Conflict-Interest-Spanish-2024> (último acceso: 07 de noviembre de 2024)

¹⁸ Norma General 1. *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional*. 2024.

Las obligaciones del árbitro en cuanto a este tema tienen un carácter permanente durante todo el proceso y finalizan una vez que el Tribunal Arbitral ha dictado el laudo definitivo y ha sido emitida cualquier corrección o interpretación permitida bajo la normativa aplicable; cuando el plazo para solicitarlas haya expirado o el procedimiento haya finalizado, o cuando el árbitro ya no tenga competencia sobre el asunto debatido. En el caso de nulidad o en una situación que permitiera que la controversia regresara al conocimiento del tribunal, será necesario un nuevo ejercicio de revelación y revisión sobre los conflictos de interés que puedan existir.

Cuando el mismo árbitro tenga dudas de su propia imparcialidad, o cuando en ausencia de ellas, se encuentre en una circunstancia anterior, actual o sobrevinida en la cual cualquier tercero con buen juicio y con conocimiento de los datos relevantes del caso podría dudar de su integridad, lo más razonable es que el árbitro actuando de manera objetiva y tan pronto como tenga conocimiento de dicha situación, decline su nombramiento o cumpla con su deber de revelación a las partes, para que éstas decidan sobre su conformidad sobre esta situación, sin importar la fase del procedimiento en la que se realice dicha revelación.

Sería una situación de incuestionable parcialidad aquella donde el árbitro guarde una relación de identidad con alguna de las partes en conflicto, por ser representante de la misma o si posee un interés económico significativo en la controversia como, por ejemplo, una participación accionaria dominante en alguna sociedad mercantil que sea parte en el proceso.

Por otro lado, hay casos donde el árbitro percibe que su parcialidad no será afectada, pero donde su participación en el proceso pudiera generar incomodidad o disconformidad a una de las partes. En este caso, el árbitro no debe declinar su nombramiento *a priori*, sino declarar a las partes y demás miembros del tribunal la existencia de esta situación, lo que es demostrativo de una conducta respetuosa ante todos los involucrados.

En caso de duda, siempre la solución será revelar la situación concreta en aras de preservar la integridad de las actuaciones llevadas a cabo dentro del procedimiento, acogiendo el principio *in dubio pro declaratione*, salvo situaciones de secreto profesional, donde el árbitro debería declinar su nombramiento o renunciar al ejercicio de sus funciones. Lo anterior no es más que una consecuencia esencial del deber de buena fe que debe impregnar la conducta de las partes en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, especialmente en el arbitraje, donde la confianza en los miembros del tribunal y la transparencia del procedimiento constituyen valores esenciales e irrenunciables.

Según las Directrices de la IBA, de las normas generales 1 y 2(a) se infiere que los árbitros que han realizado una revelación se consideran imparciales e independientes a las partes, aún a pesar de los hechos revelados y, en consecuencia, capaces de desempeñar sus funciones arbitrales. No obstante, la falta de revelación de ciertos hechos

que ante la mirada de las partes pudieran dar lugar a dudas en cuanto a la imparcialidad o independencia del árbitro, no indican *per se* la existencia de un conflicto de interés o que el árbitro deba ser descalificado. Asimismo, el solo hecho de una revelación no da motivos para establecer presunciones contra la imparcialidad del árbitro o para proponer su descalificación.¹⁹

Una recusación sólo debe prosperar cuando objetivamente se cumplen las causales para su verificación. A pesar de ello, si en el plazo de treinta (30) días posteriores a la recepción de la revelación realizada por el árbitro, o de que la parte tenga conocimiento de los acontecimientos que puedan constituir un potencial conflicto de intereses, si la parte interesada no formula una objeción expresa respecto a dicha situación, se considerará que ésta ha renunciado a cualquier posible conflicto de interés relacionado con estas realidades y no podrá formular reclamaciones basadas en ellos en una etapa posterior²⁰.

Ante las circunstancias que integran el Listado Rojo Irrenunciable, se consideran inválidas las renunciaciones que pudiera hacer una parte. Por el contrario, ante la existencia de una situación incluida en el Listado Rojo Renunciable, el árbitro no debería aceptar el cargo o debería suspender el ejercicio de sus funciones; pero se permite que ésta persona pueda aceptar su designación o continuar su desempeño si las partes y demás miembros del tribunal arbitral están plenamente informados del conflicto de interés y manifiestan explícitamente su conformidad con que la persona continúe sus funciones, pese al conflicto de interés que se ha verificado.

La actividad profesional del abogado que se desempeña como árbitro debe ser analizada en cada caso concreto, pues el hecho de que exista alguna relación entre el bufete o empleador del árbitro y alguna de las partes, no origina en esencia un conflicto de interés, ni hace surgir un deber de revelación al respecto.²¹

Existe pues un deber de las partes de informar al árbitro, al Tribunal y a las demás partes, así como al Centro de Arbitraje sobre cualquier relación directa o indirecta con el árbitro, o entre éste y otra sociedad del mismo grupo de sociedades, o la existencia de personas o entidades que controlen a alguna de las partes del arbitraje o sobre la que éstas ejerzan una posición controlante, sin dejar de lado cualquier persona o entidad que posea un interés económico directo en el asunto o la obligación de indemnizar a una parte por el laudo que vaya a dictarse.²²

¹⁹ *Vid.* Norma General Número 3, sobre las Revelaciones del árbitro. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. 2024.

²⁰ *Vid.* Norma General Número 4, sobre la Renuncia de las partes. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. 2024.

²¹ *Vid.* Norma General Número 6. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. 2024.

²² Norma General N°7. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. 2024.

Este deber de revelación e información, obliga a las partes a mantener una actitud diligente e investigativa sobre toda información relevante que se encuentre, en un ámbito razonable, disponible para ellas, debiendo identificar lo antes posible a los abogados que las asesoran o intervienen en el procedimiento arbitral, así como la eventual existencia e identidad de un tercero financiador que se haga presente para sufragar sus gastos dentro del proceso, situación concreta que se analizará de seguidas.

3. El *Third Party Funding* y su influencia sobre la imparcialidad del árbitro

El contrato de financiación por terceros, conocido como *Third Party Funding*, o por sus siglas, TPF, abre la oportunidad para que un tercer financiador²³ invierta en un conflicto del que no es parte, pero en el cual existen grandes probabilidades de obtener una decisión favorable, mediante el pago de las costas del proceso del demandante o demandado.

Este mecanismo, utilizado mayormente en conflictos de alta onerosidad o con elementos de extranjería, permite a quien actúa como parte en un proceso optar por el financiamiento de los gastos que se deriven del ejercicio de sus acciones o defensas y ofrece amplias ventajas para quienes no desean invertir sus recursos financieros en ciertos litigios en un determinado momento, o a sujetos que atraviesan por crisis patrimoniales de liquidez o insolvencia, donde circunstancialmente no se dispone de los recursos para hacer frente al litigio.

El *Third Party Funding*, en lo adelante, TPF, es visto según Agulló citando a Steinitz como "una consecuencia de la eliminación de la doctrina del *champerty*, propia de los sistemas del *Common Law*, en Australia y Reino Unido, durante los últimos 20 años."²⁴ Esta antigua doctrina basada en fines éticos, contraindicaba la celebración de cualquier contrato de financiamiento de terceros, al prohibir que un tercero ejerciera una acción de reclamación a cambio de repartir con el titular de la misma la cuantía obtenida en virtud de su ejercicio, con el objeto de fomentar el ejercicio de acciones legales únicamente por los beneficios económicos que pudiera reportar.

Aunque sus orígenes se remontan al derecho anglosajón²⁵, ha aumentado su aplicación en época reciente en los Países de derecho continental y su relevancia dentro del

²³ "Si bien la mayoría de los financistas son personas jurídicas como instituciones financieras, fondos de inversión, bancos, compañías de seguro; nada impide que una persona natural financie una disputa" Urdaneta Cordido-Freytes, Enrique. «Aspectos prácticos del Arbitraje Internacional: financiamiento por terceros.» *Derecho y Sociedad. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Monteávila*, 2021: P. 596. Hay regulaciones que sólo permiten el financiamiento de disputas cuando es efectuado por "un profesional del ramo", tal como ocurre en Singapur. Ídem, P.596.

²⁴ Agulló Agulló, Diego. «Los contratos de financiación de litigios por terceros (Third Party Funding) en España.» *Revista de Derecho Civil*, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 2022, P.189.

²⁵ Con respecto a la reseña de los antecedentes de esta institución *Víd.* Urdaneta Cordido-Freytes, Enrique. «Aspectos prácticos del Arbitraje Internacional: financiamiento por terceros.» *Derecho y Sociedad. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Monteávila*, 2021: 587-628.

Arbitraje tanto comercial como de inversión. Agulló,²⁶ citando a Bogart, apunta que “En España esta práctica se ha empezado a utilizar hace sólo unos años, pero los expertos le auguran un interesante futuro”. En virtud de esta modalidad de contrato, si el financiado resulta victorioso en el proceso ventilado, el financiador podrá recibir una parte del monto de la indemnización obtenida y en caso contrario, éste perderá la cantidad invertida en el litigio.

A los terceros financiadores se les asimila a las partes dentro de un proceso arbitral, dado su interés económico en la resolución de la controversia, puesto que, en la mayoría de los casos, el financiador interviene a cambio de un beneficio. Sin embargo, han existido casos donde el tercero financista no persigue un interés económico, sino más bien altruista o social, como ocurrió en el caso de Phillip Morris v. República Oriental del Uruguay²⁷ sin que ello impida que se le siga considerando como una parte del litigio.

Desde la óptica del financiador, Agulló destaca que:

El TPF es un producto de inversión más que, lógicamente entraña un riesgo, como cualquier otra inversión. El riesgo en este caso es que el financiado no gane el pleito. El mercado financiador del TPF se compone de fondos capital riesgo muy sofisticados que cuentan con equipos legales y financieros que evalúan todas las posibilidades de inversión en controversias por todo el mundo.²⁸

La naturaleza jurídica de esta figura encuadra dentro de los contratos innominados, diferenciado de la cuota litis y de la cesión de créditos, asimilable para algunos, *mutatis mutandi* a las cuentas en participación, en tanto que el financiado mantiene la titularidad de su acción, pero el financiador posee un interés directo en la resolución exitosa del conflicto, participando en los beneficios en caso de que la parte resulte vencedora en el proceso, pero también asumiendo las pérdidas en caso de un laudo desfavorable.²⁹

El contenido del contrato es regulado por la autonomía de la voluntad de las partes. Pero entre las cláusulas más comunes destacan: “La extensión del financiamiento, mecanismos para evaluar la reclamación, estructura de retorno de la inversión, riesgos asumidos, participación del tercero en la estrategia del caso, causales de terminación, posibilidad de transigir, eventuales conflictos de intereses y confidencialidad.”³⁰

²⁶ Agulló Agulló, *Op. Cit.* P. 184.

²⁷ Phillip Morris v. República Oriental del Uruguay. 8 de julio de 2016 (fecha de envío a las partes). Caso CIADI- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. CN. ARB/10/7. En este caso, una ONG, Anti-Tobacco Trade Litigation Fund, respaldada por Michael Bloomberg y Bill Gates, aportó fondos para la ayuda financiera del Estado Uruguayo, en el marco de ayudas filantrópicas otorgadas a los países subdesarrollados para ejercer su defensa contra las acciones judiciales incoadas por la industria tabaquera para impugnar las medidas gubernamentales que restringen el consumo de Tabaco. https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsidblobs/onlineawards/c1000/DC9012_sp.pdf

²⁸ Agulló. P. 188.

²⁹ *Vid.* Agulló Agulló, *Op. Cit.* P.198. *Vid.* Prado Puga, Arturo. «La cesión de derechos litigiosos. Fundamentos de su regulación y delimitación con figuras afines.» *Revista de Derecho. Coquimbo. Volumen 29.*, 2022

³⁰ Urdaneta Cordido-Freytes, *Op.Cit.* P. 598.

Las partes pueden limitar la cobertura del financiamiento a las tasas administrativas del centro de arbitraje, a los honorarios profesionales de abogados, árbitros y expertos, o acordar un financiamiento amplio que incluya todos los gastos, e inclusive, las costas del proceso si hubiere lugar. En el mismo sentido, pueden pactar el beneficio obtenido por el financiador con un monto fijo, un múltiplo de los gastos financiados, un porcentaje del monto de la condena o una combinación de éstos,³¹ o también recurrir a la modalidad de *equity financing*³², en virtud de la cual el financista podría obtener, en caso de éxito, una participación accionaria en la empresa financiada, o el pago mediante títulos valores, entre otros.

Existen Países que permiten y regulan el TPF, como el Reino Unido o Singapur, que lo permite en determinadas condiciones³³, mientras que otras lo prohíben, como es el caso de Irlanda³⁴, Grecia y Portugal. El desarrollo normativo sobre esta materia en el foro arbitral europeo se ha incrementado, pues el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional³⁵, que entró en vigencia el 01 de enero de 2021 aborda en su artículo 11, numeral séptimo al TPF y al deber de las partes de notificar su existencia.

Siguiendo la misma línea, se encuentra el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid de 2022³⁶ y la Directiva (UE) 2020/1828³⁷ del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 25 de noviembre 2020, respecto a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, que también hacen referencia al financiamiento de terceros.

En el año 2022, fueron reformadas las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)³⁸, que cuentan con una regulación precisa y actualizada del financiamiento por terceros, estableciendo la obligación de la parte de presentar una notificación por escrito revelando el nombre y dirección del financista que le haya suministrado los fondos para ejercer sus acciones o defensas en el proceso a través de una donación o subvención, o a cambio de una remuneración

³¹ Vid. Urdaneta Cordido-Freytes, *Op.Cit.*, P. 597- 598.

³² Urdaneta Cordido-Freytes, *Op.Cit.*, P.602

³³ Theoduloz, Santiago. «Third Party Funding: Su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional.» *Revista de Derecho N°20*, 2019: P.168.

³⁴ Urdaneta Cordido-Freytes, *Op.Cit.* P. 593.

³⁵ Cámara de Comercio Internacional. *Reglamento de Arbitraje de la CCI*. 2021. <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2023/06/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version-2023-version.pdf> (último acceso: 07 de noviembre de 2024).

³⁶ Corte de Arbitraje de Madrid. *Reglamento de Arbitraje*. 2022. <https://www.arbitramadrid.com/reglamento-actual/> (último acceso: 28 de noviembre de 2024).

³⁷ Unión Europea. *Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32020L1828> (último acceso: 28 de noviembre de 2024).

³⁸ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Convenio, Reglamento y Reglas del CIADI*. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Convention_SPA.pdf (último acceso: 28 de noviembre de 2024).

que dependa del resultado del laudo. Si el financiador es una persona jurídica, deberá especificarse el nombre de las personas y entidades que la poseen y controlan. Dicha notificación debe ser presentada al momento de introducir la solicitud de arbitraje, o inmediatamente después que se concluya el acuerdo de financiamiento.

Dicha solicitud será tramitada por el Secretario General, quien transmitirá la notificación a las partes y a cualquier árbitro propuesto, a fin de completar la declaración del árbitro sobre su independencia e imparcialidad y confidencialidad exigida en la Regla 19.b *ejusdem*. Asimismo, el Tribunal podrá ordenar la revelación de información adicional respecto al acuerdo de financiamiento y al tercero financiador en cualquier momento del procedimiento, según lo dispuesto en la Regla 36.b *ejusdem*.

A su vez, El Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español de Arbitraje de 2019, indica en su sexta recomendación los deberes relativos a la financiación y el Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM)³⁹, vigente desde el 01 de enero de 2020, también hace variadas referencias a esta modalidad de contratos⁴⁰.

En cuanto a los instrumentos internacionales de *soft law*, destacan las Directrices de la International Bar Association sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (revisadas en 2024), que en su artículo 6b hace referencia a esta figura y aunque lo hace de una forma breve, ha sido de gran utilidad.

Si se busca respuesta al cuestionamiento de la validez de estos contratos en el foro arbitral latinoamericano, evidentemente hay una contundente respuesta afirmativa⁴¹. En Venezuela, la Ley de Arbitraje Comercial no hace referencia al instituto, pero tampoco lo prohíbe. A su vez, los Reglamentos de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del CEDCA, aún no lo contemplan⁴²; pero la Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) de 2021, sí hacen mención al instituto en su artículo 53, estableciendo el deber de revelación de la parte que cuente con un financiador desde el inicio del arbitraje o tan pronto como sea posible, en los casos de un acuerdo de financiación celebrado posteriormente, así como cualquier modificación del mismo.

El fin último de estas medidas es evitar que la presencia de un conflicto de intereses, bien sea por un árbitro que sea recurrentemente designado en los arbitrajes donde tenga participación el mismo financiador; o porque el árbitro asesore en otros

³⁹ Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM). *Reglamento CIAM Digital*. 2024. https://ciam-ciar.com/wp-content/uploads/2024/01/REGLAMENTO_CIAM_DIGITAL-DEF2.pdf (último acceso 28 de noviembre de 2024).

⁴⁰ *Vid.* Urdaneta Cordido-Freytes, *Op.Cit* P. 614.

⁴¹ *Vid.* Theoduloz, *Op. Cit*, P.161. En este sentido, Ramírez Padrón, *Op. Cit.* P.351 expone: "Así sucede en la mayoría de los países latinoamericanos que no descansan sobre la premisa del *Champerty and Maintenance* al heredar su derecho de la familia del Civil Law y no del Derecho Común, por tanto, ciñéndose por aquel principio del derecho privado de que al no existir prohibición expresa se considera que está permitido, siendo válido recurrir al financiamiento de terceros y viéndose como un contrato resguardado en la libertad contractual".

⁴² Nos adherimos a los comentarios y sugerencias formulados por el Dr. Diego Castagnino, en *Vid.* Castagnino, Diego. «Propuestas para el arbitraje institucional venezolano.» *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 2019.

procesos al mismo fondo especializado, así como otros múltiples supuestos, pueda resultar lesivo de la validez y eficacia del laudo arbitral, afectando su reconocimiento y ejecución, haciéndolo objeto de un recurso de nulidad, lo que en definitiva menoscabaría la institución arbitral.

Si bien resultan interesantes los posibles conflictos de interés que pudieran presentarse entre el financiador y el financiado en el marco de la ejecución del TPF, ya sea por la voluntad del financiador de querer controlar la estrategia procesal para conducir el caso; o por la conveniencia de celebración para el financiado de una transacción que ponga fin al proceso y a su vez desfavorezca al financiador, así como otros supuestos que deberían ser regulados en el contenido del contrato para evitar este tipo de conflictos, lo que resulta relevante para esta investigación es coadyuvar a disipar las dudas sobre su influencia sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros y sus decisiones y el alcance la obligación del financiado de revelar la existencia de un contrato de financiamiento en el arbitraje en curso.

Los argumentos de los detractores del TPF cuestionan la posibilidad de que dado el análisis profundo (*due diligence*) que realiza el financiador sobre la controversia planteada, donde emplea expertos en el área jurídica, financiera y demás profesionales involucrados en el tipo de caso que se presente y asumiendo que el financiador no aceptaría sufragar los gastos de causas que no tengan altas probabilidades de resultar victoriosas en el proceso, el conocimiento por parte del tribunal de la existencia de un tercero financiador eventualmente inclinaría la balanza del juzgador en favor de la parte financiada, afectando su independencia e imparcialidad.⁴³

En efecto, como instruye Fernández Masiá⁴⁴:

La perfección de un contrato de financiación supone un previo estudio profundo de las pretensiones de la parte financiada, que prueba que la reclamación está bien fundamentada y como mínimo no puede tacharse de frívola. Las entidades financiadoras son empresas con una estructura compleja y que tratan de financiar únicamente los casos tras un análisis minucioso de los méritos de las reclamaciones.

Aunque el TPF representa una oportunidad para facilitar el acceso a la justicia para quienes no dispongan los recursos necesarios para hacer valer sus intereses en el proceso, la regulación oportuna y la buena fe de las partes involucradas minimizarían los riesgos de su aplicación y permitirían el correcto desarrollo y promoción de esta figura, impidiendo su operación en casos donde pueda verificarse un conflicto de interés, particularmente, con alguno de los árbitros o demás miembros del tribunal arbitral.

⁴³ *Vid.* Theoduloz, *Op. Cit.* P.164. "Elemento que ha sido rechazado por aquellos que trabajan en el área. Es verdad que existe un análisis de riesgo, pero este análisis presenta una infinidad de variables donde también el rechazo de una determinada pretensión es en su caso considerado."

⁴⁴ Fernández Masiá, Enrique. «La financiación por terceros en el arbitraje internacional.» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016: P. 207.

Las puertas que abre la adecuada aplicación del TPF, prepararían al foro arbitral venezolano para los avances que han experimentado ciudades ampliamente reconocidas como sedes de grandes arbitrajes, como París, Ginebra⁴⁵ y Hong Kong.⁴⁶ El objetivo primordial es demostrar que el financiamiento de terceros, cuando cuenta con una buena regulación, lejos de poner en peligro la independencia e imparcialidad de los árbitros, cuenta con ventajas que facilitan el acceso de los particulares a este medio alternativo de resolución de conflictos, lo que permitiría vencer la barrera de costos que muchas veces dificulta el acceso a la jurisdicción arbitral.

Claramente, lo que se pretende no es la prohibición o limitación excesiva del TPF, pero tampoco resulta ideal un marco regulatorio que guarde silencio absoluto en cuanto a esta figura. Un escenario de seguridad jurídica adecuado, contaría con una regulación del acuerdo de financiamiento en la jurisdicción aplicable, en la ley de asiento del arbitraje y en el lugar donde pretenda ejecutarse el laudo definitivo. Para construir esta realidad, un aspecto fundamental es determinar la obligación y el alcance del deber de revelación de las partes, para establecer si debe manifestarse únicamente la identidad del financiador o si adicionalmente deben mencionarse otras particularidades del contenido del contrato.

3.1 El deber de revelación, su alcance y marco regulatorio

Ante la realidad bajo análisis, es de vital importancia adoptar todas las estrategias posibles para preservar la imparcialidad e independencia de los árbitros, lo que en definitiva, fortalece al sistema arbitral en su conjunto, disminuyendo toda posibilidad de que se frustre la validez, eficacia y ejecución de los laudos dictados.

Por lo tanto, la regulación clara de la obligación de las partes de revelar la existencia del TPF, coadyuvará a mitigar los temores que se presentan sobre la influencia que eventualmente pudiera producir en los árbitros la existencia de un tercero financiador de la disputa.

No es imposible que un proceso arbitral transcurra sin que sea revelada la existencia de un tercero financiador. Pero esta situación indebida podría generar problemáticas mayores a las partes de la controversia, como la declaración judicial de nulidad del laudo, de modo que conocer la celebración de un acuerdo de financiamiento lo antes posible, reducirá todo margen de conflictos de intereses, protegiendo los estándares de independencia e imparcialidad de los árbitros. En este sentido, resulta acertado sugerir la inclusión del deber de revelación de la existencia de un tercero financiador desde el momento mismo de la celebración del acuerdo o cláusula arbitral.

⁴⁵ Vid. Urdaneta Cordido-Freytes, *Op.Cit* P. 593.

⁴⁶ Vid. Theoduloz. *Op. Cit.* P.169-170

Un punto que ha suscitado grandes debates es la extensión del deber de revelación sobre los elementos del acuerdo de financiamiento que deben darse a conocer. Muchas veces la intención de la parte contraria es conocer la totalidad del contrato de TPF, pero no debe soslayarse el hecho de que la mayoría de las ocasiones, en su contenido se incluyen aspectos que integran la relación comercial entre el financiador y el financiado, donde se incluyen datos confidenciales cuya divulgación atentaría contra la posición procesal de éste último.

En este sentido, lo correcto es revelar tanto al tribunal como a la contraparte, cuanto antes, la información suficiente para la correcta identificación del financiador cuyos datos sirvan para determinar la existencia de cualquier conflicto de interés; y si el Tribunal arbitral llegase a requerir información adicional, deberá evaluar el caso concreto para determinar si es una información apta para hacerla del conocimiento del adversario procesal, sin causar un perjuicio al financiado.

Con meridiana claridad, Theoduloz⁴⁷ sostiene:

Será relevante conocer: las partes involucradas en el arbitraje, cuál es el límite del mencionado financiamiento y cuál será el verdadero grado de participación del TPF. Esto nos va a permitir conocer aquellos elementos que sí tienen una clara influencia en los eventuales conflictos de intereses que se puedan producir.

El Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje de 2019⁴⁸, establece en su sexta recomendación el deber de información de las partes sobre la existencia de un tercero financiador, así como la posibilidad de los árbitros de solicitar cualquier información adicional que sea relevante, pudiendo la parte requerida expurgar los datos confidenciales y las condiciones económicas de la transacción.

En el contenido de las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, la Norma General 6.b señala que se considera como parte cualquier persona física o jurídica que tenga una relación de control sobre una parte, o un interés económico directo en la controversia, o que deba indemnizar a una parte por el laudo que vaya a dictarse, noción que resulta perfectamente aplicable al tercero financiador; estableciendo además en la Norma General 7.a el deber de las partes y del árbitro de informar por iniciativa propia y a la mayor brevedad posible sobre cualquier relación directa o indirecta entre el árbitro y cualquier persona o entidad que tenga un interés económico directo o la obligación de indemnizar a una parte por el laudo que vaya a dictarse.

⁴⁷ Theoduloz, *Op. Cit.* P.180.

⁴⁸ *Vid.* Club Español del Arbitraje. *Código de Buenas Prácticas Arbitrales*. 2019. https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/bbpp_mediacion_1.pdf (último acceso: 28 de noviembre de 2024).

En el mismo sentido, las reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) sobre Arbitraje Independiente de 2021, incluyen dentro su artículo 53, el deber de revelación que tiene la parte de notificar a la contraparte y al tribunal arbitral el nombre y dirección del tercero financiador tan pronto como inicie el procedimiento o apenas sea celebrado el acuerdo de financiamiento o se realice una modificación de éste, así como la posibilidad que tiene el Tribunal Arbitral para solicitar a la parte cualquier información adicional sobre el financiamiento por parte de terceros, que sea relevante para las partes, incluyendo las condiciones económicas del acuerdo con el financiador, debiendo dar a conocer a las partes, por escrito, cualquier circunstancia susceptible de poner en duda su independencia e imparcialidad con motivo de la existencia del tercero financiador.

En la práctica, los extremos de la obligación de revelar abarcan el deber de identificar al financiador, pero no el contenido del contrato, sin que ello implique comprometer aspectos confidenciales que puedan menoscabar la posición procesal del financiado. En el caso *South American Silver Limited (Bermuda) v. Estado Plurinacional de Bolivia* ocurrió lo siguiente:

Bolivia solicitó al tribunal arbitral que ordenara al demandante, South American Silver (SAS), que revelara no sólo la identidad del tercer financiador, sino también el contenido del contrato con el objeto de solicitar una caución o garantía del pago de las costas procesales ante el temor de que SAS no tuviera la suficiente capacidad financiera para hacer frente a los costos del arbitraje. El tribunal arbitral, apelando a lo sostenido mayoritariamente por parte de los distintos tribunales arbitrales en materia de arbitrajes de inversión que se habían enfrentado con anterioridad a esta cuestión, determinó que sí debía hacerse pública la identidad del tercer financiador pero que no era necesario desvelar el contenido del contrato TPF.⁴⁹

Ante esta solicitud, el demandante, South American Silver Limited (Bermuda)⁵⁰, se opuso con base en que el contenido del acuerdo de financiamiento no era de relevancia para las cuestiones que estaban siendo debatidas, porque además, dichos términos eran confidenciales y comercialmente sensibles y su revelación podría ocasionar graves perjuicios tanto al financiado como al financiador.⁵¹

En ocasiones, al demandado le interesa conocer si el TPF abarca la cobertura de las costas en caso de que resulte perdedora la parte demandante, por las dudas que pueda suscitar el hecho de que se haya pactado únicamente un financiamiento sobre las actuaciones del proceso y se haya excluido este extremo, lo que ulteriormente resultaría perjudicial para el demandado que ha resultado vencedor, por la ausencia de recursos del financiado para satisfacer el pago de las costas.

⁴⁹ Agulló Agulló, *Op. Cit.* P. 210.

⁵⁰ *Vid.* Laudo Arbitral. *Caso CPA n.º. 2013-15, Orden Procesal n.º. 10.* 11 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf> (último acceso: 26 de noviembre de 2024).

⁵¹ *Vid.* Fernández Masiá, *Op. Cit.* P.209.

En arbitrajes internacionales, es común que una de las partes solicite que el tribunal ordene a la parte contraria prestar una caución o garantía de pago de las costas del proceso, lo que se conoce como *Cautio Judicatum Solvi* o en inglés, *Security for Costs*, las cuales se encuentran previstas, por ejemplo, en el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español de Arbitraje en su artículo 44.2, así como en el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA, en su artículo 38; en el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas en su artículo 66; y en las Reglas de la AVA sobre Arbitraje Independiente de 2021, en su artículo 44.

Sólo en circunstancias excepcionales sería recomendable la revelación íntegra del contrato de financiamiento de terceros en un proceso arbitral. En caso de necesidad, la información confidencial sólo debería ser conocida por el tribunal arbitral. Por ejemplo, en el trámite de un procedimiento de insolvencia, es conveniente que el Juez del Concurso conozca el contenido del acuerdo, en atención al interés de los acreedores del concurso y la preservación del patrimonio del deudor.⁵²

Una limitante, es que por las características propias del Arbitraje donde resulta protagonista el consentimiento de las partes otorgado dentro del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, los tribunales arbitrales no tienen jurisdicción sobre terceros que no forman parte del acuerdo, por lo que es conveniente que todo deber de revelación e información, sea establecido en cabeza de la parte que contrate el financiamiento. No se trata entonces de apresar al Arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias, sino de fortalecerlo con estrategias que procuren la estabilidad de sus pilares como la transparencia, la independencia e imparcialidad.

La finalidad del deber de revelación de las partes en materia arbitral, cuando se está ante la existencia de un contrato de financiamiento, atiende a la resolución de los posibles conflictos de interés que pudieran existir, con el objeto de depurar al proceso arbitral de todo vicio que pudiera afectar la validez y eficacia del laudo que pondrá fin a la controversia.

Para cumplir con esta finalidad, la parte que decida celebrar un acuerdo de financiamiento con un tercero, deberá notificar lo antes posible al Tribunal Arbitral y a la otra parte, bien sea al inicio del procedimiento o en cualquier fase donde decida recurrir a

⁵² Según Fernández Masiá, *Op. Cit.* P. 215. "Esta posición de defensa de un deber de revelación "limitado", sin embargo, no fue precisamente la ordenada por parte del tribunal arbitral en el caso Muhammet & Sehil c. Turkmenistán, que por el contrario, asumió la postura de la existencia de un deber de revelación "amplio" respecto al "TPF". El tribunal arbitral en la orden procesal número 3, de 12 de junio de 2015, decretó la revelación del tercero financiador y los términos del acuerdo de financiación. El tribunal arbitral, fundamentó esta decisión en cuatro importantes factores: 1) asegurar la integridad del procedimiento arbitral determinando la existencia o no de relaciones relevantes con los árbitros, 2) valorar si hay un posible fundamento para la hipotética solicitud futura por parte del Estado contendiente de una *cautio judicatum solvi*, 3) aclarar la existencia o no de un tercero financiador ante las dudas planteadas por la conducta procesal del demandante y, 4) estimar la falta de pago de una condena en costas en otro procedimiento arbitral por esta misma parte contendiente.". En el mismo sentido, *Vid.* Ramírez Padrón, Alejandro Ignacio. «La financiación por terceros en el arbitraje internacional.» *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2021.: P354.

esta figura para continuar ejerciendo sus acciones o defensas. Esto permitirá a la contraparte y al árbitro mismo realizar todo el examen necesario a fin de detectar y declarar la existencia de un eventual conflicto de intereses que pudiera influir en la independencia e imparcialidad de los árbitros, para lo cual resulta sumamente ilustrativo el listado de circunstancias que pone a disposición de la comunidad arbitral la International Bar Association (IBA).

Las ideas centrales que se plantean, responden a la necesidad de mejorar la operatividad del arbitraje, facilitando su aplicación y aumentando su transparencia. En modo alguno se pretende limitar a las partes sobre el uso de esta beneficiosa figura, que definitivamente llegó para quedarse y aumentar el acceso a la jurisdicción arbitral.

El objeto de estas previsiones se circunscribe a desplegar una conducta de buena fe en todo el proceso, evitando comprometer la validez y eficacia de los laudos dictados, lo que podría ocasionar a las partes mayores contratiempos y aumentar los costos de la satisfacción de sus pretensiones.

Tal como sucede en muchos aspectos del ejercicio profesional, el mejor funcionamiento de las leyes e instituciones proviene de la siembra del conocimiento adecuado en cabeza de los destinatarios de las normas, donde los legisladores, los miembros de los Centros de Arbitraje, Organizaciones que trabajan en su promoción y evolución, árbitros y abogados, trabajen en conjunto para la divulgación de buenas prácticas que fortalezcan las bondades del Arbitraje y permitan su optimización.

CONCLUSIONES

El deber de independencia e imparcialidad de los árbitros responde a una de las garantías esenciales de un procedimiento justo, transparente y eficaz. Los instrumentos legales nacionales e internacionales de mayor envergadura, así como los más diversos instrumentos de soft law insisten en su preservación y procuran establecer los mecanismos para que cualquier conflicto de intereses entre las partes y los árbitros o demás miembros del tribunal pueda ser declarado oportunamente, aportando los mecanismos para la recusación e inhibición del árbitro que incurra en alguno de estos supuestos.

En definitiva, no todas las situaciones de la práctica arbitral conllevan a la configuración de un conflicto de intereses, por lo que cada situación debe ser examinada individualmente atendiendo al beneficio, procura y protección del Arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos dotado de gran confiabilidad y rapidez. Para ello, resultan de gran utilidad las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, las cuales proporcionan un listado enunciativo de circunstancias que según su envergadura podrían producir conflictos de intereses, pasando por los matices de una afectación absoluta de la independencia e imparcialidad del árbitro, pasando por

niveles moderados, capaces de ser subsanados con la aprobación de las partes involucradas, hasta aquellas situaciones donde no existe conflicto ni se causa inquietud a las partes al respecto.

Ante la verificación de un conflicto de intereses, la máxima recomendación es proceder cuanto antes al cumplimiento del deber de revelación que acompaña a las partes durante todo el proceso. Cualquier situación que precise ser conocida por las partes o por los miembros del tribunal arbitral, debe ser informada oportunamente a fin de evitar que se produzca un laudo arbitral viciado de nulidad, potencialmente anulable por la jurisdicción, con el perjuicio que ello ocasionaría a los interesados.

Actualmente, ha tomado protagonismo la figura del Third Party Funding o Financiamiento de Terceros, como contrato innominado que facilita el acceso de las partes a la jurisdicción arbitral a través de un financista que asume los costos del litigio, en principio, a cambio de un beneficio patrimonial de variada índole. Su aplicación vertiginosa en arbitrajes comerciales y de inversión ha suscitado dudas sobre su posibilidad de afectar la independencia e imparcialidad de los árbitros o generar eventuales conflictos de intereses.

No puede ignorarse que este instituto facilita el acceso al arbitraje de quienes no cuentan con los recursos para participar en el proceso, o a quienes no desean destinar sus recursos al litigio, pues prefieren destinarlos a inversiones u otros proyectos. No obstante, para evitar cualquier complicación posterior por la existencia de un posible conflicto de intereses entre el financiador, los árbitros o las partes, la estrategia más eficaz es revelar inmediatamente la identificación del financiador, a fin de que la contraparte y demás miembros del tribunal puedan efectuar su debida diligencia e informar oportunamente si existe algún conflicto de intereses que pueda influir en la independencia e imparcialidad del juzgador.

El Financiamiento de Terceros no perjudica al Arbitraje, sino que lo fortalece. Pero su mayor efectividad puede alcanzarse a través de una regulación oportuna del deber de revelación que tienen las partes y de su alcance, otorgándole al árbitro la posibilidad de requerir cualquier información adicional para despistar la existencia de cualquier conflicto de intereses. Por lo tanto, es prudente su inclusión en las leyes venezolanas, en los Reglamentos de los Centros de Arbitraje y en las conversaciones de los expertos en la materia, para edificar y elevar a Venezuela al nivel de las sedes de los arbitrajes más importantes del mundo.

BIBLIOGRAFÍA

Agulló Agulló, Diego. «Los contratos de financiación de litigios por terceros (Third Party Funding) en España.» *Revista de Derecho Civil*, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 2022, 183-231.

- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 27°. Vol. II: C. Buenos Aires: Heliasta, 2006.
- Castagnino, Diego. «Propuestas para el arbitraje institucional venezolano.» *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 2019.
- Fernández Masiá, Enrique. «La financiación por terceros en el arbitraje internacional.» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016: 205-220.
- Jijón Letort, Rodrigo. «La independencia e imparcialidad de los árbitros.» *Iuris Dictio*, 2007: 26-36.
- Prado Puga, Arturo. «La cesión de derechos litigiosos. Fundamentos de su regulación y delimitación con figuras afines.» *Revista de Derecho. Coquimbo. Volumen 29.*, 2022.
- Ramírez Padrón, Alejandro Ignacio. «La financiación por terceros en el arbitraje internacional.» *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2021: 343-356.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. s.f. <https://dle.rae.es/> (último acceso: 07 de 11 de 2024).
- Theoduloz, Santiago. «Third Party Funding: Su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional.» *Revista de Derecho N°20*, 2019: 15-28.
- Trazegnies Granda, Fernando. «Conflictuando el conflicto: Los conflictos de interés en el arbitraje.» *Revista de Derecho (Themis)*, nº 53 (Junio 2007): 57-69.
- Urdaneta Cordido-Freytes, Enrique. «Aspectos prácticos del Arbitraje Internacional: financiamiento por terceros.» *Derecho y Sociedad. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Monteávila*, 2021: 587-628.