

**Las opiniones expresadas por los expositores en reuniones de los Comités de VenAmCham, reflejados en este reporte, representan los criterios profesionales de sus autores sobre los temas tratados y no una posición de la Cámara ni la de sus Comités**

**VENAMCHAM- COMITÉ AL DÍA  
Arbitraje – Noviembre 2018**

**Cautio Iudicatum Solvi, frente al financiamiento de terceros ¿Un mal necesario?**

**Carmine Pascuzzo (ADM & Asociados, S.C)**

En esta oportunidad el Comité de Arbitraje, recibió al Abg. Carmine Pascuzzo, quien profundizo en el tema del financiamiento de terceros en el arbitraje.

Inicio su ponencia expresando que la onerosidad de los arbitrajes de inversión se ha incrementado por la complejidad de los casos, pero sobre todo por el comportamiento de las partes en el procedimiento.

El Costo promedio de un arbitraje de inversión es de US\$ 933.000 (2017) costo administrativo (arbitraje CIADI y UNCITRAL); por inversionista US\$ 7.400.000 (aumento del 68% con respecto a 2014); y para el Estado US\$ 5.200 (aumento del 13% con respecto a 2014).

Este aumento ha ocasionado 2 consecuencias:

- Por el lado del inversionista: advenimiento del financiamiento de terceros.
- Por el lado de los Estados: necesidad de controlar los costos y restringir el desbalance que puede generar estos financiamientos.  
Se busca implementar la *Cautio Iudicatum Solvi*, como un mecanismo para controlar el financiamiento de terceros.

¿Cuáles son las razones que impulsan a un inversionista al financiamiento de terceros?

1. Insuficiencia de fondos
  - Absoluta: no tiene fondos.
  - Relativa. El inversionista tiene que decidir entre si utilizar sus recursos para impulsar el procedimiento arbitral o cumplir con obligaciones pecuniarias.
2. Es una técnica de mitigación de riesgos (especialmente compañías que cotizan en bolsas).
3. Estrategia (Ejemplo: Caso Quasar de Valores).

#### Tipos Generales de Financiamiento:

- Prestamos simples (CIADI vs Venezuela)
- Cesión de Derechos.
- Pacto de Cuota Litis.
- Political Risk Insurance

El TPF ((Third Party Funding), es el financiamiento de una parte que no tiene interés, sobre la base de un porcentaje (%) de un eventual laudo favorable.

¿Qué diferencia el TPF de otros Mecanismos de Financiamiento?

En el TPF, existe una verdadera comunidad de riesgo ya que el financista hace un análisis legal probabilístico y con base en ello decide si invierte o no, ellos ven la disputa como una verdadera inversión. Además el financista se involucra activamente en el procedimiento arbitral.

En la actualidad se está implementando cada vez más, un nuevo tipo de financiamiento “el financiamiento portfolio”, el financista en vez de elegir a cada una de las partes, elige a un escritorio de abogados con base en la tasa de éxito en los arbitrajes de inversión.

En el TPF, el financista no solo está fomentando el acceso de la parte a la justicia, sino que está ganando para sí mismo acceso al mecanismo de resolución de controversia en busca de una ganancia.

Los Proponentes del TPF establecen que:

- Promueve el acceso a la justicia.
- El análisis probabilístico constituye una especie de filtro contra las acciones temerarias.

Los Críticos establecen que:

- Puede promover acciones temerarias.
- Puede haber un riesgo sistémico de conflictos de interés, incluso entre árbitros.

En el arbitraje de inversión, es muy importante que el tribunal arbitral garantice la integridad del procedimiento. En este sentido las normas que reconocen el poder del Tribunal para dictar una “*Cautio Iudicatum Solvi*”, están las siguientes: el Art. 26 UNCITRAL, Art. 47 CIADI, Art. 46 MC- CIADI, Art 28 ICC.

El *Fumus Boni Iuris*, es el elemento donde la gran mayoría *Cautio Iudicatum Solvi* ha fracasado y en cuanto al *Periculum In Damni*, para que la medida prospere debe existir la relevancia de la insolvencia.

¿Qué pasa si la medida es dictada y afecta el derecho de acceso a la justicia de la parte demandante? Se declara sin lugar la medida, pues se causa menor daño al Estado corriendo el riesgo de no ejecutar la condenatoria en costas, que negarle el acceso en el arbitraje de inversiones al inversionista. Sin embargo, expreso el ponente que el derecho de acceso a la justicia no es absoluto, pues el derecho al acceso a la justicia puede estar sometido a ciertas restricciones de carácter económico, si es razonable.

Principales razones por las que no hay muchas ordenes procesales que acuerden *Cautio Iudicatum Solvi*:

- Es una medida atípica, pues debe satisfacer circunstancias extraordinarias. Estas circunstancias pueden categorizarse como un cambio sobrevenido en la situación económica del demandante, pero que no sean atribuibles a la parte demandante.
- Para demostrar la presencia de un abuso procesal, tiene que haber insolvencia y un indicio que no haga concluir que no se podrá ejecutar el laudo. La mera presencia del acuerdo de financiamiento no es suficiente para que acuerden la medida, se tiene que demostrar que no cubre la eventual condenatoria en costas.  
Esto nos lleva a la Carga de la Prueba y en este sentido “La Orden Procesal N°9” del caso de los hermanos García Armas, es muy importante, pues esta es la primera decisión que busca unir todos los criterios de la carga de la prueba, bajo la luz de la carga dinámica de la prueba.

Para finalizar estableció, que ya hay centros de arbitraje aplicando esta medida y a manera informativa expresó que el CIADI es uno de ellos.

**Estefanía Vásquez**  
**Gerencia Corporativa de Comités e Información**