

¿No hay nada oculto bajo el sol? El financiamiento de terceros en arbitraje y las obligaciones de revelación bajo el ordenamiento jurídico del Ecuador

*Andrés Larrea Savinovich**
*Juan Martín Alarcón Peralta***

Recibido/Received: 15/08/2021
Aceptado/Accepted: 05/10/2021

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Cómo funciona el financiamiento de terceros en arbitraje? 2.1. Obligaciones de revelación en algunas jurisdicciones y casos en los que se haya tratado este tema. 2.2. ¿Qué revelar? problemas prácticos desde un punto de vista estratégico 3. Obligación de revelar de conformidad con el Reglamento ICC 2021. 4. Obligaciones de revelación de conformidad con la legislación ecuatoriana. 5. Conclusión.

RESUMEN: El financiamiento de terceros (FPT) o también conocido como *Third Party Funding* es una figura que ha ganado un espacio importante en el arbitraje internacional en la última década. Esencialmente, el FPT implica que un tercero, ajeno al proceso, decide financiar a una de las partes, en todo o en parte, los costos y gastos relacionados con el arbitraje a cambio de un beneficio económico. Si bien el FPT no es un mecanismo nuevo en Estados Unidos o Europa para garantizar el acceso a la justicia, en América Latina ha aumentado su popularidad en los últimos años y, cada vez más, resulta común encontrarse con arbitrajes en los que participa un financista. En el Ecuador, esta

* Asociado Senior en Tobar ZVS. Representante Regional de ICC YAF. Secretario arbitral de la Cámara de Comercio de Quito, Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Centro Internacional de Arbitraje y Mediación y el Centro de Arbitraje de la Cámara de la Construcción. Correo electrónico: alarrea@tzvs.ec

** Asociado en Tobar ZVS. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Asociado ordinario en la Asociación Arbitraje Alumni. Correo electrónico: jmalarcon@tzvs.ec



figura aún resulta extraña y novedosa para muchos. Además, la Ley de Arbitraje y Mediación no hace referencia a los financistas en arbitraje ni a las obligaciones de las partes que reciben financiamiento de terceros. Sin embargo, con el incremento de arbitrajes en los que una de las partes cuenta con el respaldo de un financista vale preguntarse: ¿Tienen las partes la obligación de revelar su situación frente a los árbitros? ¿Existe alguna obligación legal de revelación bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano? Este artículo explora la figura del financiamiento de terceros en arbitraje y las obligaciones de revelación bajo las leyes domésticas.

PALABRAS CLAVE: TPF, financiamiento de terceros, revelación.

Is anything hidden under the sun? Third party funding in arbitration and duty to disclosure under Ecuadorian law

ABSTRACT: Third Party Funding (TPF) is a mechanism that has gained an important role in international arbitration since the last decade. Essentially, TPF means that a third party decides to finance one of the parties with all or part of the costs and expenses related to the arbitration process in exchange for an economic retribution. Although TPF is not new in Europe or the United States to grant access to justice, in Latin American it has gained popularity in recent years. In Ecuador, this mechanism is still novel for many. Furthermore, the Arbitration and Mediation Law does not make any reference to TPF or the obligations of the parties that receive financing. However, with the increase of arbitrations in which one of the parties is being financed, it is worth asking: Do the parties have the obligation to disclose this situation to the arbitrators? Is there a legal obligation of disclosure under Ecuadorian Law? This article explores the figure of TPF in arbitration and disclosure obligations under domestic law.

KEYWORDS: TPF, Third Party Funding, disclosure.

1. INTRODUCCIÓN

El financiamiento por terceros o *Third party funding* (FPT, por sus siglas en inglés) se entiende como la financiación de un arbitraje por una parte que no tiene intereses preexistentes en la disputa, generalmente sobre la base de que, si la parte financiada tiene éxito en la disputa, se pagará al financiador del producto de cualquier monto recuperado como consecuencia de la controversia, a menudo como un porcentaje del monto recuperado¹. El FPT es calificada como una industria de inversión en demandas, en donde las mismas son examinadas y tratadas como bienes tangibles sujetos a valoración².

En la actualidad ya no se discute sobre la legitimidad del uso de esta figura, por el contrario, se encuentra consolidada en países como Estados Unidos, Reino Unido y China. El centro de la discusión ocupa, en la actualidad, la obligación de revelación de la identidad del tercero financiador. El requisito denominado como *disclosure* es utilizado para poder identificar posibles casos de conflicto de interés³. Es así que el estado pionero en regular el FPT fue el Reino Unido cuando en 2011 creó el “*Code of Conduct for Litigation Funders*”; código que regula, entre otros aspectos, los límites del FPT, así como la obligación de revelar la identidad del financista, cuando esta pudiese afectar la imparcialidad del tribunal. Por otro lado, en Estados Unidos, la *American Bar Association* creó el denominado *White Paper About Alternative Litigation Financing* que incluye varias normas que todo abogado estadounidense debe seguir al asumir la defensa procesal en un asunto que esté financiado por terceros. En la mayoría de países, como es el caso ecuatoriano o español, no existe regulación expresa al respecto y por tanto se entiende que, de acuerdo a la autonomía de la voluntad de las partes, esta figura está bien permitida. Caso contrario y particular enfrentaba Singapur, país donde hasta marzo del 2017 el FPT se encontraba expresamente prohibido hasta su aprobación mediante la promulgación de la llamada *Civil Law (Amendment) Bill – Third*

-
1. C. ROGERS y W. PARK. “Third Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force”, *Penn State Law Legal Studies Research Paper Series Research Paper*, No 42. 2014.
 2. C. ROGERS, *Ethics in International Arbitration*, Oxford. 2004.
 3. Corte Permanente de Arbitraje, *South American Silver Limited (Bermuda) c. Estado Plurinacional de Bolivia*, No.15-2013, 31/10/2016.

Party Funding for Arbitration and Related Proceedings que regula y aprueba el FPT.

Sin duda esta -no tan novedosa ya- figura tiene sus ventajas y desventajas. Pues, por un lado puede poner a las partes en igualdad de condiciones dentro de un proceso judicial o arbitral, donde se ha demostrado que un mayor músculo económico a la hora de un litigio puede ser una ventaja decisiva en una disputa. Mientras que, por otro lado, representa un desafío a la hora de asegurar inexistencia de conflictos de interés dentro de un proceso arbitral; así como, se abre discusión para decidir sobre la obligatoriedad de revelar la existencia de un tercero financiador e incluso su identidad. El alcance de la obligación de revelación es discutido, pues muchas veces, no basta con la identidad del tercero financiador, sino que un tribunal podría requerir el contrato de financiación donde se podría llegar a revelar información crucial para el proceso, pues en este tipo de contratos se esbozan estrategias legales, estimaciones de éxito en el litigio y análisis de las posturas de las partes involucradas.

En el Ecuador esta figura resulta tan novedosa en la práctica que con poca frecuencia se discute sobre este tema al momento de la designación y posesión de árbitros. Además, la Ley de Arbitraje y Mediación nada dice sobre el financiamiento de terceros. Así las cosas, cabe preguntarse: ¿Tienen las partes la obligación de revelar su situación frente a los árbitros? ¿Existe alguna obligación legal de revelación bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano? Este artículo pretende responder ambas preguntas.

2. ¿CÓMO FUNCIONA EL FINANCIAMIENTO DE TERCEROS EN ARBITRAJE?

El FPT es una figura bajo la cual un tercero ajeno a la disputa sometida a arbitraje cubre, en todo o en parte, los costos relacionados con el proceso arbitral de una de las partes a cambio de un beneficio económico. Estos costos incluyen, pero no se limitan, a tarifas administrativas de centros de arbitraje para la presentación de la demanda o reconvencción, elaboración de peritajes, certificación de documentos, pasajes aéreos de peritos expertos y testigos, entre otros. La doctrina ha señalado que para que se pueda hablar de un acuerdo de financiamiento como tal, debe darse la concurrencia

de determinados elementos: (i) que se trate de un tercero ajeno a las partes, (ii) que soporte parte o la totalidad de los gastos, costos u honorarios del arbitraje, asumiendo los riesgos de la actividad arbitral y (iii) con un determinado interés en la disputa que le reportará un beneficio⁴.

Hay que tener presente que el financista asume un riesgo: el resultado incierto de una disputa arbitral. Naturalmente, el financista realiza un análisis previo antes de asumir el riesgo y se convierte en una especie de “abogado del diablo” que realiza un escrutinio estricto de sus méritos. Este análisis implica conocer sobre la posición jurídica de la parte que va a recibir el financiamiento. Usualmente, a mayor riesgo el financista solicitará un porcentaje mayor como beneficio. Por ejemplo, un financista puede pactar el 50% (o un porcentaje mayor) del valor total que se obtenga en un laudo favorable a la parte a la que financia. Los financistas están sometidos, además, a estrictos códigos de conducta, ética y buenas prácticas. Como bien menciona Trusz “[n]o siempre las personas naturales o jurídicas tienen la capacidad económica de hacer valer sus derechos en un litigio arbitral, debido a los altos costos alrededor del arbitraje⁵.” Por ello no es nada extraño el breve desarrollo que ha tenido esta figura en el mundo arbitral tanto en Europa como en Asia.

Dentro del proceso arbitral las partes deben ser iguales, y en este sentido todo elemento o circunstancia que cree una posición de desigualdad debe ser eliminada. Es aquí donde el FPT aparece para nivelar a las partes y ponerlas en la misma posición económica, lo cual permite a ambas partes encarar el proceso arbitral sin limitaciones financieras y consecuentemente el litigio se centrará en el fondo de la discusión⁶. Es por ello que el FPT resulta una figura muy atractiva de acceso a la justicia considerando los elevados costos del arbitraje internacional. Para la parte que recibe el financiamiento, contar con el músculo financiero de un tercero es fundamental pues, caso contrario, se

-
4. S. THEODULOZ, “Third Party Funding; su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional”, *Revista de Derecho*, N° 20, 2019.
 5. J. TRUSZ, “Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-Party Funding in International Commercial Arbitration”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 101, 2013.
 6. C. BOGART, *Third-Party Financing of International Arbitration*, <<https://bit.ly/3zyetsu>>, (17/08/2016).

vería impedida de participar en el proceso por falta de recursos. Incluso, para Umika Sharma, recurrir al financiamiento externo es un derecho que garantiza el acceso a la justicia⁷. Y para el financista, el proceso arbitral representa una inversión que traerá beneficios económicos en caso de obtener un laudo favorable a la parte que financia. Además, en vista de que el financista asume un riesgo importante, usualmente los casos que reciben este tipo de asistencia son aquellos que han pasado un estricto escrutinio. Esto tranquiliza las dudas de quienes asumen que los financistas se dedican a aportar recursos económicos para la presentación de demandas frívolas. Al contrario, la mayoría de aplicaciones para recibir financiamiento son rechazadas justamente por tratarse de casos jurídicamente débiles y sin mérito.

Ahora bien, el financiamiento de terceros también puede traer implicaciones negativas en el curso de un proceso arbitral, especialmente relacionadas con el deber de imparcialidad y neutralidad de los árbitros. En arbitraje internacional, la imparcialidad y neutralidad de los árbitros que deciden la disputa es una de las ventajas más sobresalientes. Al aceptar el encargo, un árbitro firma una declaración indicando que no tiene ningún tipo de conflicto de interés con las partes y que, por tanto, decidirá la controversia con absoluta transparencia, neutralidad e imparcialidad. ¿Pero qué sucede con el financista? Recordemos que el financista es un tercero, completamente ajeno a la disputa, que nada tiene que ver con la relación jurídica entre el demandante y el demandado. Su función se limita a cubrir los costos de una de las partes, pero el financista no interviene en el proceso, no participa en las audiencias, no tiene contacto con los árbitros, no practica prueba ni tampoco tiene conexión alguna con el proceso. No obstante, existen casos en los que el financista tiene algún vínculo jurídico con los árbitros y esto deriva en un claro conflicto de intereses, pero como el financista no es parte del arbitraje, este hecho pasa completamente inadvertido. Es precisamente en esos casos donde se discute la obligación de revelación que tienen las partes que reciben financiamiento por terceros.

7. S. UMIKA, *Third Party Funding in Investment Arbitration: Time to Change Double Standards Employed for Awarding Security for Costs?* <<https://bit.ly/38rKKFQ>> (29/07/2018).

2.1. Obligaciones de revelación en algunas jurisdicciones y casos en los que se haya tratado este tema

Para brindar mayor contexto, vamos a poner como ejemplo a la legislación inglesa, francesa y española e indicar si existe alguna obligación legal de revelación del financiamiento por terceros. En la legislación inglesa, no existe una norma legal que obligue a una parte a revelar un acuerdo de financiamiento ante una corte o tribunal de arbitraje; sin embargo, dicha obligación nace desde un punto de vista ético para evitar que el laudo tenga problemas de ejecución a futuro. En la legislación francesa sucede algo parecido, pues tampoco existe una obligación legal para revelar el acuerdo de financiamiento, sin embargo, un comportamiento apegado a la buena fe que es el que exigen las leyes procesales francesas, presume que si una parte está recibiendo financiamiento de un tercero debe revelar esta situación para evitar potenciales conflictos de interés. De igual forma, varios códigos de ética y de buenas prácticas de la barra de abogados de París sugieren que los defensores que conozcan de situaciones que pueden generar conflictos de interés, hagan la revelación de inmediato. Por último, en España tampoco existe una obligación legal, sin embargo, instrumentos como el Código de Buenas Prácticas del Club Español de Arbitraje imponen ciertas obligaciones a los abogados, partes y árbitros, entre las que se incluyen la sugerencia de revelación de acuerdos de financiamiento. Lo mismo sucede con algunas reglas institucionales de centros de arbitraje locales, por ejemplo, el CIAM de Madrid.

Respecto de casos prácticos, la participación de financistas no es un hecho extraño en arbitraje internacional. Por ejemplo, en el caso *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri c. Ticared Ltd. Sti c. Turkmenistan*⁸, el Tribunal requirió que el demandante revele cuál es la fuente de su financiamiento y la identidad del financista. Algo parecido sucedió en *Eurogas Inc. y Belmont Resources c. República de Eslovaquia*⁹, donde el Tribunal ordenó a la parte revelar la identidad del financista, para verificar si podían llevar

8. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri c. Ticared Ltd. Sti v. Turkmenistan*, orden procesal número 2, caso ARB/12/06, 23/06/2014.

9. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Eurogas Inc. y Belmont Resources v. República de Eslovaquia*, laudo, caso ARB/14/14, 18/08/2017.

a un potencial conflicto de intereses, sin embargo, razonó que los términos del contrato de financiamiento no eran relevantes. El mismo enfoque fue usado por el Tribunal en *South American Silver v. Bolivia*¹⁰.

Ahora bien, también hemos encontrado casos donde los Tribunales han optado por posturas dispares. Por ejemplo, en *Oxus Gold v. República de Uzbekistan*¹¹, el Tribunal consideró que dada la naturaleza del financiamiento, el mismo no tenía relevancia en el caso. Al contrario, en *S&T Oil Equipment & Machinery v. Rumania*¹², el caso llegó a las cortes de Estados Unidos que consideraron que los términos del acuerdo de financiamiento sí eran relevantes y ordenaron su exhibición.

2.2. ¿Qué revelar? problemas prácticos desde un punto de vista estratégico

La obligación de revelación no siempre resulta sencilla para la parte que recibe el financiamiento. La gran pregunta es ¿qué tanto se debe revelar? Como dijimos anteriormente, un financista realiza un escrutinio de los méritos de la disputa antes de aportar los recursos. Por tanto, existen estudios técnicos y legales que analizan todas las fortalezas y debilidades del caso antes de que un financista decida participar. La revelación que haga una parte, desde un punto de vista estratégico, puede representar una desventaja frente a su contraparte. Por ejemplo, digamos que “A” presenta una demanda arbitral en contra de “B” y, para hacerlo, ha recibido financiamiento de un tercero. Ahora bien, una cosa es que el Tribunal ordene a “A” revelar la identidad de su financista, pero, otra cosa distinta, es que le ordene exhibir el contrato de financiamiento y las consideraciones comerciales y técnicas que hizo el financista antes de participar. Estas consideraciones contienen, desde el punto de vista del financista, todas las debilidades de la posición jurídica de “A” en este arbitraje. Una

10. N. 3.

11. Tribunal Arbitral bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Oxus Gold c. República de Uzbekistan*, laudo, 17/12/2015.

12. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *S&T Oil Equipment & Machinery c. Rumania*, caso ARB/07/13, 16/06/2010.

revelación así de amplia, le daría una ventaja a “B” dentro de este arbitraje.

Por lo expuesto, la opinión de los autores es que la obligación de revelación no debería ser tan extensiva hasta llegar al punto que coloque a una de las partes en desventaja frente a las otras. Los árbitros no deberían solicitar que la parte que recibe el financiamiento presente a su contraparte todos los estudios previos que contienen una evaluación de las fortalezas y debilidades de su reclamación, pues en la gran mayoría de los casos, esta información no es necesaria para alcanzar el fin último que se persigue: mayor transparencia en arbitraje internacional. Los autores consideran que, en términos generales, bastaría con que la parte revele la identidad del financista, el origen de los fondos y, en casos excepcionales, los términos del contrato de financiamiento. Otra alternativa, que han optado los financistas es celebrar en acuerdos independientes el contrato de financiamiento y los términos técnicos respecto del análisis de la controversia; de tal forma que, si el tribunal ordena la exhibición del acuerdo, no se corra el riesgo de revelar información que coloque en desventaja a la parte financiada.

3. OBLIGACIÓN DE REVELAR DE CONFORMIDAD CON EL REGLAMENTO ICC 2021 Y LAS REGLAS IBA 2014

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) expidió el nuevo reglamento de arbitraje, que entró en vigencia el 1 de enero de 2021, dentro del cual se amplían las disposiciones sobre independencia e imparcialidad de los árbitros con la inclusión de una disposición que faculta al tribunal arbitral para tomar las medidas necesarias para evitar un conflicto de interés de un árbitro como resultado de un cambio en la representación de las partes y la obligación para las partes de revelar los acuerdos de financiación con terceros. Puntualmente el numeral 7 del artículo 11 manda lo siguiente:

Con el fin de asistir a potenciales árbitros y a árbitros en el cumplimiento de sus obligaciones previstas bajo los Artículos 11(2) y 11(3), cada parte debe informar con prontitud a la Secretaría, al tribunal arbitral y a las otras partes de la existencia e identidad de cualquier tercero que haya

celebrado un acuerdo para la financiación de las demandas o las defensas, en el marco del cual tenga un interés de carácter económico sobre el resultado del arbitraje¹³.

La CCI impone la obligación de revelar la existencia de un acuerdo de financiación así como también la identidad del tercero financiador. Sin embargo, no entra en detalle respecto de la obligación de la parte financiada a revelar el contenido del acuerdo de financiación. Una vez que la parte financiada ha revelado la identidad del tercero financiador será deber de los árbitros, de acuerdo al numeral 2 del artículo 11: “(D)ar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad¹⁴.” En caso de que la notificación de la FPT hubiese llegado una vez que ha iniciado el proceso, de manera tal, que los árbitros ya se hubieren posesionado, estos deberán “dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes, cualesquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar a aquellos referidos en el Artículo 11(2) relativos a su imparcialidad o independencia¹⁵”, de conformidad con el numeral 3 del artículo 11.

Ahora bien, es importante resaltar también que en el año 2014 se modificaron las Directrices de la *International Bar Association* (Reglas IBA) precisamente para incorporar dos reglas respecto de la FPT. Las dos regulaciones incorporadas tienen que ver con: (i) el deber de revelar cualquier relación de los árbitros y las partes con financistas; y, (ii) la consecuencia jurídica de la actuación del tercero financista, para quien la norma que debe considerarse “como si ostentara la identidad de la parte”.

Respecto a la relación entre el tercero financiador y los árbitros, las normas IBA establecen una serie de directrices sobre posibles conflictos de interés dentro del arbitraje. Aquellos que surgen principalmente cuando se vulnera el principio general de imparcialidad e independencia de alguno de los árbitros. La séptima directriz se refiere al deber de información que tienen las

13. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Artículo 11(7), 05/2021.

14. Ídem.

15. Ídem.

partes y árbitros del proceso. La directriz 7(a) establece que cada parte debe información sobre cualquier relación directa o indirecta que las partes tengan con un árbitro o la posible relación que tenga una persona con interés directo en el arbitraje (tercero financiador). Respecto de este último, la norma general 6(b) de las Directrices IBA señala que “los terceros financiadores y las aseguradoras en relación con la disputa pueden tener un interés económico directo en el laudo, y por tanto pueden considerarse como equivalente a una parte.” En este punto es importante recordar que al ser las directrices de la IBA lo que se denomina *soft law*, estas deben pactarse, por lo que no hay más fuerza vinculante que la que le otorguen las partes en sus controversias particulares.

4.- OBLIGACIONES DE REVELACIÓN DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

La Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)¹⁶ guarda silencio respecto del financiamiento de terceros. En términos generales, el financiamiento de terceros en un arbitraje no está prohibido. Sin embargo, vale señalar ciertas consideraciones. El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador consagra el derecho que tiene todo ciudadano a ser juzgado por un juez o autoridad imparcial y competente¹⁷.

Por su parte, la LAM en su artículo 19 manda que:

No podrán actuar como árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por sí mismas en juicio. Son causas de excusa de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil (actualmente Código Orgánico General de Procesos) para los jueces. El árbitro que conociera que está incurso en inhabilidad para ejercer su cargo notificará inmediatamente al director del centro de arbitraje o a las partes que lo designaron para que procedan a reemplazarlo.

En otras palabras, un árbitro comprendido en estas causales deberá excusarse de aceptar el encargo e informar oportunamente sobre este particular para su reemplazo. Aquí nace una primera

16. Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial No. 417, 14/12/2006.

17. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 76, Registro Oficial No. 449, 20/10/2008.

obligación legal que tiene el árbitro de revelar situaciones que le impidan desempeñarse en su cargo; y si no lo hace, el árbitro podrá ser sujeto de recusación conforme el procedimiento previsto en el artículo 21 de la LAM.

Sobre las causales de inhabilidad para actuar como árbitro, el artículo 22 del Código Orgánico General de Procesos¹⁸ (COGEP) dispone que son causas de excusa o recusación las cuales deben ser observadas no solo frente a las partes sino también tomando en cuenta el tercero financiador que tiene relación con una de las siguientes causales:

- i) ser parte en el proceso, ii) ser cónyuge o conviviente en unión de hecho de una de las partes o su defensor; iii) Ser pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, de su representante legal, mandatario, procurador, defensor o de la o del juzgador de quien proviene la resolución que conoce por alguno de los medios de impugnación; iv) Haber conocido o fallado en otra instancia y en el mismo proceso la cuestión que se ventila u otra conexas con ella; v) Retardar de manera injustificada el despacho de los asuntos sometidos a su competencia. Si se trata de la resolución, se estará a lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial; vi) Haber sido representante legal, mandatario, procurador, defensor, apoderado de alguna de las partes en el proceso actualmente sometida a su conocimiento o haber intervenido en ella como mediador; vii) Haber manifestado opinión o consejo que sea demostrable, sobre el proceso que llega a su conocimiento, viii) Tener o haber tenido ella, él, su cónyuge, conviviente o alguno de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad proceso con alguna de las partes. Cuando el proceso haya sido promovido por alguna de las partes, deberá haberlo sido antes de la instancia en que se intenta la recusación; ix) Haber recibido de alguna de las partes derechos, contribuciones, bienes, valores o servicios; x) Tener con alguna de las partes o sus defensores alguna obligación pendiente; xi) Tener con alguna de las partes o sus defensores amistad íntima o enemistad manifiesta; y, xii) Tener interés personal en

18. Código Orgánico General de Procesos, Artículo 22, publicado en el Registro Oficial Suplementario No. 506 del 22 de mayo de 2015.

el proceso por tratarse de sus negocios o de su cónyuge o conviviente, o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Dicho esto, vale señalar que si bien la LAM no contiene alguna disposición legal que obligue a las partes a revelar situaciones como las comprendidas en un contrato de financiamiento de terceros ante un tribunal arbitral, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano si se puede concluir que, tanto los abogados litigantes en representación de las partes, como los árbitros, tienen la obligación de revelar sobre hechos que pudiesen afectar la imparcialidad del tribunal arbitral, como un tercero financiador.

En primer lugar, el convenio arbitral está contenido en un contrato o hace referencia a una determinada situación contractual, que evidencia la voluntad de las partes de someter sus disputas a arbitraje. En la legislación ecuatoriana, el artículo 1562 del Código Civil¹⁹ recoge el principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente no solo a los que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre, pertenecen a ella. En consecuencia, las partes si tienen una obligación de litigar en buena fe lo cual implica revelar cualquier situación que pueda afectar al debido proceso como, por ejemplo, la existencia de un potencial conflicto de intereses entre los árbitros y un potencial financista. Adoptar una postura contraria estaría reñido a la buena fe procesal e inclusive sancionado con condena en costas por tratarse de conductas potencialmente abusivas o maliciosas conforme los artículos 12 y 26 del Código Orgánico de la Función Judicial²⁰ (COFJ) y 284 del COGEP. Puntualmente el artículo 26 del COFJ manda que

En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará (...) (a) la parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley.

19. Código Civil, Artículo 1562, Registro Oficial Suplementario No. 46, 24/06/2005.

20. Código Orgánico de la Función Judicial, Artículos 12 y 26, Registro Oficial Suplementario No. 544, 9/03/2009.

En segundo lugar, el COFJ en su artículo 330 impone ciertas obligaciones a los abogados en el patrocinio de las causas, como el patrocinio con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez, veracidad, y buena fe y de conformidad con el Código de Conducta²¹. En dicho artículo se impone la obligación de los abogados litigantes de actuar con franqueza hacia el tribunal²², lo cual implica que deben ajustar su defensa a la buena fe y revelar cualquier situación que pudiere ir en contra de dicho principio, además existe una obligación de revelar todo hecho sustancial que le permita al tribunal tomar una decisión informada aún cuando tales hechos le fueran adversos a la parte que lo revela²³.

Por último, una vez que los abogados litigantes hayan cumplido con su deber ético y moral, actuando en apego al principio de buena fe, y hayan revelado la participación de un tercero financiador, será entonces obligación de los árbitros analizar los posibles conflictos de interés que sobrevengan respecto del tercero financiador, en cumplimiento a la LAM y a los lineamientos institucionales aplicables, como por ejemplo, los de los artículos 7, 8 y 9 del Código de Ética del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito²⁴, en caso de que el arbitraje fuere administrado por dicho centro.

5.- CONCLUSIONES

El FPT es un mecanismo muy útil para que las partes puedan acceder a la justicia arbitral y, en principio, no está prohibido por la legislación ecuatoriana. Sin embargo, el recibir financiamiento por parte de un tercero si impone una obligación legal y ética para las partes de revelar su identidad frente al tribunal a fin de garantizar la transparencia del proceso con el objetivo de evitar que la decisión adoptada por el tribunal adolezca de vicios por ser dictada en contraposición a garantías del debido proceso, como es el derecho a ser juzgado por un juez o árbitro imparcial. Derecho que solo puede ser garantizado, cuando el tribunal cuenta con toda la información

21. Ídem.

22. Ídem.

23. Ídem.

24. Código de Ética del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Artículos 7, 8 y 9, emitido en el año 2000.

relevante respecto de las partes y todos los participantes en el arbitraje, lo que incluye a los terceros financiadores.

En el arbitraje internacional, tanto comercial como de inversiones, la discusión sobre la aplicabilidad de la figura del tercero financiador ha sido superada y finalmente aceptada. Es por ello que cada vez más legislaciones y regulaciones *soft law* buscan adecuar esta figura, de manera que no vulnere ni coloque en desventaja a ninguna de las partes dentro del proceso. En este sentido, se ha pretendido delimitar cuál es el alcance del deber de revelación. Las partes sí están obligadas -en la mayoría de los casos- a revelar, al menos, la existencia de un tercero financiador y su identidad. Sin embargo, dicha obligación en determinados casos puede extenderse y obligar a las partes, incluso, a revelar los términos contractuales del contrato de financiación a fin de evitar posibles conflictos de interés.

