

LOS CONTRATOS DE FINANCIACIÓN DE LITIGIOS POR TERCEROS (*THIRD-PARTY FUNDING*) EN ESPAÑA¹

Diego Agulló Agulló

Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad Pontificia Comillas de Madrid — ICADE

TITLE: *Third-party litigation funding contracts in Spain*

RESUMEN: Los contratos de financiación de litigios por terceros o *third-party funding* («TPF») permiten que un tercer financiador invierta en un pleito del que no es parte, a través del pago de las costas del proceso del demandante o del demandado. Si el pleito resulta satisfactorio para el financiado, el tercer financiador recibirá una parte de la cuantía de reparación o indemnizatoria obtenida. Si el financiado pierde el pleito, el financiador no recuperará la cantidad invertida. Para el financiador, se trata de un producto de inversión más que puede incluir en su cartera y que, por lo general, ofrece una alta rentabilidad. Por el lado del financiado, que un tercero asuma las costas del proceso, a veces muy elevadas, significa un mejor acceso a la justicia, sobre todo cuando cuenta con flujos de caja ajustados o, directamente, no dispone de recursos para litigar. Si bien el TPF se originó en los sistemas del *Common Law*, ha empezado a desarrollarse en jurisdicciones del *Civil Law*, como la española, en los últimos tiempos. El objeto de este trabajo es abordar este fenómeno desde una perspectiva jurídica, centrándonos particularmente en el tratamiento legal que el ordenamiento español y de la Unión Europea pueden ofrecer al TPF, diferenciándolo de otras figuras afines como la *cuota litis* o la cesión de créditos y abordando los problemas de índole transfronterizo que pueden acontecer. Nos referimos también a la necesidad de gestionar adecuadamente los conflictos de intereses y a la noción de garantía de pago de las costas procesales.

ABSTRACT: *Third-party funding («TPF») contracts allow a third-party funder to invest in a lawsuit to which it is not a party by paying the plaintiff's or defendant's litigation costs. If the lawsuit is successful for the funded party, the funder will receive a portion of the amount awarded. If the funded loses the lawsuit, the funder will not recover the amount invested. For the funder, it is another financial product that can be included in its investment portfolio and generally offers a high return. For the funded party, the fact that a third party assumes the litigation costs, sometimes very high, means better access to justice, especially when it has limited or no resources to litigate. Although the TPF originated in Common Law systems, it has recently appeared in Civil Law jurisdictions such as Spain. The purpose of this paper is to address this phenomenon from a legal perspective, focusing particularly on the legal treatment that the Spanish and European Union legal systems can offer to the TPF, differentiating it from other related figures such as contingency fees or assignment of claims and addressing some of the cross-border problems that may*

¹ La fase final de redacción de este trabajo se ha realizado durante una estancia de investigación en el *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* (Hamburgo, Alemania), financiada por la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid. Agradezco enormemente los valiosos comentarios que sobre este trabajo me han trasladado la Profesora Dra. Salomé Adroher Biosca (Universidad Pontificia Comillas de Madrid), el Profesor Dr. Ricardo Pazos Castro (Universidad Autónoma de Madrid) y el Dr. Stanley Aléong. Los errores que puedan encontrarse en este estudio son sólo míos.

arise. We also refer to the need to adequately manage conflicts of interest and to the notion of security for costs.

PALABRAS CLAVE: financiación por terceros, contratos de financiación, litigación, arbitraje, conflictos de interés, producto financiero, acceso a la justicia

KEY WORDS: *third-party funding, funding contracts, litigation, arbitration, conflicts of interest, financial product, access to justice*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EXPLICACIÓN ECONÓMICA Y EVOLUCIÓN LEGAL. 2.1. *La explicación económica*. 2.2. *Orígenes y evolución legal: de la doctrina del champerty a la regulación progresiva*. 2.3. *La cuota litis como figura afín*. 3. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL TPF EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 3.1. *La naturaleza del contrato TPF*. 3.2. *Las diferencias entre la cesión del crédito y el TPF y su eficacia extraterritorial en Nueva York: el asunto Petersen v. República de Argentina*. 4. LA GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES. 4.1. *El contenido del contrato TPF*. 4.2. *El deber de revelación en materia arbitral*. 4.3. *El deber de revelación en el ámbito jurisdiccional*. 5. LA GARANTÍA DE PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES O COSTOS DEL ARBITRAJE. 5.1. *El hit & run*. 5.2. *La adopción restrictiva de la garantía de pago*. 6. CONCLUSIONES. JURISPRUDENCIA. BIBLIOGRAFÍA. INFORMES Y OTROS DOCUMENTOS.

1. INTRODUCCIÓN

El *third party funding* («TPF») o financiación de pleitos por terceros es un mecanismo que permite a un sujeto titular de un derecho de reclamación frente a otro individuo financiarse con el sólo objeto de cubrir los gastos de resolución de una o varias controversias con (en principio) altas probabilidades de éxito para el financiado. En caso de que el pleito se gane, el financiador obtendrá un beneficio. Se trata de una figura utilizada, cada vez más, por los distintos operadores económicos que necesitan, por diversos motivos, recursos financieros para pleitear (FERNÁNDEZ MASIÁ, 2016: 204).

En España esta práctica se ha empezado a utilizar hace sólo unos años, pero los expertos le auguran un interesante futuro (BOGART, 2013: 56). La pandemia de COVID-19 ha provocado un aumento, más si cabe, de las necesidades de financiación de contenciosos, ahora que empresas y particulares necesitan optimizar la colocación de sus recursos financieros (HENDEL, TIRADO y SÁNCHEZ-FREIRE, 2020: 485).

En este escenario, en materia arbitral, se ha producido un intenso desarrollo normativo. El nuevo Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, vigente desde el 1 de enero de 2021 dedica, por vez primera, su art. 11.7 al TPF y al deber de las partes de notificar la existencia de contratos de este tipo². En España, Finalmente, el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español

² A nivel internacional, se refieren al TPF las Reglas Internacionales de Arbitraje de Inversiones de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (art. 27); las *Administered Arbitration*

del Arbitraje, publicado en 2019, aborda, en su Recomendación sexta, los «deberes relativos a la financiación» y el Reglamento del recientemente creado Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM), cuya entrada en vigor comenzó el 1 de enero de 2020, se refiere en varias ocasiones al TPF. Finalmente, el nuevo Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid, en vigor desde el 2 de febrero de 2022, siguiendo la estela del Código de Buenas prácticas del Club Español del Arbitraje y del Reglamento de Arbitraje del CIAM, también se refiere al TPF³.

En el ámbito jurisdiccional el desarrollo normativo ha sido inexistente en Derecho nacional español y creciente en el Derecho de la UE. Destacamos, respecto de este último, la reciente 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 (Directiva 2020/1828), que dedica su art. 10 a los aspectos de financiación por parte de terceros de acciones colectivas para la protección de los consumidores⁴. En febrero de 2021 el Parlamento Europeo publicó el Informe titulado «*Responsible private funding of litigation*» («Informe TPF del Parlamento Europeo») que recoge una serie de recomendaciones de cara a una posible futura regulación del TPF en la Unión

Rules del Hong Kong International Arbitration Center, en su edición de 2018 (art. 44) y en las Reglas de Arbitraje de la *Milan Chamber of Arbitration* (art. 43). El Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre la Unión Europea y Canadá, también regula el TPF en su art. 8.26. Adicionalmente, se refieren a esta cuestión las Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional y el CIADI ha publicado unas *Proposals for amendment of the ICSID rules* que abordan también el TPF (rule 14). Pero, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration*, en su edición de 2020, todavía guarda silencio a este respecto. Tampoco menciona el TPF el Reglamento de Arbitraje del *Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce* (edición de 2017). Sin embargo, esta última institución publicó, en 2019, un documento titulado «*SCC policy disclosure of third parties with an interest in the outcome of the dispute*» que sí aborda esta cuestión.

³ Sin embargo, ni el Reglamento de 2015, ni de 2020, de la Corte Civil y Mercantil de Madrid (CIMA), ni el Reglamento de la Corte Vasca de Arbitraje, cuya última modificación data del año 2011, se refieren al TPF.

⁴ La Directiva 2020/1828 supone un antes y un después en la regulación europea de las acciones colectivas en tanto que implementa un sistema indemnizatorio de tutela colectiva. Si bien en España, a través de las acciones colectivas, se puede reclamar tanto la cesación de una conducta como la indemnización por el daño causado, esta nueva norma debería ser un buen motivo para el legislador para, aprovechando su trasposición, reformular la acción colectiva de consumidores en España, que hasta ahora cuenta con una regulación dispersa y deficiente en muchos de sus elementos más fundamentales (GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO DE CAVIEDES, 2011: 188). Sobre las acciones colectivas en defensa de los consumidores, he dedicado algunas reflexiones en trabajos anteriores. En concreto, *vid.* AGULLÓ AGULLÓ, D. (2020), «La acción colectiva en materia de protección de datos y algunas cuestiones de competencia judicial internacional», *Retos del Derecho ante un mundo global*, coord. por Emaldi Cirión, A. y La Spina, E., Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 797-709. Sobre la Directiva 2020/1828, *vid.* mi trabajo anterior AGULLÓ AGULLÓ, D. (2021), «Directive 2020/1828: a new era for “European class actions”», *Official Blog of Unio Law*. Recuperado de: <https://officialblogofunio.com/2021/11/22/directive-2020-1828-a-new-era-for-european-class-actions/> (último acceso 16/03/2022).

Europea (SAULTINER, J.; KORONTHALYOVA, I.; MÜLLER, K.; PONCIBÓ, C. y D'ALESSANDRO, E., 2021). En conjunto con el Informe TPF del Parlamento Europeo, se publicó el «*Draft Report with recommendations to the Commission on Responsible private funding of litigation (2020/2130(INL))*» («*Draft Report*») que incluye, en su Anexo, un modelo de propuesta de Directiva sobre financiación de litigios que únicamente se refiere al financiado como demandante y, prácticamente, no contempla que sea el demandado el que pueda recibir financiación (Parlamento Europeo, 2021).

Más allá de lo establecido en la Directiva 2020/1828, pendiente de trasposición, en el escenario jurisdiccional puramente nacional español, el TPF no cuenta con una regulación específica. El objeto de este artículo es abordar este fenómeno desde una visión jurídica y ofrecer un estudio del TPF desde una perspectiva legal española y de la Unión Europea. En suma, la pregunta de investigación a la que intentará dar respuesta este trabajo es la relativa a cuál es la naturaleza jurídica del TPF en el ordenamiento español, de la que se derivan otras cuestiones como cuál debería ser su contenido contractual, si se debe revelar la existencia de un contrato TPF, cómo deben manejarse los posibles conflictos de interés, así como otros aspectos como la caución o garantía de pago de las costas procesales o costos del arbitraje.

En cuanto a su estructura, en línea con lo anteriormente expuesto, el trabajo incluye, además de la presente introducción, un segundo epígrafe que aborda una breve explicación económica del fenómeno TPF, una sucinta referencia a sus orígenes y su evolución legal hasta nuestros días y, finalmente, una referencia a la distinción que debe procurarse entre TPF y la noción *de cuota litis*.

En el epígrafe tercero se estudia el estatuto jurídico del TPF en España, diferenciándolo de la cesión de créditos y buscando el encuadre jurídico más adecuado para el TPF en el ordenamiento jurídico-privado español. También se recogen los problemas transfronterizos que pueden aparecer si se ejercita la acción financiada (o cedida) en una jurisdicción en la que esté vigente la doctrina del *champerty*. Sobre este último extremo, se ofrece una reflexión a colación del asunto *Petersen v. República de Argentina*, que tiene una importante afectación en la jurisdicción española.

En el epígrafe cuarto se analiza la necesidad de gestionar adecuadamente los conflictos de intereses que puedan surgir por la utilización del TPF por alguna de las partes en un pleito. A este respecto, se estudia el contenido que a tal fin debe incluirse en un contrato TPF y se aborda esta cuestión en el ámbito arbitral y jurisdiccional. El epígrafe quinto se dedica a la noción de garantía de pago de las costas procesales (*security for costs*), principalmente utilizada en el arbitraje internacional y se estudia su relación con el TPF. Finalmente, se incluyen unas conclusiones.

2. EXPLICACIÓN ECONÓMICA Y EVOLUCIÓN LEGAL

2.1. *La explicación económica*

Cualquier persona, física o jurídica, que crea que ostenta un derecho de reclamación frente a otro individuo podría ser susceptible de celebrar un contrato TPF. Como ya hemos indicado, los gastos de litigar son altos, pero devienen todavía más onerosos cuando se trata de pleitos complejos, arbitrajes de grandes cuantías o contenciosos con elementos de extranjería (JAIME, 2020: 494).

Pongamos como ejemplo ilustrativo el arbitraje internacional. Los datos que se incluyen a continuación se contienen en el Informe estadístico *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, elaborado por la *Queen Mary University of London (QMUL)*. De entre los operadores jurídicos consultados, al ser preguntados sobre las características que mejor valoran del arbitraje internacional, sólo el 3% de los encuestados se refieren a la eficiencia en costes (QMUL, 2018: 7). Consecuentemente, al ser preguntados sobre las características peor valoradas en el arbitraje internacional, un 67% de los encuestados señala los costes como la primera desventaja que debe tenerse en cuenta a la hora de embarcarse en un proceso de esta naturaleza (QMUL, 2018: 8). Sólo un 3% de los encuestados afirma no conocer este sistema de financiación, frente a un 56% que son conscientes de su existencia, pero no lo ha visto utilizado en la práctica; un 26% que lo han visto utilizar en la práctica y un 16% que han acudido a este método de financiación ellos mismos. Interpretamos que todavía existe un importante margen para una mayor utilización del TPF, pero que los usuarios del arbitraje internacional son perfectamente conocedores de su existencia y un para nada desdeñable 16% de los encuestados ha acudido a él (QMUL, 2018: 24)⁵.

Además de los altos costes que suponen algunos contenciosos, identificamos varios escenarios que podrían favorecer la celebración de este tipo de pactos de financiación desde el punto de vista del sujeto financiado. Pensemos en un potencial demandante, titular de un derecho de reclamación derivado de un daño producido por el demandado, pero que dicho daño le ha dejado en una situación financieramente

⁵ En España, en una encuesta realizada a 103 profesionales de despachos de abogados y de distintas empresas, «un porcentaje muy alto de los consultados ha oído hablar de la financiación de litigios y arbitrajes (87 %) y está interesado en conocer más información al respecto (80 %). Existe una opinión compartida de que la situación actual es una buena oportunidad para trabajar con fondos de litigios (82 %)» (Procurator Litigaton Advisors, 2022: 7).

delicada que le impide sufragar los gastos del litigio. O pensemos, directamente, en que el demandante se encuentra en una situación de insolvencia⁶.

Otra situación sería la del demandante solvente que podría hacer frente a los costes del litigio pero que prefiere dedicar dicho capital no a litigar sino a otras partidas más relacionadas con su negocio⁷. También deberemos tener presente a aquel potencial demandante que decide obtener liquidez con mayor rapidez a través de la venta, directamente, de su derecho de crédito, sin solicitar financiación alguna para litigar⁸.

Del lado del financiador, 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 pleito⁹. 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 mundo¹⁰. En

⁶ Cabe destacar el caso de las sociedades Petersen Energía S.A. y Petersen Energía Inversora, S.A. en cuyos Planes de Liquidación, aprobados mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil (3) Madrid 24 de noviembre de 2014 en los procedimientos concursales 305/2012 y 523/2012, se incluyó la monetización del activo contingente denominado «Derechos indemnizatorios» consistentes en los derechos de reclamación de las concursadas contra la República de Argentina por la expropiación de la petrolera YPF, S.A., de la cual las concursadas eran titulares de acciones. Abundaremos en este asunto más adelante.

⁷ SOLAS (2019: 175) acude al concepto económico de la eficiencia de Pareto para explicar el TPF en financiados con recursos suficientes para hacer frente a los gastos del pleito. El autor indica que existe eficiencia-Pareto para la celebración de un contrato TPF si ambas partes ganan con el acuerdo. En este mismo sentido explica se produce un cambio en la colocación de los recursos financieros cuando con dicho cambio al menos una de las partes gana y ninguna pierde. El financiado ganará si otro puede permitirle ejercitar la acción sin dedicar recursos financieros propios, ya que tales recursos los puede colocar en otro lugar que le reporte mayores beneficios. Por su parte, el financiador aceptará la celebración del acuerdo si la acción que se deriva del derecho de crédito del que el financiado es titular tiene visos de prosperar ante el órgano judicial o arbitral de que se trate, y ganará si finalmente dicha acción se resuelve con éxito para el financiado.

⁸ En el epígrafe 3.1 analizaremos las importantes diferencias existentes entre la cesión, por venta, de un crédito y la financiación del ejercicio de una acción judicial.

⁹ El fondo especializado británico *Harbour* financió la acción de reclamación del Sr. *Lancelot Thwaytes* contra la casa de subastas *Sotheby's* por, según el accionante, no haber ésta realizado correctamente el proceso de autenticación de la obra «Jugador de Cartas» (año 1594), que la casa de subastas atribuyó a un discípulo de *Michelangelo Merisi da Caravaggio* y no al propio pintor italiano, tal y como entendía el demandante. La Juez *Rose*, de la *High Court of Justice Chancery Division* (Reino Unido), no estimó la pretensión del Sr. *Thwaytes* y dio la razón a *Sotheby's*. *Harbour* perdió la inversión realizada pero el demandante tampoco tuvo que desembolsar los gastos del pleito (Sentencia de Mr. *Lancelot Thwaytes v. Sotheby's* de 16 de enero de 2015). SOBOLWSKI (2017: 529) critica la decisión por lo problemático que resulta que un juez que desconoce el proceso de autenticación de una obra de arte entre a valorar, en profundidad y con detalle, cada una de las fases del mismo, tal y como sucedió en la citada resolución.

¹⁰ NIEUWVELD y SAHANI (2017: 3-7) identifican diversos perfiles de inversor en pleitos en el mercado estadounidense, de los que destacan a las Compañías Aseguradoras, a los propios despachos de abogados a través de las *contingent fees*, lo que —en España— conocemos como *cuota litis* (vid. apartado 2.3 de este trabajo) o a los fondos de inversión especializados. En este trabajo nos centramos

el Anexo del *Draft Report* se propone una importante regulación de los fondos de financiación de litigios¹¹.

2.2. Orígenes y evolución legal: de la doctrina del *champerty* a la regulación progresiva

Podemos situar el origen del TPF 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 (STEINITZ, 2011: 1278)¹². En el escenario anterior, se prohibía que un tercero sostuviera el ejercicio de una acción de reclamación a cambio de que repartiese con el reclamante la cuantía obtenida por virtud de dicha reclamación. Ello, lógicamente, impedía la celebración de cualquier contrato TPF¹³. Es,

en el financiador externo especializado. Se trata, generalmente, de un fondo de inversión con un alto de nivel de sofisticación en materia de financiación de acciones judiciales, arbitrales y de cualesquiera otros mecanismos de resolución de controversias. En nuestro país operan, entre otros, los fondos *ClaimTrading, LTD* (<https://claimtrading.com/>); *Therium Capital Management Limited* (<https://www.therium.com/>) *Calunius Capital Litigation* (<http://www.calunius.com/>), *Ramco Litigation Funding* (web no disponible), *LexFinance* (<https://www.lex-finance.com/ES/>), *Outliers Investments* (web no disponible); *Burford Capital* (<https://www.burfordcapital.com/>) o *Fortress Legal Funding* (<https://www.fortresslegalfinance.com/>) (último acceso a todas estas páginas web: 12/10/2021). De capital originalmente español, destacamos *Carbonia Investments* (<https://carboniainvestments.com/>) y el fondo *Procurator Litigation Advisors-PLA* (<https://pla-spain.com/>), cuyo accionista mayoritario es JB Capital Markets, entidad supervisada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) (<http://www.cnmv.es/Portal/Consultas/ESI/ESIS.aspx?nif=A85214922>) (último acceso a estas páginas web: 11/03/2022). SOLAS (2019: 167) explica que «dada la combinación de sofisticación jurídica y fortaleza financiera, los financiadores están surgiendo como una industria independiente, con incentivos específicos y características básicas que los hacen capaces de responder a la demanda mencionada (la traducción es mía)». CREMADES (2010: 159) manifiesta que «son sociedades de financiación de procedimientos (generalmente filiales de compañías de seguro o de bancos) que asumen el coste y el riesgo del proceso, tanto judicial como arbitral (sobre todo en arbitraje de inversión)».

¹¹ Si bien la regulación de los fondos de financiación de pleitos se escapa del objeto de análisis del presente trabajo, cabe destacar que el *Draft Report* se centra en la regulación de un sistema de autorización para que los fondos puedan operar en los Estados Miembros de la Unión Europea (arts. 4 y 5); en los aspectos relacionados con capital necesario para operar (art. 6); y en el deber fiduciario del financiador, que se traduce en que el financiador debe actuar en interés del financiado o de sus beneficiarios (e.g. consumidores) y que si éste entra en conflicto con el interés del fondo financiador, deberá prevalecer el interés del financiado o de sus beneficiarios (art. 7). El Anexo del *Draft Report* dedica un capítulo completo a las autoridades de supervisión del funcionamiento de los fondos financiadores y de la financiación de litigios (Capítulo III).

¹² En Singapur, en 2017, se modificó la *Civil Law Act* de 1909 aboliendo la doctrina del *champerty* y *maintenance*: «5A.—(1) It is declared that no person is, under the law of Singapore, liable in tort for any conduct on account of its being maintenance or champerty as known to the common law. (2) Subject to section 5B, the abolition of civil liability under the law of Singapore for maintenance and champerty does not affect any rule of that law as to the cases in which a contract is to be treated as contrary to public policy or otherwise illegal».

¹³ A la doctrina del *champerty* siempre se asocia la de *maintenance* o lo que, en España, se denomina incitación al pleito: un tercero anima a un potencial reclamante, a priori desinteresado, a ejercitar su acción de reclamación. La incitación al pleito está prohibida en España por virtud del art. 25.2.b del Estatuto General de la Abogacía Española. Por tanto, un financiador no podría animar a un potencial

por tanto, en Australia y en Reino Unido, en los ordenamientos en los que se desarrolla por vez primera el TPF, penetrando posteriormente en el acervo normativo que regula el arbitraje internacional y proliferando en las jurisdicciones del *Civil Law* (DERAINS, 2013: 5).

Hoy en día, el mapa regulatorio del TPF en los distintos países resulta dispar, pues existen ordenamientos que optan por permitirlo y regularlo —como el Reino Unido—, jurisdicciones que lo prohíben expresamente —así sucede en Irlanda—y sistemas jurídicos, como el español, que no se pronuncian al respecto pero que no impiden su utilización y desarrollo¹⁴.

Es en materia arbitral, donde el TPF, como decimos, ha tenido un mayor progreso normativo¹⁵. Debemos diferenciar entre tres tipos de cuerpos normativos: las normas de arbitraje, vinculantes en el Estado en el que se desarrolle el proceso arbitral (i.e. sede del arbitraje); los Reglamentos de Arbitraje, aplicables por virtud de la autonomía de la voluntad de las partes y como consecuencia, generalmente, de haber elegido una determinada Corte de Arbitraje que administre el proceso; y otras *soft laws* que, a pesar de tener tal consideración, son muy relevantes para regular el proceso arbitral, sobre todo en la esfera internacional.

reclamante a ejercitar su acción. En un escrupuloso cumplimiento del citado Estatuto, debería ser el potencial reclamante el que se ponga en contacto con el financiador. Una de las últimas veces en que algún Colegio de Abogados puso de manifiesto la necesidad de respetar este precepto fue en el caso de los despachos que abogados que ofertaban sus servicios durante la pandemia del Covid-19 (Ilustre Colegio De Abogados De Madrid, 2020).

¹⁴ En España, el AAP Álava (Secc. 1ª) 24 junio 2020 (JUR\2021\69332) dispuso: «un solicitante de acceso puede contratar el respaldo de un Fondo de litigación. Nada se opone a ello desde la perspectiva del artículo 1.255 del Código Civil, o desde la de los artículos 239 y siguientes del Código de Comercio. La “Third Party Funding”, o financiación a cargo de un tercero, a falta de regulación específica en el Derecho español, y más aún en el procedimiento en que nos movemos, debemos considerarla lícita». En algunos países del *common law* siguen vigentes las doctrinas de *champerty*. Es el caso de Irlanda, donde el *Maintenance and Embracery Act* de 1634 sigue en vigor y dispone: «*THE King our Sovereign Lord, calling to his most blessed remembrance, That there is nothing within this realme that conserveth his loving subjects in more quietnesse, rest, peace and good concord, than the just and due administration of his lawes, and the true and indifferent trials of such titles and issues as be to be tryed according to the lawes of this realme, which his most royall Majestie perceiveth to be greatly hindred by maintenance, embracery, champerty, subornation of witnesses, sinister labour, buying of titles and pretended rights of persons not being in possession, whereupon great perjury hath ensued and much unquietnesse, oppression, vexation, trouble, wrongs, and disinheritance hath followed among his most loving subjects, to the great displeasure of Almighty God, the discontentation of his Majesty, and to the great hinderance and lette of justice within this his realme (...)*». En el asunto *Persona Digital Telephony Limited and Another v The Minister for Public Enterprise, Ireland and Others* [2017] IESC27 de 23 de junio de 2017, el Tribunal Supremo de Irlanda sentenció que esta regla sigue plenamente vigente y que será, en su caso, el poder legislativo el que deba proceder a su modificación o a su abolición.

¹⁵ En el Anexo del *Draft Report* se incluye no sólo una regulación en el ámbito jurisdiccional, sino también en la esfera arbitral (art. 3). En caso de que el *Draft Report* se promulgara en forma de Directiva, para cumplir con los objetivos impuestos por la misma, podría ser necesario modificar todas las leyes de arbitraje de todos los Estados Miembros de la Unión Europea.

En cuanto a las normas de arbitraje, en España, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, guarda silencio en materia de TPF¹⁶. En relación con los Reglamentos de Arbitraje a nivel internacional, como ya indicábamos, el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) es pionero al abordar esta cuestión por parte de una institución arbitral con sede en una ciudad española, en línea con lo dispuesto por el nuevo Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). En 2022, el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, también aborda, por vez primera, el TPF.

Tanto en materia jurisdiccional como arbitral, el *Draft Report* propone una regulación completa, aunque, en muchos puntos, muy mejorable, del TPF. En este trabajo nos referiremos al *Draft Report* en varias ocasiones, pero podemos mencionar, ya en este momento, que quizás no sea la mejor solución regular mediante una Directiva, tal y como el *Draft Report* propone, el TFP en la esferas jurisdiccional y arbitral de manera conjunta.

En el ámbito jurisdiccional sí tendría sentido promulgar una Directiva al amparo de los artículos 81.2.f y 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») en aras de evitar que, por razón del TPF, se generen situaciones de *forum shopping* en la Unión Europea¹⁷.

Sin embargo, en materia arbitral, la regulación del TPF a nivel internacional podría llevarse a cabo mejor a través de un instrumento de *soft law* aceptado por el mercado europeo conformado por los operadores jurídicos que se dedican al arbitraje, tal y como sucede, a nivel internacional, como las Directrices de la *International Bar Association* («IBA») sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (que ya se refiere en su art. 6b al TPF), revisadas en 2014, o con las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional (STOYANOV y OWCZAREK, 2015: 198). En el ámbito del *soft law*, en España destacamos el ya citado Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje del año 2019, que sí se refiere al TPF (Sección Sexta)

¹⁶ Tal y como se expresa en su Exposición de Motivos, la Ley de Arbitraje española del año 2003 se fundamenta en la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985, que tampoco se refiere en ninguno de sus artículos al TPF. Por el contrario, Singapur ha regulado en sus normas procesales estatales el TPF. En concreto, las *Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2017* abordan esta cuestión. En 2021 el legislador singapurense llevó a cabo una nueva reforma ampliando los supuestos en los que se puede acudir al TPF.

¹⁷ Sobre la evitación de *forum shopping*, *vid.* más ampliamente, el apartado 4.3 de este estudio.

(CORREA, 2020: 75)¹⁸. La regulación también podría abordarse mediante la introducción de una regulación en materia de TPF en los Reglamentos de Arbitraje de las distintas Cortes administradoras de procesos arbitrales¹⁹.

2.3. La cuota litis como figura afín

La financiación de litigios en Estados Unidos cuenta con un gran número de posibilidades en tanto que la ley otorga a los intervinientes y a sus representantes amplios márgenes de libertad sobre esta materia. Este fenómeno se hace particularmente presente en el ámbito de las acciones colectivas o *class actions*.

Una de estas posibilidades es el conocido principio de *no win, no fee*. En este caso, los letrados, normalmente muy especializados en este tipo de procesos colectivos, se encargan de conformar la clase, esto es, de ir seleccionando a los individuos perjudicados para que participen del litigio y sólo si la acción resulta exitosa, cobrarán, en forma de honorarios, un porcentaje de la cuantía resarcitoria obtenida²⁰. Esto presenta algunos problemas en el mercado estadounidense: debemos tener presente la posibilidad de que el letrado representante llegue a un acuerdo transaccional (*settlement*) con la entidad demandada que sea suficientemente lucrativo para dicho letrado pero que no constituya un resarcimiento justo para los individuos representados²¹.

¹⁸ Los instrumentos de *soft law* son de gran relevancia en el arbitraje nacional e internacional. Recientemente, la STSJ Madrid (Secc. 1ª) 23 octubre 2020 (ROJ STSJ M 12155/2020) se refirió al Código de Buenas Prácticas del CEA: «[...] (c)iertamente es un criterio de referencia que está bien traído a la cuestión que examinamos, si bien no hay que olvidar que, como recoge el propio Código, el C.BB.PP es una "norma blanda": "recopila las recomendaciones que el CEA somete a toda la comunidad arbitral. Expresa unas reglas a las que en opinión del Club deberían atenerse las instituciones, los árbitros, los abogados, los peritos y los financiadores. Pero no tienen carácter vinculante, excepto si las partes, en el convenio arbitral o en el procedimiento arbitral, convienen otra cosa"». En cuanto a las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés, *el Report on the reception of the IBA arbitration soft law products* (2016: 32), de 3201 arbitrajes en los que surgió alguna cuestión en materia de conflictos de intereses, en un 57% se hizo referencia a las Directrices de la IBA.

¹⁹ LÉVY y BONNAN (2013: 91) estimaban, no obstante, que no era necesario llevar a cabo modificaciones de los distintos Reglamentos de Arbitraje.

²⁰ Tal y como explican CLERMONT y CURRIVAN (1978: 530), en Estados Unidos han existido tradicionalmente dos grandes tipos de minutación: por horas o por virtud del principio *no win, no fee*, también conocido como *contingency fees*. No obstante, estos autores proponen un sistema mixto, que sirva para paliar las disfunciones que el sistema actual plantea: la determinación del honorario teniendo en cuenta, por un lado, las horas invertidas, y por otro, la cantidad recuperada para el cliente.

²¹ En el asunto *Georgine v. Amchem Products, Inc.*, 157 F.R.D. 246 (E.D Pa. 1994) los abogados pactaron unos honorarios muy altos con la demandada, pero se acordó una indemnización muy baja para un grupo de perjudicados por asbestosis (LAMBERTH, 1998: 152). No obstante, tal y como puntualizan MACEY y MILLER (2009: 185), el juez debe controlar la razonabilidad y legalidad del acuerdo: «(i)n the rare cases

En España contamos con un sistema similar al de *no win, no fee*, denominado pacto de *cuota litis*, que hace algún tiempo estaba prohibido por el art. 16 del Código Deontológico de la Abogacía Española del año 2002. La legalidad de esta disposición se dirimió en distintas estancias administrativas y jurisdiccionales hasta que, finalmente, la STS (3ª) 4 noviembre 2008 (RJ 2009/338) determinó su licitud y estableció que el pacto de *cuota litis* debía permitirse:

«(...) la prohibición de la cuota litis en sentido estricto choca frontalmente con lo establecido en el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia (RCL 1989, 1591) que prohíbe la fijación directa o indirecta de precios así como la de otras condiciones comerciales o de servicio. No cabe duda, en efecto, que la prohibición de la que se habla supone una fijación indirecta de precios mínimos que impide la libertad por parte del profesional de condicionar su remuneración a un determinado resultado positivo. Supone también y por ello mismo una limitación en cuanto a las condiciones en que se presta el servicio profesional. Por las mismas razones se incumple lo prevenido en la Ley de Colegios Profesionales (RCL 1974, 346) al determinar que el ejercicio de las profesiones colegiadas se ha de realizar en régimen de libre competencia y sujeto "en cuanto a la oferta de servicios y la fijación de su remuneración" a las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia (artículo 2.1, segundo párrafo) y, que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica han de observar los límites del referido artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia».

La *cuota litis* supone un método de financiación del litigio similar al TPF en el sentido de que el titular del derecho por cuya virtud se puede accionar un proceso se abstiene de abonar los gastos que del mismo puedan derivarse, sobre todo en lo que tiene que ver con los honorarios de abogados. Sin embargo, no debemos agrupar el TPF y la *cuota litis* en una misma categoría (SCHMID, DINSE, WAKABAYASHI y KRAMER, 2017: 1088). Mientras que en la *cuota litis* es el abogado el que deja de percibir retribución financiando en todo o en parte el proceso, en el TPF es un actor externo, generalmente muy especializado y con gran disponibilidad financiera, el que financia a la parte titular del derecho de crédito. En los epígrafes siguientes analizaremos únicamente los aspectos propios del TPF en sentido estricto.

where judges do reject a settlement on purported adequacy grounds three factors are typically present: (1) unmistakable indications of inadequacy; (2) failure to provide a reasoned explanation for the choices made; and (3) indications of unfairness in the settlement bargaining such as possible collusion or lack of bargaining power on the part of class counsel». Sobre los acuerdos transaccionales en relación con el TPF, *vid.* apartado 4.1 de este estudio.

3. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL TPF EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Como venimos insistiendo, el TPF, en sentido estricto, no cuenta con una regulación específica en España, por lo que debemos abordar el acomodo que el ordenamiento jurídico español puede otorgar a este fenómeno²². Es importante, además de distinguirlo de la cuota litis, como ya hemos hecho, diferenciarlo de otras figuras como la cesión de créditos: mientras que en la cesión de créditos se produce un cambio de titularidad del acreedor, en el TPF este cambio no acontece, sino que un tercero financia, generalmente, al acreedor, que mantiene su posición de tal en tanto que titular del crédito. Esta diferenciación, como veremos, puede tener importante repercusión a nivel transfronterizo si se pretende ejercitar la acción en una jurisdicción donde esté vigente la doctrina del *champerty*. En las siguientes líneas también se analizan tres instituciones de Derecho privado que podrían servir como marco regulatorio del TPF en el ordenamiento español: el contrato de préstamo, el contrato de sociedad o la cuenta en participación.

3.1. *La naturaleza del contrato TPF*

Es importante diferenciar entre si se produce una cesión por venta del crédito o si, simplemente, una entidad financia al acreedor para que éste, en su propio nombre, ejercite una acción judicial o inicie un arbitraje para la reclamación de la cantidad que se le adeuda. Por un lado, la cesión de créditos *ex voluntate* e *inter vivos*, que se regula en los arts. 1526 y siguientes del Código Civil (CC), se deriva de un acuerdo de voluntades entre el antiguo y el nuevo acreedor por cuya virtud se transmite la titularidad del derecho de crédito. El cesionario se «subroga o subentra» en la posición jurídica del cedente (PANTALEÓN PRIETO, 1988: 1034). A nuestro juicio, en el TPF no debe producirse una transmisión de la titularidad del crédito, sino que, a cambio de una determinada contraprestación, el tercero financia los gastos del pleito, sin subrogarse en la posición jurídica del acreedor²³.

²² FEBLES POZO (2019: 241) señala que «en la actualidad, no existe acuerdo a nivel internacional en cuanto a la precisa naturaleza del instituto de la financiación por terceros y, en consecuencia, carecemos de un concepto único del mismo, lo que ha permitido una multitud de definiciones o criterios por quienes se han acercado al estudio del tema, favoreciendo, en gran medida, el inexplorado conocimiento de sus implicaciones éticas y jurídicas en el arbitraje internacional, teniendo en cuenta las distintas variantes o maneras en que se puede manifestar la financiación por terceros».

²³ Tal y como sostiene FERNÁNDEZ MASIÁ (2016: 206), si se produjera una transmisión del crédito litigioso, el financiador se convertiría en parte del litigio o del arbitraje, algo que no suele suceder en la práctica, en la que el tercero no se considera parte procesal (DARWAZEH y LELEU, 2016: 131).

No obstante, si las partes deciden articular la operación como una compraventa del crédito, debería tenerse presente, además, el derecho de retracto del deudor del art. 1535 CC, pero la cesión derivada de la compraventa sería perfectamente posible²⁴. El art. 540 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (LEC) prevé esta posibilidad a los efectos de la ejecución de la sentencia al regular la sucesión del ejecutante y establecer que el sucesor deberá demostrar tal condición ante la autoridad judicial de manera fehaciente. La sucesión de la condición de acreedor ejecutante podría producirse en cualquier momento, también antes de la ejecución, por acto inter vivos o mortis causa debiendo realizar el juez competente un juicio de suficiencia en relación con los documentos presentados para acreditar la sucesión (MEDRANO SÁNCHEZ, 2015: 2522). A nuestros efectos, el acreedor podría ceder en cualquier momento todo o parte del crédito al adquirente del crédito, que no financiador, de tal manera que éste pueda directamente proceder con la ejecución.

Otra de las opciones es la de articular la operación a través de una cesión de créditos futuros. Podría discutirse la adecuación de esta figura para un TPF en tanto que podría argumentarse que el crédito ya existe, no es futuro, sino que únicamente se pretende su cobro mediante el accionamiento de un proceso judicial o arbitral. Suponiendo, no obstante, la posible utilización de esta figura, el titular del crédito que ejercita la acción cedería al financiador el crédito futuro, consistente en reclamar, por la vía de la ejecución, parte de la cuantía de reparación obtenida por virtud de sentencia judicial o laudo arbitral; todo ello a cambio de la propia financiación de los gastos que conlleva el ejercicio de la acción.

ORTÍ VALLEJO (2010: 7) señala que la cesión de créditos futuros ha recibido poca atención por parte de la doctrina española, más allá de los aspectos relativos al *factoring*, y que encuentra su base en el art. 1271 CC que regula que pueden ser objeto del contrato las cosas y los derechos futuros. Este autor indica que la figura guarda un paralelismo con la venta de cosa futura *emptio rei sperate*. En esta modalidad de compraventa, en el ínterin de que llegue o no a existir la cosa (en materia de TPF, podría ser la resolución

²⁴ SUESCÚN DE ROA (2020: 526-527) indica que «[...] el demandado cedido, para dar por terminado el proceso, puede pagar al cesionario la misma cantidad que este ha dado al cedente. En otras palabras, el cedido puede, sin requerir el consentimiento del cesionario y por autorización de la ley, despojarlo del derecho litigioso adquiriéndolo para sí». Añade que «de esta manera no tendrá que aguardar al laudo o la sentencia, sino que el arbitraje o el litigio se resuelve por sustracción de materia, perdiendo su razón de ser, al confundirse en el cedido las cualidades de titular del derecho pretendido y demandado, operando la confusión como modo de extinción de las obligaciones». El autor señala que «con el derecho de retracto se pretende disuadir de su aventura a los especuladores con derechos en litigio impidiendo así su lucro, que el ordenamiento mira con escepticismo, de manera que establece una limitante efectiva a operaciones que permitan importantes utilidades con fundamento en una controversia judicial».

judicial o arbitral favorable), el vendedor asume la obligación negativa de no impedir el nacimiento de la cosa y la positiva de hacer todo lo posible para que la cosa efectivamente nazca (ORTÍ VALLEJO, 2010: 7-8).

A nuestros efectos, el titular del crédito no debería impedir que se obtenga una resolución favorable y no sólo eso, sino que debería hacer todo lo posible para que esa sentencia favorable se produzca. En este escenario, cobra relevancia el papel y calidad de los abogados del titular del crédito y surge la cuestión relativa a procedencia de celebrar un acuerdo transaccional que ponga fin al pleito cuando este acuerdo no se ajuste a las exigencias del financiador por atentar en mayor o menor medida contra su inversión, aspectos que analizaremos en el epígrafe 4.1 de este trabajo²⁵.

No obstante, la financiación de un pleito, por lo general y en sentido estricto, no supone una cesión del crédito sino, como hemos visto, la inversión de un tercero en el ejercicio de una acción judicial o arbitral sin que se produzca una modificación de las posiciones de acreedor o deudor en la relación jurídica de la que se deriva el litigio principal²⁶. Podría, presumiblemente, articularse un contrato TPF como un préstamo o como una cuenta en participación.

El Código Civil define el préstamo como un contrato por cuya virtud «[...] una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo». Añade que «(e)l simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés» (art. 1740). En el TPF el financiador no entrega al financiado una cantidad de dinero para que se la devuelva, sino para sufragar los gastos que supone el ejercicio de la acción de reclamación y que, si la gana,

²⁵ KAPLAN (2013: 75) explica que «incluso cuando los terceros financiadores niegan haber participado activamente en la selección del abogado, reconocen que la elección de un abogado adecuado desempeña un papel importante en su decisión de financiar. Otros reconocen fácilmente haber desempeñado un papel en la elección del abogado. El hecho de que exista esta influencia, decisiva o no, necesariamente pondrá en tensión la obligación del abogado de seguir las instrucciones del cliente si entran en conflicto con los deseos del financiador». Sobre esta cuestión, *vid.* nota al pie 42.

²⁶ El Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid parece ser consciente de que se podrían utilizar distintas estructuras jurídicas que busquen, en definitiva y de algún modo, financiar un litigio. Así, en su art. 9bis, dispone: «una vez designados los árbitros, cualquier intervención en el procedimiento arbitral de un tercero a propuesta de una parte -sea por cambio en la representación, por financiación por tercero, por cesión de crédito, u otras figuras de intervención-, quedará supeditada al control de ausencia de conflicto por parte de la Corte».

le devuelva una parte de la cuantía ganada, que será, por lo general, mucho mayor que la financiación ofrecida (SAHANI, 2012: 392)²⁷.

El TPF podría, quizás, acomodarse mejor en un contrato de préstamo *parciario* o en una cuenta en participación, figuras muy parecidas entre sí cuya diferenciación resulta complicada (BASOZÁBAL ARRUE, 2005: 7). Por un lado, el contrato de préstamo *parciario* encuentra su base legal en el art. 1579 CC (GARCÍA VILLAVERDE, 1992: 14) y, por su virtud, el prestatario y el prestamista acuerdan que la contraprestación a recibir por el segundo consista en una parte de la ganancia que el primero obtenga mediante la operación financiada (BASOZÁBAL ARRUE, 2005: 3). En cuanto a las cuentas de participación, el art. 239 del Código de Comercio dispone que «podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen». GARCÍA VILLAVERDE (1992: 14) explica que la principal diferencia entre un contrato *parciario* y una cuenta en participación es que, si bien tanto partícipe como prestamista participan de los beneficios que puedan obtenerse, sólo en la cuenta en participación el financiador participa también de las pérdidas. De este modo, el préstamo *parciario* se aleja del Derecho de Sociedades, en el que se incardina el contrato de cuentas en participación, aunque tal y como manifiesta el autor se trata de figuras muy similares²⁸.

Es interesante citar aquí la SAP Barcelona (Secc. 17ª) 6 julio 2018 (ROJ: SAP B 7008/2018), ya que el juzgador se ve compelido a diferenciar un contrato de préstamo de un contrato de sociedad en la modalidad de cuenta en participación. En este caso, la Sra. Raquel, el Sr. Cándido y el Sr. Conrado pusieron, cada uno, 10.000 euros para emprender un negocio de venta de pescado. Si bien la Sra. Raquel ayudó inicialmente a poner en marcha el negocio, era el Sr. Conrado el que lo iba a gestionar en el día a día: arrendó el local a su nombre, también registró a su nombre a los efectos del alta fiscal de actividad y contrató a una empleada. El negocio no fue lo bien que esperaban y la Sra. Raquel y el Sr. Cándido ejercitaron acción judicial de reclamación contra el Sr.

²⁷ En este sentido, ALONSO CÁNOVAS (2016: 12) indica que «la inexistencia de una obligación de restitución del capital prestado, por parte del litigante financiado, en caso de una resolución desfavorable, es el principal rasgo diferenciador de la figura del TPF con respecto a otras instituciones jurídicas relativamente próximas a esta figura, como el contrato de préstamo gratuito o mutuo».

²⁸ El Anexo del *Draft Report* propone específicamente que sean consideradas nulas (*invalid*) las cláusulas de un contrato TPF que permitan a un financiador no asumir las pérdidas en caso de que haya condena en costas como resultado de un pleito no satisfactorio para el financiado (art. 13.5). El *Draft Report* precisa, no obstante, que el financiado o sus beneficiarios tendrán que ser indemnizados por todas las pérdidas que hayan podido sufrir y que se deriven directamente de haber celebrado un contrato TPF que, finalmente, se declare nulo (*invalid*) (art. 13.6).

Conrado, arguyendo que este último debía devolverles las cantidades que los primeros le habían prestado. El Sr. Conrado argumentó que no se trataba de un préstamo, sino de una cuenta en participación ya que todos eran propietarios y precursores del negocio, asumiendo riesgos y beneficios. El juzgador asumió los postulados del Sr. Conrado y dio por probada la voluntad común de los implicados de poner en marcha un negocio, acomodándose su relación jurídica en un contrato de sociedad en su modalidad de cuentas en participación y no en el contrato de préstamo.

Concluimos que el acuerdo TPF es, en España, un contrato atípico que cuenta, ciertamente, con elementos característicos propios de las cuentas en participación: si bien el financiado es el titular del crédito y el que ejercita la acción, contratando a los abogados y realizando las gestiones oportunas, el financiador tiene un interés directo en que el proceso se resuelva de manera exitosa para el financiado, participando, en su caso, de los beneficios pero también asumiendo las pérdidas cuando el financiado no gane el pleito²⁹.

3.2. Las diferencias entre la cesión del crédito y el TPF y su eficacia extraterritorial en Nueva York: el asunto Petersen v. República de Argentina

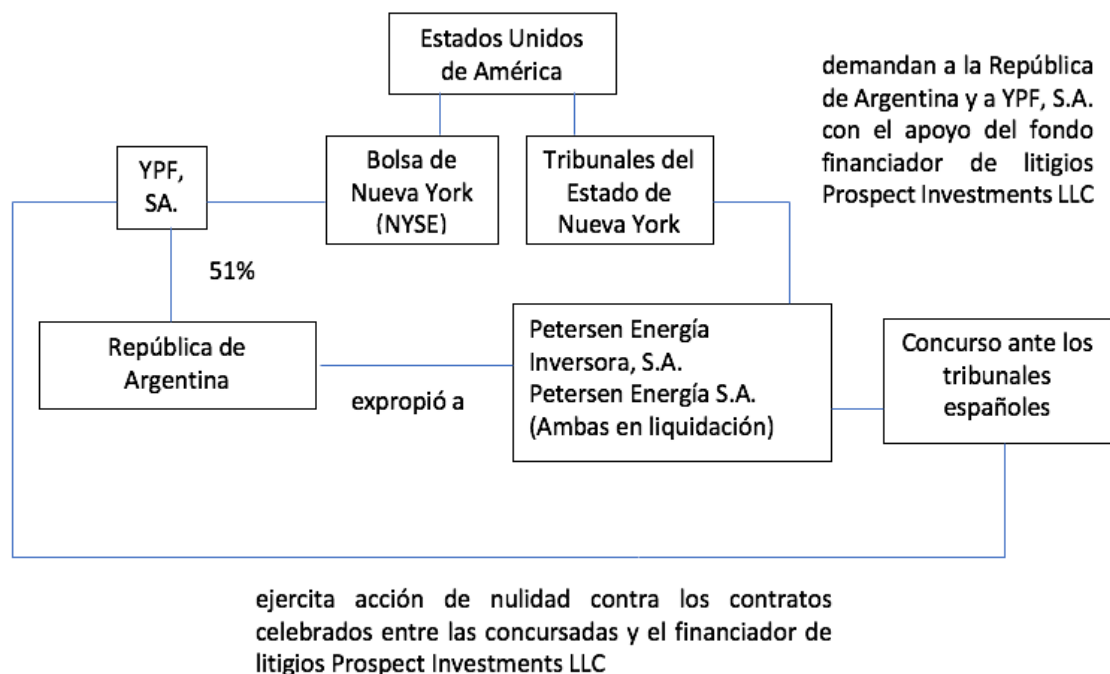
Las diferencias entre una cesión del crédito y una pura financiación de la acción judicial o arbitral son relevantes, en particular, si se ejercita la acción de reclamación en una jurisdicción distinta de la española, y en cuyas normas procesales no se permita el ejercicio de acciones judiciales derivadas de la compra de un crédito³⁰. Un asunto paradigmático que afecta a la jurisdicción española es el que enfrenta a las sociedades Petersen Energía, S.A. y Petersen Energía Inversora, S.A. (ambas en liquidación) («Petersen») con la República de Argentina, ante los Tribunales de Nueva York.

Tal y como se observa en el esquema que incluimos a continuación, de elaboración propia con base en los hechos narrados en el AAP Madrid (Secc. 8ª) 20 mayo 2020 (JUR 2020\238330), todo comenzó cuando la República de Argentina expropió YPF, S.A. a

²⁹ En este sentido, SÁNCHEZ-PEDREÑO KENNAIRD (2019: 203) indica que «tienen en realidad un componente fundamental de inversión con asunción de riesgo (muchas de estas operaciones se estructuran legalmente en España como cuentas en participación, contrato que consiste precisamente en la aportación de un capital, que puede perderse, a cambio de una participación en los beneficios, si los hubiere».

³⁰ Financiador y financiado tendrán que observar con mucha atención en qué jurisdicción van a ejercitar su acción. Si bien en Nueva York se prohíbe la venta del crédito, pueden existir otras jurisdicciones en las que se prohíba la mera financiación, pero no la venta. Habrá que estar, en consecuencia, al caso concreto y analizar a priori las posibles restricciones que se regulen en la jurisdicción en la que se va a ejercitar la acción.

sus antiguos propietarios, entre los que se encontraba Petersen, con domicilio en España.



Como consecuencia de la expropiación, Petersen se vio obligada a presentar concurso de acreedores voluntario ante los tribunales españoles. En el Plan de Liquidación convalidado judicialmente, se recogió la posibilidad de que las concursadas pudieran, bien vender sus derechos de crédito contra la República de Argentina (derivados de la expropiación), bien ejercitar ellas mismas su acción con apoyo financiero de un tercero.

Parece que, ante la falta de comprador de los créditos contra la República de Argentina e YPF S.A., se optó por la segunda opción, tal y como informa el Administrador concursal al Juez del concurso y como se recoge en la arriba citada resolución de la AP Madrid. En este sentido, Petersen ejercitó sus acciones ante los tribunales de Nueva York, con el apoyo financiero de *Prospect Investments LLC*³¹.

La juez de distrito, *Loretta A. Preska*, por virtud de la *Opinion & Order 15-CV-2739*, en la que debía decidir sobre varias mociones para desestimar (*motions to dismiss*)

³¹ *Prospect Investments LLC* es una sociedad instrumental estadounidense, 100% participada por el fondo internacional financiador de litigios *Burford Capital Ltd* (Sec Report, 2021). *Burford Capital* cuenta con oficinas en Londres, Nueva York, Chicago, Singapur y Sídney, cotiza en la Bolsa de Londres y dispone de una cartera 4000 millones de libras dedicadas a la financiación de litigios por todo el mundo (BURFORD, 2021).

ejercitadas por la República de Argentina, se declaró competente conforme a las normas de competencia judicial internacional del Estado de Nueva York, denegando la excepción de inmunidad de jurisdicción invocada por la República de Argentina, con base en el *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)* de 1976³².

En esa misma resolución, la juez estadounidense se refirió a otra moción presentada por la República de Argentina, relativa a la naturaleza jurídica de los contratos celebrados entre Petersen y *Prospect Investments LLC*. De acuerdo con los argumentos de la República de Argentina, Petersen había vendido sus derechos de crédito contra la República de Argentina a *Prospect Investments LLC*, siendo esta última la verdadera acreedora en el litigio seguido ante los tribunales de Nueva York. Esta circunstancia vulneraría la doctrina del *champerty* vigente en el Estado de Nueva York (*New York Champerty Statute*), de acuerdo con la demandada.

La juez de distrito desestimó esta última moción presentada por la República de Argentina por dos razones: no se ha producido una venta, sino que se da por probado que se celebró un contrato de TPF tal y como consta en el Plan de Liquidación y fue notificado al Juez del concurso por parte del Administrador Concursal; y en todo caso, la doctrina del *champerty* no aplica cuando el que vende el crédito es una entidad en concurso de acreedores³³.

³² La juez de distrito entendió que el asunto juzgado recaía en la excepción de la «actividad comercial» del *FSIA*, por cuya virtud «un estado soberano no ostenta inmunidad jurisdicción que le prevenga de ser demandado si la demanda (1) se basa en una actividad comercial realizada en Estados Unidos por parte del Estado extranjero; o (2) sobre un acto llevado a cabo a cabo en Estados Unidos en conexión con alguna actividad comercial desarrollada por parte del Estado Extranjero en otro lugar; o (3) sobre un acto realizado fuera del territorio de Estados Unidos en conexión con una actividad comercial de un Estado extranjero en algún otro lugar y cuando ese acto produce un efecto directo en Estados Unidos (la traducción es mía)». La juez de distrito apreció que el asunto juzgado recaía, particularmente, en el apartado (3) de la excepción y precisó que se produjo un efecto directo del acto realizado por la República de Argentina en Estados Unidos ya que en este segundo país es donde se cumplieron determinadas obligaciones derivadas de los estatutos de la sociedad y que se requerían para la oferta de compra, incluyendo la publicación de la citada oferta en Nueva York, trámites ante la Comisión de Bolsas y Valores de Estados Unidos (conocida, en inglés, como *SEC*) por cuya virtud se detalla la operación, el envío de los documentos relativos a la oferta a la Bolsa de Nueva York (*NYSE*) y, en su caso, la compra de las acciones en Estados Unidos. BORN (1996: 733) explica que muchos Estados soberanos no conceden la inmunidad a actos realizados por otros Estados en materia comercial ya que se entiende que es injusto que el segundo Estado comercie con particulares e invoque su inmunidad ante las autoridades del Estado soberano cuando surja cualquier disputa.

³³ La juez de distrito concluye que «además, incluso si los hechos demostraran que existió una cesión del crédito, esta cesión recaería en la excepción concursal del *New York Champerty Statute*, ver *N.Y. Judiciary Law 489 (1)*, como un contrato celebrado entre Prospect y Petersen en situación de concurso de acreedores (la traducción es mía)».

En cuanto a la primera de las razones, la juez de distrito expone que «los demandantes alegan que, de acuerdo con el plan de liquidación aprobado por el juez del concurso, el administrador concursal celebró un contrato en interés de Petersen con Prospect para “proveer de financiación a las demandas de Petersen”. El contrato, que ha sido incorporado a la demanda, dispone que “las partes acuerdan que el contrato no puede interpretarse en el sentido de que se produce una cesión de créditos” y que Petersen mantiene su interés en el resultado del pleito (la traducción es mía)».

Paralelamente, YPF intentó ante el Juzgado de Primera Instancia nº 47 de Madrid ejercitar una acción de nulidad de los acuerdos TPF aprobados en el Plan de Liquidación, por considerar la ejecutante que se trataba de contratos disimulados que escondían, en realidad, una cesión de créditos. En consecuencia, debería haberse reconocido a YPF el derecho de retracto que se contempla en el art. 1535 CC.

Únicamente se ha publicado, en el marco de esta disputa de anulación contractual, el ya citado AAP Madrid (Secc. 8) de 20 de mayo de 2020 (91/2020), que viene a resolver el recurso de apelación interpuesto por YPF contra el auto del Juzgado de Primera Instancia que estimaba una declinatoria ejercitada por Petersen. El órgano de instancia razonó que la acción de anulación tenía una trascendencia patrimonial y, por tanto, debía resolverse por parte del juez del concurso ex art. 86 ter.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y art. 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal³⁴. La estrategia de YPF, en este pleito, era que el tribunal anulara el contrato TPF y declarara que lo que se realizó era una cesión de créditos vulnerando el derecho de retracto de YPF. De esta manera, tenía posibilidades de desactivar la reclamación seguida ante los tribunales de Nueva York.

³⁴ La AP Madrid, en línea con el juzgador de instancia manifestó: [...] esta Sala aprecia, al igual que lo hiciera el Ministerio Fiscal y lo estima la Administración Concursal que actúa en este procedimiento en la forma que se determina legalmente, que la acción entablada sí tiene trascendencia patrimonial, y que en términos flexibles, se dirige contra el patrimonio del concursado dado que la estimación de la demanda interpuesta por YPF determinaría la pérdida por las concursadas de la titularidad de los Derechos indemnizatorios que ya están ejercitando ante un Tribunal Federal de Nueva York y que constituyen su único activo, saliendo del inventario de las concursadas, y viéndose sustituido por un crédito sin garantías frente a Prospect, sociedad con capital social reducido y nuevo titular de los derechos indemnizatorios, por el precio de la cesión que incluiría la obligación de esta de abonar a las concursadas el 30% de los resultados económicos del pleito. Y en definitiva, como alegan los apelados, la acción de YPF perjudicaría el interés de los acreedores, obstaculizando la ejecución del Plan de Liquidación o poniendo en riesgo las expectativas de monetización del único activo de las concursadas, de manera que no solo tiene trascendencia patrimonial sino que, además, está dirigida contra el patrimonio de los concursados pues afecta y se dirige contra su único activo, y solo puede ser resuelta por el juez del concurso».

De todo lo anterior se observa la relevancia que la doctrina del *champerty*, en la modalidad de prohibición del ejercicio de una acción previamente cedida por el anterior titular del crédito, puede tener a la hora de ejercitar una acción con apoyo financiero en una jurisdicción distinta de la española y la importancia de la diferencia entre la cesión de un crédito y la financiación de un pleito. Para que triunfe una acción financiada en una jurisdicción en donde esté vigente la citada doctrina, deberán asegurarse el titular del crédito y el tercero financiador que no se produce una cesión del crédito que suponga una subrogación del segundo en la posición de acreedor del primero, sino que deberán celebrar un contrato TPF en sentido estricto³⁵.

4. LA GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES

4.1. *El contenido del contrato TPF*

Además del contenido habitual que cualquier contrato TPF debe tener en línea con los estándares internacionales más comunes que se utilizan en la financiación de pleitos, existen algunos aspectos que merecen especial atención en cuanto a los posibles conflictos de intereses que pudieran surgir entre el financiador y el financiado y que, para su evitación, convendría abordar en el acuerdo TPF³⁶. En concreto, cabe mencionar la posible voluntad del financiador de intervenir en la estrategia procesal del pleito en el que es parte el financiado; la cuestión relativa a la celebración de acuerdos transaccionales que pongan fin al pleito cuando las voluntades del financiador y la del financiado son distintas sobre este particular; o determinar cuándo el financiador puede dar por finalizado el contrato TPF aunque todavía no se haya emitido sentencia

³⁵ En materia de arbitraje, la tendencia ha sido la de considerar que la vulneración de la doctrina del *champerty* vigente en la sede del arbitraje no constituye un elemento que permita la denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero a la luz del art. 5.d del Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. El citado precepto regula que «sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje». El apartado (d) del mismo artículo permite el no reconocimiento y ejecución si el laudo arbitral contraviene el orden público del país donde tal reconocimiento se pretende. CONSTENLA (2015: 20) indica que no debe impedirse el reconocimiento ya que el juez nacional sólo podría intervenir si se han afectado aspectos procesales y no debería conocer del fondo del asunto.

³⁶ En el Anexo del *Draft Report* se propone regular el contenido de los contratos TPF. Entre otros aspectos, se establece que deberán constar por escrito y en una o más lenguas oficiales del Estado Miembro en el que el demandante o sus beneficiarios tiene su residencia y su clausulado debe ser claro y comprensible (art. 11).

judicial o laudo arbitral, incluyendo a tal efecto una «cláusula de salida» del financiador. Además, cabe hacer mención a la cuantía que el financiador puede obtener si el pleito resulta exitoso para el financiado y sus posibles límites establecidos legalmente.

El tercer financiador puede tener la voluntad de controlar la estrategia jurídica del pleito en aras de asegurar que es la más adecuada para la obtención de una sentencia favorable a sus intereses. El art. 9 del *Code of Conduct for Litigation Funders* publicado en 2018 por *The Association of Litigation Funders of England & Wales* dispone que el financiador no puede intervenir en la dirección letrada del pleito ni darle indicaciones sobre cómo debe proceder en su labor profesional³⁷. En España, la falta de regulación en materia TPF provoca que no encontremos respuesta a esta cuestión, pero cabe interpretar que en tanto que entre el financiador y el abogado no existe relación contractual alguna, el letrado del financiado no tiene por qué responder a las indicaciones del financiador. Otra cosa es que el financiado responda civilmente por virtud del contrato TPF ante el financiador si el primero no cumple con alguna estrategia procesal pactada con el segundo en dicho acuerdo TPF (DARWAZEH y LELEU, 2016: 231).

Si bien los intereses del financiador y del financiado suelen estar alineados, podría pensarse que esto no tiene por qué ser siempre así. Un claro conflicto de intereses podría surgir cuando para el financiador no interese la celebración de un acuerdo transaccional que ponga fin al pleito y para el financiado sí, o viceversa. Sería conveniente que en el contrato se regule cómo proceder en materia de celebración de acuerdos transaccionales y, como veremos, establecer mecanismos de resolución de disputas para cuando surja un conflicto entre el financiador y el financiado al respecto.

El art. 11 de la Directiva 2020/1828 abre la puerta a la celebración de acuerdos transaccionales en materia de acciones colectivas en defensa de los consumidores en los distintos Estados Miembros, pero el juez o autoridad administrativa que conozca de la acción colectiva será el encargado de su homologación. A este respecto, la homologación podría denegarse si el acuerdo transaccional es contrario al Derecho imperativo nacional o si incluye condiciones que no pueden cumplirse. El juez o autoridad competente deberá tener en cuenta los intereses de todas las partes y,

³⁷ Sobre la influencia de del *Code of Conduct for Litigation Funders* en la litigación en el Reino Unido, *vid.* ampliamente, ROWLES-DAVIES, N. y COUSINS, J. (2014), *Third Party Litigation Funding*, Oxford University Press, Oxford (Reino Unido).

particularmente, los de los consumidores, pudiendo rechazar la homologación si el acuerdo no es equitativo (art. 11.3).

El Anexo del *Draft Report* entra en cierta contradicción al tratar esta materia: por un lado, exige que se haga constar por escrito en el contrato cualquier limitación a la autonomía del financiado para dar instrucciones a sus abogados o controlar el curso del proceso (art. 11.b.i); pero, por otro lado, considera nula (*invalid*) cualquier cláusula contractual que permita al financiador ejercer influencia sobre el curso del proceso (art. 13.2.a). Se propone además regular la prohibición de que el financiador intervenga en la decisión de alcanzar un acuerdo transaccional que ponga fin al pleito (art. 13.2.a).

En nuestra opinión, el enfoque que se incluye en el *Draft Report* debería rechazarse en beneficio de una aproximación regulatoria, *de lege ferenda* para el ámbito jurisdiccional y arbitral, similar a la recogida por las *Guidance Note 10.1.1 (41) de la Law Society of Singapore*: se otorga libertad al financiador y al financiado para regular en el contrato TPF el nivel de intervención del financiador en el pleito y, en particular, se recomienda acordar la intervención que el financiador tendrá en lo relativo a asistir al financiado en la elección de abogados, elección de árbitros y/o mediadores (sólo aplicable a mecanismos *ADR*), asistencia en táctica o estrategia procesal, posibilidad del financiador de dar indicaciones a los abogados del financiado o incluso la gestión de las propias costas procesales o la posibilidad de celebrar acuerdos transaccionales que pongan fin al pleito³⁸.

Esta libertad tan amplia que proponemos en la regulación de la relación financiador-financiado, sólo debería limitarse legalmente en materia de acciones colectivas en defensa de los consumidores, donde el juez ejerce una función tuitiva de los mismos, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2020/1828, sobre todo en lo que tiene que ver con la celebración de acuerdos transaccionales; y en situaciones en las que el financiado se encuentre en concurso de acreedores y el juez del concurso deba aprobar el contrato TPF por tener, en muchos casos, especial trascendencia patrimonial para el concursado y con el fin de evitar un abuso al concursado por parte del financiador que pueda comprometer la posible viabilidad o supervivencia del primero,

³⁸ La *Guidance Note 10.1.1 (41) de la Law Society of Singapore* dispone: «you should advise your client that the funding agreement should specify the nature and scope of the funder's role. The funder's involvement could potentially include, inter alia: (a) assisting with choice of solicitor(s); (b) assisting with choice of arbitrator(s) and/or mediator(s); (c) assisting with strategic or tactical decisions; (d) considering advice from and providing instructions to the claimant's solicitor(s); (e) managing litigation expenses; and (f) providing input on decisions about whether to settle the claim and on what terms».

así como para proteger a sus acreedores³⁹. Tanto en materia de acciones de representación, como en el ámbito del concurso de acreedores, debería potenciarse el TPF como mecanismo de acceso a la justicia. Un control judicial del contenido del acuerdo no debería suponer, en todos o gran parte de los casos, una frustración de la financiación.

Otro de los aspectos que deben tenerse en cuenta a la hora de elaborar un contrato TPF, será el de la posibilidad de que el financiador decida dejar de financiar el litigio en un momento determinado, antes de la emisión de la sentencia judicial o arbitral. Es práctica habitual que se incluya una «cláusula de salida» del financiador cuando, por ejemplo, el pleito tenga un 60% de probabilidad de resultar infructuoso para el financiado, esto es, una terminación del contrato cuando el financiado ya no esté interesado en la inversión⁴⁰. Por un lado, es difícil determinar en términos probabilísticos el éxito de un pleito y, por otro lado, la salida del financiador podría generar una disputa entre éste y el financiado, por lo que sería conveniente regular en el contrato TPF que un tercero será el encargado de decidir sobre la posible salida del financiador atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

Si el contrato de financiación está sujeto a Derecho español, acudir a un tercero para que decida sobre la salida del financiador sería la mejor solución en aras de evitar un incumplimiento del art. 1256 CC, que establece que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»⁴¹. En general, es

³⁹ En contra de esta posición se manifiesta WOLFF ALEMPARTE (2020: 17-18) en tanto podrían existir diferencias de criterio entre financiado y financiador lo que podría derivar en un conflicto ético para el abogado. A nuestro juicio, una buena regulación de la relación financiador-financiado en el contrato TPF podría mitigar la posibilidad de que apareciera cualquier conflicto, pero si una controversia surgiera, podría acudir al mecanismo de resolución de disputas expresamente referido en el propio TPF.

⁴⁰ Es la solución a la que llegó el juez David Donaldson Q.C. en el asunto [2013] EWHC 1193 (Ch), permitiendo a un fondo dejar de financiar un pleito cuando, razonablemente, entendió que no tenía visos de prosperar. El juez argumentó: «[...] la razonabilidad de una estimación de que las perspectivas no superan el 60% es una cuestión puramente sustantiva, que debe responderse mediante una evaluación objetiva de las pruebas disponibles en el contexto de las normas y principios jurídicos pertinentes aplicables a la reclamación. Si la cifra estimada está, según esta prueba, dentro del ámbito de lo razonable, no importa por qué vía o proceso se ha llegado a ella [...] (la traducción es mía)» Vid. Sentencia de la *High Court of Justice Chancery Division* de 20 de mayo de 2013. *Harcus Sinclair (a firm) and (1) Buttonwood Legal Capital Limited (a firm) (2) Rylatt Chubb (a firm) (3) Alternative Real Estate Fund Limited (4) Roskill Advisors (Cayman) Limited*. [2013] EWHC 1193 (Ch). Recuperado de: <http://www.baillii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2013/1193.html> (último acceso 30/06/2021).

⁴¹ VERDERA SERVER (2013: 9023) explica que «si la decisión que se adopta por un contratante es puramente discrecional o arbitraria en el sentido de “no justificada” en otra razón que no sea la propia voluntad del contratante (que puede ser caprichosa, irracional o del todo razonable) pero que en caso alguno puede someterse a control, porque o bien no quepa inquirir cuál sea ésta o bien tampoco quepa formular juicio alguno de razonabilidad, no estamos en presencia de una promesa reconocible como contrato. Tal vez

conveniente que se establezca en el contrato TPF un mecanismo de resolución de disputas que se encargue de dirimir controversias entre financiador y financiado, en línea con lo que se dispone en la *Guidance Note 10.1.1 (42) de la Law Society of Singapore*, que ya hemos citado anteriormente como modelo regulatorio⁴².

Finalmente, el *Draft Report* propone que se exija que se contenga en el contrato TPF la cantidad que el financiador va a obtener en caso de que triunfe el pleito para el financiado (art. 11.a). En concreto, se establece que no será válida, salvo «circunstancias excepcionales» una cláusula que otorgue al financiador un 40% o más de la cantidad obtenida en el pleito (art. 13.4). El Anexo del *Draft Report* también propone que se regule que, en caso de que el pleito financiado resulte exitoso, sea considerada nula (*invalid*) cualquier cláusula que permita que el financiador obtenga su porcentaje de la cuantía obtenida antes que el financiado o sus beneficiarios (art. 13.3)⁴³.

En nuestra opinión, de nuevo, esta limitación cuantitativa sólo tendría sentido en materia de acciones colectivas en defensa de los consumidores, donde interesa que se respeten los derechos de los consumidores y se busca su resarcimiento real, por encima de cualquier otro beneficio empresarial de un financiador, principios que inspiran la Directiva 2020/1828; y en caso de que el financiado esté en concurso de acreedores, en el que un beneficio demasiado alto para el financiador podría suponer un grave perjuicio para el concursado que ha recibido la financiación para litigar. Tanto

sea el artículo 1102 CC el que lo exprese con más nitidez: difícilmente podemos reconocer un contrato cuando se descarga a un contratante de responsabilidad alguna cuando decide no cumplir, de manera que tiene que existir alguna diferencia entre prometer y no hacerlo». En materia de TPF, si el financiador decide cuándo terminar el contrato por no interesarle el pleito financiado, o cuándo se da el porcentaje, establecido contractualmente, de éxito o fracaso de dicho proceso estaríamos ante una decisión puramente discrecional o arbitraria en el sentido de no justificada y se estaría incurriendo en la prohibición prevista en el art. 1256 CC.

⁴² En España, la hoja de encargo —contrato con el abogado— normalmente estará suscrita por el financiado y no por el financiador. Podría contemplarse, no obstante, la posibilidad de que en la propia hoja de encargo se hiciera constar la existencia de un contrato TPF, pero aclarando que el cliente es únicamente el financiado. Si existiera una diferencia de criterio entre financiado y financiador, el abogado sólo debería atender a las peticiones del financiado, sin perjuicio de, como ya se ha indicado, la posible responsabilidad civil en que pudiera incurrir en financiado con respecto al financiador. Con ello se daría cumplimiento al art. 4 del Código Deontológico de la Abogacía Española (2019).

⁴³ El Juzgado de lo Mercantil (7) de Barcelona emitió una resolución (no publicada, búsqueda realizada en Aranzadi Instituciones y en CENDOJ-Centro de Documentación Judicial), de la que da cuenta el Informe TPF del Parlamento Europeo, en la que se establece que Unipost, sociedad concursada, podía beneficiarse de un acuerdo TPF celebrado con el fondo Ramco Litigation Funding (<https://www.ramcolf.com/es/> último acceso 14/03/2022) ya que era la única manera de que la concursada tuviera un adecuado acceso a la justicia. El juzgado estableció como condiciones que Unipost no asumiría ningún coste en caso de perder la demanda y que el financiador no se embolsaría más del 30% de la cantidad que, eventualmente, se pudiera obtener si el pleito resultara exitoso (SAULTINER, J.; KORONTHALYOVA, I.; MÜLLER, K.; PONCIBÓ, C. Y D'ALESSANDRO, E., 2021: 109).

en materia concursal, como en materia de acciones colectivas en defensa de los consumidores, no debería fijarse un porcentaje legal máximo de beneficio, sino que las partes deberían acordar un beneficio para el financiador y el juez sólo tendría que comprobar su razonabilidad, atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Fuera de estos supuestos, cuando existe igualdad de armas e igualdad formal en cuanto a la capacidad negociadora de las partes en un contrato TPF, no debería regularse limitación alguna, sino que debería regir el principio de libertad contractual.

4.2. *El deber de revelación en materia arbitral*

La última tendencia regulatoria en materia de arbitraje internacional es la de obligar al financiado a desvelar que ha celebrado un contrato TPF. La razón principal de esta opción legislativa es la de impedir la financiación o el ejercicio de la acción si el financiador entra en algún tipo de conflicto de interés, en particular, con alguno de los miembros del tribunal arbitral o con el árbitro único⁴⁴. Pensemos en un árbitro que es nombrado recurrentemente a petición de partes financiadas por el mismo fondo especializado, o que el árbitro asesora como abogado en otros procesos al financiador⁴⁵. Es importante, en consecuencia, poner de manifiesto en el seno del

⁴⁴ VON GOELER (2016: 160) entiende que, sin embargo, en materia de arbitraje internacional, la mera existencia de un contrato TPF no puede ser suficiente, por sí misma, para obligar a la parte a desvelar la existencia de ese contrato a la contraparte o al tribunal arbitral. El autor manifiesta que sólo si a la parte se le requiere una *security for costs*, garantía o caución, debería estar obligada a desvelar información sobre su situación financiera o sobre la intervención de un tercer financiador, entre otros aspectos.

⁴⁵ BLANCO GARCÍA (2020: 325) explica que «una práctica arbitral habitual en la actualidad, el conocido como *double hatting*, donde determinados árbitros que son, al mismo tiempo, abogados de grandes firmas y que llegan a actuar como tales en otros procedimientos arbitrales, puede tornarse aún más conflictiva cuando incluimos la presencia del TPF en la ecuación, pues recordemos que expertos en la materia conforman los equipos que realizan la *due diligence*». AFFAKI (2013: 12) explica que «cada reclamación es examinada cuidadosamente por especialistas en litigios, financieros y consultores de gestión empresarial y se le asigna un coeficiente en cuanto a su probabilidad de obtener una resolución favorable en cada fase del procedimiento. El coeficiente determinará la cantidad que un fondo está dispuesto a invertir en la demanda y las condiciones de esa inversión en cuanto a precio y duración. Las probabilidades de éxito deben ser de al menos el 60%. No hay un porcentaje estándar de financiación de litigios en el mercado en su conjunto, y los financiadores indican que cada acuerdo tiene términos diferentes. Esto contrasta con el mercado de préstamos de activos bancarios, que está más estandarizado, probablemente porque es más maduro. Al igual que la financiación de activos, el TPF suele implicar la constitución de garantías y una o más formas de cobertura [...]. También se pueden suscribir contratos de seguro. Después, los riesgos pueden repartirse entre varios inversores vendiendo participaciones en la financiación a los inversores de forma muy similar a la sindicación de préstamos por parte de los bancos. Los fondos más grandes con carteras importantes también podrían considerar potencialmente la emisión de bonos y titulizaciones». SEIDEL (2013: 25) indica, sin embargo, que los fondos buscan financiar pleitos que tengan, al menos, un 75% de probabilidades de éxito.

arbitraje la existencia de un TPF para dirimir así los posibles conflictos de intereses que puedan acontecer (OSMANOGLU, 2015: 349). Todo ello, con el fin último de asegurar un proceso arbitral con todas las garantías que de lugar a un laudo reconocible internacionalmente, ejecutable nacional e internacionalmente y no susceptible de ser anulado judicialmente (DIMOLITSA, 2013: 9). Una cuestión importante es la relativa a si el financiado debe manifestar no sólo la identidad del financiador, sino que también debe desvelar el contenido del contrato.

Por una parte, el demandado podría solicitar que se desvele, además de la identidad del financiador, el contenido del contrato TPF con el objeto de determinar si solicita o no una caución o garantía de pago de las costas del proceso (*security for costs*) (SCHERER, 2013: 96), aspecto que estudiamos con mayor profundidad en el epígrafe 5 del presente trabajo. Por ahora, cabe tener presente que el demandado puede tener el temor de que el demandante haya iniciado un arbitraje gracias a la financiación del tercero pero que, si pierde, no pueda hacer frente a las costas del proceso (en ocasiones, muy onerosas) por sí sólo, sino que necesitaría de la ayuda financiera del tercero que. Es por ello por lo que al demandado le interesa averiguar si en el contrato TPF se ha contemplado o no tal extremo.

Por otra parte, el tener que revelar cuestiones internas del contrato TPF en el seno del arbitraje puede ser perjudicial para el demandante financiado ya que acaba con el compromiso de confidencialidad presumiblemente alcanzado con el financiador. La revelación sitúa al demandante financiado en una posición de desventaja frente al demandado ya que se dan a conocer las posibilidades de éxito y demás estimaciones del financiado que están contempladas en el contrato TPF, debilitando su posición negociadora y de estrategia procesal.

El Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje, recoge, en su recomendación sexta, el deber de revelar la existencia de un TPF, así como la identidad del financiador, tanto si la financiación se produce antes de iniciarse el arbitraje como si tiene lugar después. La recomendación sexta del Código de Buenas Prácticas del CEA también establece que «los árbitros podrán solicitar a la parte cualquier información adicional que sea relevante. En cumplimiento de esta obligación, la parte requerida podrá expurgar los datos confidenciales y, en particular, las condiciones económicas de la transacción». Con base en este precepto, el tribunal arbitral podría ordenar la revelación de todos o algunos de los datos contenidos en el contrato TPF (JAIME, 2020: 497).

Tanto el Reglamento del CIAM como el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid establecen, como regla general, que se revele la existencia de un contrato TPF y la

identidad del financiador en el momento de la solicitud del arbitraje (arts. 5.2.i y 5.2.k, respectivamente) y, en el caso del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid, también se contempla en el momento de la respuesta a la solicitud de arbitraje (art. 6.2.j). Además, esta regla general se reproduce de nuevo en artículos específicos dedicados al TPF (art. 55 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid y art. 23 del Reglamento de Arbitraje del CIAM)⁴⁶.

Por su parte, el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid establece en su art. 9bis que, después de la designación de los árbitros, deberá revelarse cualquier intervención de un tercero «sea por cambio en la representación, por financiación por tercero, por cesión de crédito, u otras figuras de intervención» [...] y que tal intervención «quedará supeditada al control de ausencia de conflicto por parte de la Corte». El art. 55.2 de la misma norma dispone que «en caso de que exista financiación por terceros, ya sea al inicio del procedimiento o en el transcurso de éste, la Corte o los árbitros podrán solicitar a la parte financiada que revele la información que se considere oportuna sobre dicha financiación y sobre la entidad financiadora». En esta línea, el Reglamento de Arbitraje del CIAM otorga poder a los árbitros, que no a la Corte, para «solicitar a cualquiera de las partes información adicional relevante sobre la financiación o fondos vinculados al resultado del arbitraje» (art. 24.2n). Tanto desde el punto de vista literal, sistemático como teleológico cabe interpretar que esta solicitud de información adicional a la existencia del contrato TPF y a la identidad del financiador se adoptará de manera restrictiva y en casos excepcionales, por ser una excepción a la regla general antes mencionada.

En la práctica, se suele acordar la obligación de revelar la identidad del financiador, pero no el contenido del contrato⁴⁷. En el asunto *South American Silver Limited*

⁴⁶ Esta regla general se reproduce en otros instrumentos jurídicos a nivel internacional: la última versión del Reglamento de Arbitraje de la CCI, en vigor desde el 1 de enero de 2021, regula, por vez primera el TPF y se limita a exigir la revelación de cualquier financiación de este tipo en el seno del arbitraje (art. 11.7). En el mismo sentido se regula esta cuestión en las Reglas Internacionales de Arbitraje de Inversiones de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (art. 27), en las *Administered Arbitration Rules* del *Hong Kong International Arbitration Center*, en su edición de 2018 (art. 44) y en las Reglas de Arbitraje de la *Milan Chamber of Arbitration* (art. 43). El CIADI ha publicado unas *Proposals for amendment of the ICSID rules* que abordan también el deber de revelación del financiado (rule 14). El Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre la Unión Europea y Canadá, también se refiere al TPF en su art. 8.26, regulando el deber de revelación de la parte financiada.

⁴⁷ Como ya se ha indicado, el *Draft Report* tiene la vocación de ser aplicable también al arbitraje y, sobre esta cuestión propone una regulación mucho más disruptiva: el contrato TPF deberá revelarse en su totalidad salvo que, bajo determinadas circunstancias, el tribunal aprecie que se estaría desvelando una información que afectaría a la estrategia o táctica procesal del financiado. En este caso, podría desvelarse sólo una parte del contrato TPF, permaneciendo en el poder del financiado la información más delicada (art. 15.3).

(Bermuda) v. Estado Plurinacional de Bolivia, 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 de 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.

El tribunal arbitral argumentó que si bien uno de los miembros del tribunal en el asunto *RSM Production Corporation v. Santa Lucía* había establecido que la existencia de un contrato TPF era una situación extraordinaria y que corría a cargo del financiado demostrar que no lo era, el resto de los miembros así como otros tribunales arbitrales en numerosos asuntos posteriores adoptaron una posición distinta, determinando que la existencia de un contrato TPF no supone, por sí sola, una circunstancia que permita adivinar que el financiado no podrá hacer frente a las costas procesales y que, en consecuencia, cabe acordar una caución o garantía de pago⁴⁸.

Los árbitros también tienen un papel relevante a la hora de determinar si existe o no un conflicto de intereses entre ellos y el tercer financiador, ya que deben cumplir en todo momento con los requisitos de independencia e imparcialidad que les son ineludibles (BLANCO GARCÍA, 2020: 325). El Código de Buenas Prácticas del CEA recoge una serie de cuestiones que pueden ayudar a los árbitros a determinar si existe algún tipo de conflicto de interés que les impida aceptar el nombramiento como árbitro. En concreto, la cuestión 28 reza: «¿existe alguna relación personal o profesional con terceros financiadores, presente o pasada, que usted considere que debe revelar?». Por tanto, el árbitro debe revelar, antes de aceptar su nombramiento, si existe algún tipo de conflicto de interés con el financiador, por lo que será preciso que el financiado revele lo antes posible la existencia de un contrato TPF y la identidad del financiador.

⁴⁸ Vid. *South American Silver Limited (Bermuda) v. Estado Plurinacional de Bolivia*. Orden procesal núm. 10, de 11 de enero de 2016, párrafos 74 y 75. Recuperado de: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf> (último acceso 9/07/2021). Vid. *RSM Production Corporation v. Santa Lucía. Decision on Saint Lucia's Request for Provisional Measures*. (Caso CIADI núm. ARB/12/10). Recuperado de: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8005.PDF> (último acceso 30/08/2021). Sobre el asunto *RSM Production Corporation v. Santa Lucía*, vid. in extenso el epígrafe 5.1 de este trabajo.

Así, a nuestro juicio, existe un deber de revelación de la parte financiada para que el tribunal, el árbitro único o la Corte que administra el arbitraje puedan dirimir cualquier conflicto de intereses entre un árbitro y el financiador. La regla general debe ser que la revelación consista en informar sobre la existencia del contrato TPF y la identidad del financiador.

Es posible que existan escenarios en los que se requiera desvelar más información, como en aquellos casos en que la parte demandada exija la adopción de una *security for costs* y quiera conocer si en el contrato TPF se dispone que el financiador se hará cargo de las costas procesales en caso de que el financiado pierda el arbitraje. En este caso, la revelación podría ser más amplia pero no deberían desvelarse elementos que puedan comprometer la posición procesal o negociadora de la parte financiada. Si la revelación de tales datos comprometedores fuera indispensable, por ejemplo, para que el tribunal, junto con otras circunstancias, decida sobre la adopción de una *security for costs*, tal información sólo debería estar disponible para el árbitro o tribunal arbitral y no para la contraparte.

4.3. *El deber de revelación en el ámbito jurisdiccional*

Como ya hemos avanzado, en España no se regula el TPF en el ámbito jurisdiccional. Tampoco existe un instrumento legislativo europeo vigente que aborde esta cuestión. Debemos diferenciar en este punto entre dos situaciones en las que, potencialmente, podría desarrollarse una regulación del deber de revelación de un contrato TPF: en el marco tuitivo del Derecho de consumo y, en particular, en materia de acciones colectivas; en el ámbito del Derecho concursal cuando la parte financiada titular del crédito se encuentra en concurso de acreedores; y en la esfera del litigio ordinario jurisdiccional en el que no existe una parte débil (e.g. consumidor) que merezca una protección particular.

En materia de protección de los consumidores, una de las grandes novedades de la Directiva 2020/1828 es la de regular la posibilidad de que un tercero financie acciones colectivas en defensa de los consumidores. Sin embargo, el enfoque es distinto en comparación con lo regulado en materia arbitral, ya que en el ámbito de las acciones colectivas se busca que no exista un conflicto de intereses entre el financiador y los consumidores, representados por la entidad que ejercita la acción colectiva, y no tanto la evitación de un conflicto entre el financiador y el juzgador que, en este caso, será el juez ordinario que por turno corresponda. En este sentido, el art. 10.1 de la Directiva establece la obligación general de los Estados Miembros de introducir normas que se enfrenten adecuadamente a los conflictos de intereses de tal manera que la

financiación de un pleito por parte de un operador que tenga un interés económico en el resultado del ejercicio de la acción no impida que el recurso colectivo se ejercite para la protección de los intereses de los consumidores, fin para el que está diseñado este mecanismo de tutela colectiva (GASCÓN INCHAUSTI, 2020: 1304).

El art. 10.2 de la Directiva 2020/1828 se refiere a que la regulación nacional deberá velar por que las decisiones de la asociación o entidad análoga que ejercite las acciones y que obtenga la financiación actúe en interés de los consumidores y no persiguiendo cualquier otro objetivo. El art. 10.2 se refiere también a que la financiación no podrá ser ofrecida por un competidor del demandado o cuando el demandado dependa del financiador⁴⁹.

En aras de dar cumplimiento a estos requisitos, el art. 10.3 dispone que el actuante deberá proporcionar al juez un «resumen financiero» de las fuentes de financiación obtenidas. Es reseñable que no se exige revelar el acuerdo de financiación en su totalidad, como sí requiere el *Draft Report* (art. 15.3). En caso de que el juez identifique una falta de cumplimiento de tales exigencias, podría solicitar al ejercitante, conforme a lo dispuesto en el art. 10.4 de la Directiva, que rechace o modifique la financiación y podría, en último término, denegar la legitimación procesal de la asociación o entidad habilitada⁵⁰.

La Directiva 2020/1828 regula el deber de revelación desde el enfoque tuitivo de protección de la parte débil en la relación contractual, en este caso el consumidor, por lo que el juez interviene directamente para procurar que la financiación no perjudique a los representados por la acción colectiva. Podría afirmarse que, mientras que, en materia arbitral, el deber de revelación busca la igualdad de armas y la integridad del proceso arbitral, en sede de acciones colectivas, el deber de revelación tiene por objeto asegurar que la acción se dirija a la protección de los intereses de los consumidores y usuarios y no los de un tercero ajeno a un pleito tuitivo, pensado y diseñado expresamente para proteger a los consumidores.

⁴⁹ En este último caso GASCÓN INCHAUSTI (2020: 1304) precisa que «cabe presumir la existencia de una influencia indebida incompatible con la utilización de la acción representativa».

⁵⁰ GASCÓN INCHAUSTI (2020: 1304) indica en cuanto a la obligación de medios relativa al deber del accionante de aportar un resumen financiero si ha celebrado un TPF, que aunque la redacción del precepto no es clara, debe interpretarse que el que ejercita la acción siempre deberá aportar ese resumen financiero ya que «solo tras verificar que existe financiación de terceros pueden nacer en el tribunal las dudas justificadas que le facultan para verificar que no concurre una situación de conflicto de interés».

En línea con lo dispuesto en el apartado 4.1 de este estudio, el deber de revelación de la existencia del contrato TPF y también de parte de su contenido, debería realizarse en el marco de un concurso de acreedores en aras de que el juez del concurso apruebe el contrato TPF, por tener éste, generalmente una especial trascendencia patrimonial para el concursado-financiado.

Fuera de la función tuitiva del Derecho de consumo y del Derecho concursal, el legislador europeo debería regular el TPF en el ámbito jurisdiccional. Como ya se ha indicado, una regulación por países podría dar lugar a disfunciones entre ordenamientos con una regulación laxa con respecto de aquellos que regularan el TPF de manera más estricta o detallada, generando situaciones de *forum shopping* que deben evitarse en el seno de la Unión Europea. Esto es, si España decide regular el TPF estableciendo una serie de limitaciones, algunos fondos especializados podrían optar por no litigar en España y decantarse por otras jurisdicciones más favorables. A nuestro juicio, sería más adecuado legislar el TPF en materia jurisdiccional a través de un instrumento de Derecho de la UE, que permita una regulación eficiente y más o menos homogénea en todo el territorio de la Unión.

Hemos visto que, en el ámbito de las acciones colectivas, el deber de revelación tiene como fin procurar que el ejercicio de la acción busque la satisfacción de los intereses de los consumidores y no exclusivamente la del financiador. En el ámbito concursal, debe revelarse la existencia del contrato TPF y su contenido al juez del concurso para proteger al concursado-financiado y a sus acreedores. En materia arbitral, el deber de revelación tiene como objetivo dirimir los posibles conflictos de intereses que pudieran surgir con respecto de los árbitros. Cabe preguntarse, en la jurisdicción ordinaria no tuitiva en la que existe igualdad de armas entre demandante y demandado, cuál debe ser la función del deber de revelación. No será la de proteger a una parte débil, ni tampoco la de dirimir conflictos de intereses con el juzgador que, en este caso, será el juez predeterminado por la ley y que por turno corresponda, y que no tendrá, en principio, ningún tipo de relación con el financiador.

Tal y como se recoge en el Informe TPF del Parlamento Europeo (2021: 75), una razón que se arguye para que exista un deber de revelación en la jurisdicción ordinaria es la de la evitación de los *revenge claims*. Se trata de acciones en las que el financiador además de un posible interés económico tiene el interés de dañar, de algún modo, la situación financiera o la reputación del demandado, por ejemplo, por ser el financiador un competidor del demandado, tal y como también regula la Directiva 2020/1828. O también puede suceder que tenga un objetivo moral o de activismo social. Pensemos en una organización que se dedica a financiar pleitos contra empresas tabacaleras

porque entiende que, de esta manera, está dañando a esta industria y fomentando la salud de la población (MURPHY y CAMERON, 2007: 401).

Al no existir ningún tipo de función tuitiva y en virtud del principio dispositivo del proceso civil (en Derecho español, arts. 19 y 216 LEC), el motivo más o menos razonable del financiador del pleito para llevar a cabo la financiación debería ser, en nuestra opinión, irrelevante. El único límite sería la interposición de demandas frívolas, esto es, aquellas que carecen de elementos fácticos o jurídicos suficientes para que la acción prospere. En este sentido, sería conveniente que el instrumento europeo que regule el TPF establezca que el financiado debe revelar la existencia del TPF y la identidad del financiador. Los motivos del financiador, como decimos, carecen de importancia, pero la existencia de un TPF debe provocar que el juez analice que la demanda no es frívola, sino que existen suficientes elementos jurídico-fácticos como para continuar con el proceso.

En España, podría modificarse, a los efectos de adecuar en su caso el Derecho español al Derecho de la Unión, el art. 426 LEC para que este análisis preliminar por parte del juzgador se lleve a cabo en el trámite de la audiencia previa. Cabe destacar, finalmente, que el citado análisis debe realizarse de manera restrictiva y respetando el principio *pro actione*: sólo se declararía la demanda como frívola si, de manera clara, se trata de una demanda sin suficiente fundamento⁵¹.

En definitiva, en materia jurisdiccional, la revelación del contenido del contrato sólo sería necesario, en determinadas circunstancias, en materia de acciones colectivas en defensa de los consumidores (aunque la Directiva 2020/1828 sólo exige aportar un resumen financiero del contrato TPF, el *Draft Report* sí exige como regla general desvelar el contenido completo) para asegurar la protección de los derechos de los consumidores y en situaciones en las que el financiado se encuentra en concurso de acreedores, para que el juez del concurso pueda aprobar o rechazar el contrato TPF y sus términos. También podrá ser necesaria para decidir sobre la adopción de una caución o *security for costs*, aspecto que tratamos en el apartado siguiente, y que no está regulado en España.

⁵¹ La regulación del deber de revelación no puede vulnerar el derecho de acceso a la justicia del financiado, en línea con el principio *pro actione*. La STC (1ª) 12 enero 2009 (RTC 2009/11) establece que «[...] el principio *pro actione* opera sobre los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia, impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del justiciable a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida, sin que ello suponga, como también ha señalado este Tribunal, que se deba necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan [...]». (Fundamento Jurídico Primero).

5. LA GARANTÍA DE PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES O COSTOS DEL ARBITRAJE (*SECURITY FOR COSTS*)

En materia, fundamentalmente, de arbitraje internacional, existe la posibilidad de que una de las partes solicite al tribunal que ordene a la otra prestar una caución o garantía de pago de los costos del arbitraje (*security for costs*) cuando cree que la contraparte no tiene los fondos suficientes para hacer frente a los costos del proceso en caso de que pierda. Algunos instrumentos como el Reglamento de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration (LCIA)* (art. 25.2), el Reglamento de Arbitraje del CIAM o el Código de Buenas Prácticas del CEA (art. 44.2) y su Reglamento Modelo de Arbitraje (art. 41.2) prevén esta posibilidad⁵².

Un aspecto discutido es el que tiene que ver con la posible relación entre la existencia de un TPF y que el tribunal arbitral acuerde que la parte financiada preste caución. Ya hemos estudiado, en el epígrafe 4.2, que una de las partes del arbitraje podría solicitar que la contraparte no sólo revele la identidad del financiador, sino que haga público el contenido del contrato para saber si le conviene o no solicitar una caución o garantía de pago de los costos del proceso.

Hemos visto que en el asunto *South American Silver Limited (Bermuda) v. Estado Plurinacional de Bolivia*, el tribunal arbitral estimó la petición de Bolivia relativa a que se revelara la identidad del tercer financiador del demandante SAS, pero el tribunal rechazó que se desvelara el contenido del contrato TPF, en tanto que entendió, siguiendo la doctrina mayoritaria marcada por otros tribunales arbitrales de inversión, que la mera existencia de un contrato TPF no configuraba, de por sí, una circunstancia que obligara a solicitar caución, ya que no era indicativa de la falta de solvencia del financiado. En este sentido, cabe mencionar dos extremos importantes que tienen que ver con la posible influencia del TPF en la adopción de la caución: el fenómeno del *hit & run* y la adopción restrictiva de este tipo de medidas.

⁵² En el Anexo del *Draft Report* se propone que los Estados Miembros regulen las *securities for costs* para que los tribunales o autoridades administrativas competentes, dependiendo del Estado Miembro, puedan acordarlas a petición del demandado cuando existe una preocupación razonable y específica (*reasoned specific concerns*) de que el financiador o el demandante no cuenten con fondos suficientes para abonar las costas del pleito o del arbitraje en caso de que el proceso resulte infructuoso (art. 6). En España, no se regulan las *securities for costs* en las leyes procesales (WESOŁOWSKI, 2019), por lo que, si la Directiva se llegase a promulgar en estos términos, el legislador español debería abordar esta cuestión para cumplir con los objetivos dispuestos en aquélla.

5.1. *El hit & run*

El *hit & run* (golpear y huir) es una *mala praxis* que se da en algunos arbitrajes financiados en los que el tercer financiador acuerda con el demandante financiado sufragar los gastos del proceso, pero no pacta nada en relación con una posible condena en costas si pierde el arbitraje la parte financiada. De esta manera, si el financiado gana el arbitraje, el tercer financiador obtiene el beneficio pactado, pero si el financiado pierde el arbitraje, el tercer financiado no se hace cargo de la condena en costas y «huye» del arbitraje, teniendo la parte financiada que hacerse cargo de tal desembolso.

Cuando la parte financiada no tiene recursos para hacer frente a tales costas y se ha producido un *hit & run* del financiador, es la contraparte, generalmente la demandada, la que tiene que sufragar tales gastos. Es por ello por lo que, con carácter previo, ante un temor de *hit & run* del financiador, la demandada solicite, en primer lugar, la revelación del contenido del contrato de financiación y, si tal información no se puede revelar o se demuestra que el financiador no haría cargo de las costas, una caución o garantía de pago de las mismas.

Desde la perspectiva de la ejecución del laudo arbitral, el demandado puede ver incrementado su temor en tanto que el financiador no es parte del arbitraje, por lo que un laudo arbitral no podría ejecutarse frente a éste, sino que sólo podría hacerse valer frente al financiado, que sí es parte en el arbitraje (DARWAETH y LELEU, 2016: 131). Las Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional equiparan al tercer financiador a una «parte» del arbitraje por tener un interés económico directo en el resultado del proceso. El Informe TPF del Parlamento Europeo propone que los Estados Miembros regulen la posibilidad de que el ganador del pleito tenga acción directa contra el financiador de la parte perdedora con el objeto de reclamar los costos del proceso no satisfechos o, incluso, que se pueda acordar una condena en costas contra el financiador. En esta misma línea se manifiesta el Anexo del *Draft Report* (art. 17). Si esta regulación prosperara, no sería necesario en ese caso acordar caución o garantía de pago alguna.

En el asunto CIADI *RSM Production Corporation c. Santa Lucía*, el tribunal arbitral acordó que el demandante debía prestar caución para el pago futuro de los costes del arbitraje con base en su historial de impagos de costas procesales en otros arbitrajes anteriores. *Obiter dicta*, el tribunal arbitral manifestó que la existencia de un contrato TPF era una circunstancia que podría aumentar el temor del demandado sobre la

posible insolvencia del financiado, de tal manera que éste no fuera a hacerse cargo de los costos del arbitraje⁵³. En este asunto se acordó la caución, pero no únicamente por el hecho de existir un contrato TPF sino por los antecedentes de impago del demandante.

No obstante, en la mayor parte de los casos, el tribunal arbitral no considera que la existencia de un contrato TPF sea, per se, determinante para acordar la caución. Ya hemos visto que así se manifestó el tribunal arbitral en el asunto *South American Silver Limited (Bermuda) v. Estado Plurinacional de Bolivia*, pero también en otros casos como *Manuel García Armas et. al. v. Bolivarian Republic of Venezuela. Orden Procesal núm. 9 (Caso CPA núm. 2016-08)* y *Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan. Decision on Security for Costs (Caso CIADI núm. ARB/18/35)* por citar algunos de los más relevantes.

5.2. La adopción restrictiva de la garantía de pago

La razón de ser de este posicionamiento mayoritario de los tribunales de arbitraje debe entenderse en el marco de una adopción restrictiva de las cauciones o garantías de pago. Lo mismo debería suceder en el ámbito jurisdiccional, allí donde se regulen las *securities for costs*. La caución o garantía de pago es una medida extraordinaria y, en consecuencia, debe acordarse de manera moderada.

Los tribunales arbitrales sólo acordarán una caución si existe algún tipo de abuso o mala fe por parte del financiado. Un ejemplo en el que podrían apreciarse este tipo de conductas sería cuando el financiado constituye una sociedad vehículo con los solos efectos de ejercitar la acción, pero sin que tal entidad cuente con activo alguno. Como ocurrió en el asunto CIADI *RSM Production Corporation v. Santa Lucía*, el TPF puede tenerse en cuenta la existencia de un contrato TPF, pero no será una circunstancia que, por sí sola, determine la procedencia de la caución o garantía de pago⁵⁴.

⁵³ El tribunal arbitral argumentó: «*the third party funding exacerbates the concern engendered by RSM's conduct in the Annulment Proceeding and the Treaty Proceeding. It places an unfunded RSM and the third party funder(s) in the inequitable position of benefitting from any award in favor yet avoiding responsibility for a contrary award*». Vid. *RSM Production Corporation v. Santa Lucía. Decision on Saint Lucia's Request for Provisional Measures (Caso CIADI núm. ARB/12/10)*, párrafo 73. Recuperado de: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8005.PDF> (último acceso 30/08/2021).

⁵⁴ BACHMANN (2020: 861) refiere que, bajo la *lex arbitri* suiza, las mejores prácticas recomiendan tener en cuenta la existencia de un TPF a la hora de que el tribunal arbitral decida sobre una *security for costs*.

Acordar una caución por el mero hecho de que exista un contrato TPF podría vulnerar el derecho de acceso a la justicia del financiado. Esta vulneración se hace más visible cuando la situación de debilidad financiera de la parte que acude al TPF es imputable a la contraparte: la demandante, en situación de vulnerabilidad financiera, decide ejercitar una acción de reclamación contra la demandante, que es quien le ha provocado dicha situación. Como no tiene recursos suficientes para iniciar el pleito, acude a un tercer financiador. Acordar una caución en este caso sería vulnerar gravemente el derecho de acceso a la justicia de la demandante que, sin financiación externa, no podría ejercitar la acción para ver sus derechos satisfechos (PUERTAS ÁLVAREZ, ARA TRIADÚ, VALENTÍ I VIDAL y FERNÁNDEZ ARALUCE, 2021, 2021: 39-42).

Un ejemplo de lo anterior es el ya citado asunto *Petersen v. República de Argentina*. En este caso, la entidad con domicilio en España *Petersen* se encontraba en concurso de acreedores debido a la expropiación de las acciones de la sociedad YPF por parte de Argentina. *Petersen* buscó financiación externa para hacer frente a un litigio costoso ante los tribunales de Nueva York. Acordar una caución en este caso podría vulnerar gravemente el derecho de *Petersen* de acceder a la justicia mediante el ejercicio de una acción judicial para la satisfacción de sus derechos vulnerados.

6. CONCLUSIONES

Primera — En Derecho español, el contrato TPF no debe confundirse con la *cuota litis* o con otras figuras afines como la cesión de créditos, la cesión de créditos futuros o el préstamo. En España, el TPF debería articularse como un contrato de sociedad en su modalidad de cuentas en participación. La naturaleza jurídica del contrato TPF es relevante si se pretende ejercitar la acción en una jurisdicción en la que esté vigente la doctrina del *champerty and maintenance*.

El TPF es un mecanismo de financiación de pleitos que ha adquirido popularidad durante los últimos tiempos tanto en la litigación ordinaria como en el arbitraje en España. Desde el lado del financiado, permite a personas o empresas con dificultades económicas acceder a la justicia ya que un tercero se hace cargo de los costos derivados del ejercicio de la acción que, en ocasiones, pueden ser muy elevados. El TPF no sólo beneficia a aquellas entidades que atraviesan por una situación financiera delicada, sino que es cada vez más frecuente que personas físicas o jurídicas con solvencia financiera acudan a este mecanismo con el fin de optimizar sus recursos, esto es, dedicar recursos propios a su negocio principal, y no a litigar.

El TPF no cuenta con regulación legal en España, más allá de lo recogido en algunos instrumentos de arbitraje privado como el Reglamento de Arbitraje del CIAM, el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid, o el Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje y su Reglamento Modelo de Arbitraje. En materia jurisdiccional, es reseñable la reciente promulgación de la Directiva 2020/1828 sobre acciones colectivas en defensa de los consumidores, que regula aspectos relativos al TPF con el objeto de preservar en todo momento la protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

Hemos analizado que la *cuota litis* supone un método de financiación del litigio similar al TPF en el sentido de que el titular del derecho por cuya virtud se puede accionar un proceso se abstiene de abonar los gastos que del mismo puedan derivarse, sobre todo en lo que tiene que ver con los honorarios de abogados. Sin embargo, hemos defendido que no debemos agrupar el TPF y la *cuota litis* en una misma categoría. Mientras que en la *cuota litis* es el abogado, uno de los profesionales clave del proceso, el que deja de percibir retribución financiando en todo o en parte el pleito, en el TPF es un actor externo, generalmente muy especializado y con gran disponibilidad financiera, el que financia a la parte titular del derecho de crédito.

Sobre la naturaleza del TPF (relación jurídica entre el financiador y el financiado) y cómo se articula en Derecho español, en este trabajo se ha defendido que debe considerarse como un contrato atípico con elementos propios del contrato de sociedad en su modalidad de cuentas en participación. Debe rechazarse articular un TPF como una cesión de créditos, en tanto que en el TPF no se produce una modificación de la posición de acreedor: el titular original del crédito sigue ostentando tal posición y el tercer financiador únicamente realiza una inversión consistente en sufragar los gastos del pleito de la manera en que se regule en el propio contrato TPF. Esta cuestión cobra mayor importancia cuando se pretende ejercitar la acción en una jurisdicción distinta a la española en la que esté vigente algún tipo de doctrina del *champerty* en la modalidad de prohibición del ejercicio de la acción derivada de una compraventa del crédito, lo que frustraría el pleito y supondría una pérdida de la inversión para el tercer financiador.

Tampoco cabe considerar el TPF como un contrato de préstamo o de préstamo *parciario* ya que el tercer financiador no sólo se beneficia del posible éxito derivado de la financiación, sino que, en su caso, participará de las pérdidas. Encaja mejor el TPF en un contrato de sociedad, en su modalidad de cuentas en participación, en el que, a diferencia del contrato de préstamo, el tercer financiador participa de las ganancias o de las pérdidas.

Segunda — En materia jurisdiccional debería regularse el TPF a través de una Directiva de la Unión Europea. Sin embargo, en materia arbitral, sería mejor abordar la regulación a través de un instrumento de *soft law* aceptado por el mercado, así como incluirse en los Reglamentos de Arbitraje de las distintas Cortes administradoras de procesos arbitrales.

En términos de Derecho proyectado, debe destacarse el *Draft Report* y el Informe del Parlamento Europeo sobre TPF que proponen regular esta cuestión a través de una Directiva que aplicaría al arbitraje y a la jurisdicción ordinaria. En este trabajo se ha defendido que es necesaria una regulación a nivel europeo, en forma de Directiva, del TPF para la jurisdicción ordinaria, con base en los arts. 81 y 114 TFUE, en aras de evitar que se generen situaciones de *forum shopping* entre los Estados Miembros.

Sin embargo, la regulación del TPF en materia arbitral no debería estar incluida en esta Directiva, sino que su regulación debería abordarse a través de un instrumento internacional o europeo de *soft law* específico sobre TPF, aceptado por el mercado. De lo contrario, cuando el TPF fuera necesario en un determinado arbitraje, se podría correr el riesgo de poner en peligro plazas europeas de arbitraje como París o Madrid en beneficio de otras donde no aplica el Derecho de la Unión Europea como Ginebra o Londres o incluso otras más lejanas como Nueva York, Miami o Singapur, en caso de que la regulación europea finalmente promulgada fuera defectuosa, difícil de interpretar o demasiado dificultosa para el desarrollo del TPF. La regulación también debería abordarse en los Reglamentos de las Cortes que administran procesos arbitrales.

Tercera — La potencial regulación del TPF debe permitir que financiado y financiador tengan amplia libertad para decidir el nivel de intervención del financiador en el litigio tanto en materia jurisdiccional como en el ámbito arbitral. Esta libertad sólo debería verse limitada en lo relativo a las acciones de representación en beneficio de los consumidores y a situaciones en las que el financiado se encuentre en situación de concurso de acreedores.

En cuanto al contenido del contrato, uno de los elementos relevantes es la influencia que el financiador debe o no tener en la gestión y toma de decisiones en el marco del proceso judicial o arbitral y, particularmente, si puede tener algún poder sobre la decisión de celebrar un acuerdo transaccional entre el financiado y la contraparte. En contra del enfoque que se incluye en el *Draft Report*, en este estudio proponemos una aproximación regulatoria similar a la recogida por la *Guidance Note 10.1.1 (41) de la*

Law Society of Singapore: se otorga libertad al financiador y al financiado para regular en el contrato TPF el nivel de intervención del financiador en el pleito y, en particular, se recomienda acordar la intervención que el financiador tendrá en lo relativo a asistir al financiado en la elección de abogados, elección de árbitros y/o mediadores (sólo aplicable a mecanismos *ADR*), asistencia en táctica o estrategia procesal, posibilidad del financiador de dar indicaciones a los abogados del financiado o incluso la gestión de las propias costas procesales o la posibilidad de celebrar acuerdos transaccionales que pongan fin al pleito.

Esta libertad sólo debería limitarse legalmente en materia de acciones colectivas en defensa de los consumidores, donde el juez ejerce una función tuitiva de los consumidores, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2020/1828; y en situaciones en las que el financiado se encuentre en concurso de acreedores y el juez del concurso deba aprobar el contrato TPF por tener, en muchos casos, especial trascendencia patrimonial para el concursado y con el fin de evitar un abuso al concursado por parte del financiador que pueda comprometer la posible viabilidad o supervivencia del primero, así como para proteger a los acreedores.

Cuarta — Es recomendable que en los contratos TPF se regule una cláusula de «salida del financiador» así como un mecanismo de resolución de disputas financiador-financiado. No debe limitarse legalmente el beneficio que pudiera establecerse para el financiador en el contrato TPF. Esta limitación sólo es conveniente en materia de acciones de representación en interés de los consumidores y en el ámbito del Derecho concursal.

En el estudio hemos abordado que otro de los aspectos que deben tenerse en cuenta a la hora de elaborar un contrato TPF, será el de la posibilidad de que el financiador decida dejar de financiar el litigio en un momento determinado, antes de la emisión de la sentencia judicial o arbitral. Es práctica habitual que se incluya una «cláusula de salida» del financiador cuando, por ejemplo, el pleito tenga un 60% de probabilidad de resultar infructuoso para el financiado, esto es, una terminación del contrato cuando el financiado ya no esté interesado en la inversión. Por un lado, es difícil determinar en términos probabilísticos el éxito de un pleito y, por otro lado, la salida del financiador podría generar una disputa entre éste y el financiado, por lo que se suele optar por establecer en el contrato que un tercero será el encargado de decidir sobre la posible salida del financiador atendiendo a las circunstancias concretas del caso. En general, es conveniente que se establezca en el contrato TPF un mecanismo de resolución de disputas que se encargue de dirimir controversias entre financiador y financiado, en

línea con lo que se dispone en la *Guidance Note 10.1.1 (42) de la Law Society of Singapore*.

En lo relativo al beneficio máximo que el financiador puede obtener en sede de un contrato TPF, en este estudio se propone que no debe establecerse limitación legal cuantitativa. Ésta sólo tendría sentido en materia de acciones colectivas en defensa de los consumidores, donde interesa que se respeten los derechos de los consumidores y se busca su resarcimiento efectivo, por encima de cualquier otro beneficio empresarial de un posible financiador, principios que inspiran la Directiva 2020/1828; y en caso de que el financiado esté en concurso de acreedores, en el que un beneficio demasiado alto para el financiador podría suponer un grave perjuicio para el concursado que ha recibido la financiación para litigar. Fuera de estos supuestos, cuando existe igualdad de armas e igualdad formal en cuanto a la capacidad negociadora de las partes en un contrato TPF, no debería regularse limitación alguna, debiendo primar el principio de libertad contractual.

Quinta — En cuanto al deber de revelación en materia arbitral, la regla general debe ser que sólo es necesario desvelar la existencia de un contrato TPF y la identidad del financiador para que se puedan dirimir los posibles conflictos de interés que pudieran surgir. En caso de que fuera necesario revelar una parte del contrato, esta revelación deberá realizarse sin desvelar datos que comprometan la posición negociadora o de estrategia procesal del financiado. En caso de que fuera necesario revelar datos comprometedores para el financiado, tal información sólo debería ser accesible para el tribunal arbitral o árbitro único. En materia jurisdiccional, la política regulatoria debería ser la misma que en el ámbito arbitral, pero el objetivo debería ser la evitación de reclamaciones sin fundamento cuyo objetivo es dañar a la contraparte (*revenge claims*). Como excepción, debe mencionarse el caso de las acciones de representación en beneficio de los consumidores o en lo relativo al Derecho concursal, donde sí será necesario, en algunos casos revelar parte del contrato TPF para su aprobación judicial. En cuanto al deber de revelación, se ha estudiado que, en el ámbito de las acciones colectivas en defensa de los consumidores, el deber de revelación tiene como fin, como ya se ha indicado, procurar que el ejercicio de la acción busque la satisfacción de los intereses de los consumidores y no exclusivamente la del financiador. En materia arbitral, el deber de revelación tiene como objetivo dirimir los posibles conflictos de intereses que pudieran surgir con respecto de los árbitros. Sin embargo, en la jurisdicción ordinaria no tuitiva en la que existe igualdad de armas entre demandante y demandado, la función del deber de revelación no será la de proteger a una parte débil, ni tampoco la de dirimir conflictos de intereses con el juzgador que, en este caso, será el juez predeterminado por la ley y que por turno corresponda, y que no tendrá,

en principio, ningún tipo de relación con el financiador. Al no existir ningún tipo de función tuitiva y en virtud del principio dispositivo del proceso civil (en Derecho español, arts. 19 y 216 LEC), el motivo más o menos razonable del financiador del pleito para llevar a cabo la financiación debería ser, en nuestra opinión, irrelevante.

Con todo, en materia arbitral, a nuestro juicio, debe existir un deber de revelación de la parte financiada para que el tribunal, el árbitro único o la Corte que administra el arbitraje puedan dirimir cualquier conflicto de intereses entre un árbitro y el financiador. La regla general debe ser que la revelación consista en informar sobre la existencia del contrato TPF y la identidad del financiador.

Es posible que existan escenarios en los que se requiera desvelar más información, como en aquellos casos en que la parte demandada exija la adopción de una *security for costs* y quiera conocer si en el contrato TPF se dispone que el financiador se hará cargo de las costas procesales en caso de que el financiado pierda el arbitraje. En este caso, la revelación podría ser más amplia pero no deberían desvelarse elementos que puedan comprometer la posición procesal o negociadora de la parte financiada. Si la revelación de tales datos comprometedores fuera indispensable, por ejemplo, para que el tribunal, junto con otras circunstancias, decida sobre la adopción de la *security for costs* mencionada, tal información sólo debería estar disponible para el árbitro o tribunal arbitral y no para la contraparte.

En la esfera jurisdiccional no tuitiva, el único problema que podría acontecer en relación con el TPF es el relativo a las demandas frívolas, esto es, aquellas que carecen de elementos fácticos o jurídicos suficientes para que la acción prospere. En este sentido, sería conveniente que las normas europeas que regulen el TPF establezcan que el financiado debe revelar sólo la existencia del TPF y la identidad del financiador. Los motivos del financiador, como decimos, carecen de importancia. La existencia de un TPF sólo debería, en su caso, provocar que el juez analizara que la demanda no es frívola, sino que existen suficientes elementos jurídico-fácticos como para continuar con el proceso, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. En España, esta medida podría trasponerse en la legislación española a través de una modificación del art. 426 LEC relativo a la fase de audiencia previa y, no obstante, debería primar el principio *pro actione*.

La revelación de parte del contenido del contrato (no sólo de su existencia y de la identidad del financiador) sólo sería necesario, en determinadas circunstancias, en materia de acciones colectivas en defensa de los consumidores (aunque la Directiva 2020/1828 sólo exige aportar un resumen financiero del contrato TPF) para asegurar la protección de los derechos de los consumidores. También podría ser necesario en

situaciones en los que el financiado se encuentra en concurso de acreedores, para que el juez del concurso pueda aprobar o rechazar el contrato TPF y sus términos o, al menos, establecer límites en la relación financiador-concurrido financiado. También podría ser necesario para que el juez pueda decidir sobre si adoptar o no una *security for costs* en el ámbito jurisdiccional, tal y como ya hemos mencionado. Sin embargo, las *security for costs*, por el momento, no están reguladas en el ámbito jurisdiccional español.

Sexta — La existencia de un contrato TPF no puede ser, por sí sola, una razón suficiente para adoptar una *security for costs*. En todo caso, las *securities for costs* deben adoptarse siguiendo una aproximación restrictiva.

Por último, en este estudio se concluye que la existencia de un contrato TPF no puede ser razón suficiente, por sí sola, para adoptar una *security for costs* (tanto en materia arbitral como en la esfera jurisdiccional si en algún momento se regulan) sino que deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso para determinar si, realmente, existe un peligro de impago de las costas procesales por parte del demandante. La adopción de *securities for costs* debe realizarse siempre de manera restrictiva. De lo contrario, se podría estar vulnerando el derecho de acceso a la justicia del financiado.

JURISPRUDENCIA

— Arbitrajes internacionales:

RSM Production Corporation v. Santa Lucía. Decision on Saint Lucia's Request for Provisional Measures. (Caso CIADI núm. ARB/12/10). Recuperado de: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8005.PDF> (último acceso 30/08/2021).

South American Silver Limited (Bermuda) v. Estado Plurinacional de Bolivia. Orden procesal núm. 10, de 11 de enero de 2016. Recuperado de: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf> (último acceso 9/07/2021).

Manuel García Armas et. al. v. Bolivarian Republic of Venezuela (Caso CPA núm. 2016-08). Orden Procesal núm. 9. Recuperado de:

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9849_2.pdf (último acceso 30/08/2021).

Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan. Decision on Security for Costs (Caso CIADI núm. ARB/18/35). Recuperado de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11243.pdf> (último acceso 30/08/2021).

— España:

STC (1ª) 12 enero 2009 (RTC 2009/11).

STS (3ª) 4 noviembre 2008 (RJ 2009/338).

STSJ Madrid (Secc. 1ª) 23 octubre 2020 (ROJ STSJ M 12155/2020).

SAP Barcelona (Secc. 17ª) 6 julio 2018 (ROJ: SAP B 7008/2018).

AAP Madrid (Secc. 8ª) 20 mayo 2020 (JUR 2020\238330).

AAP Álava (Secc. 1ª) 24 junio 2020 (JUR\2021\69332).

Auto del Juzgado de lo Mercantil (3) Madrid 24 noviembre 2014.

— Estados Unidos:

Georgine v. Amchem Products, Inc., 157 F.R.D. 246 (E.D Pa. 1994).
Opinion & Order 15-CV-2739.

— Irlanda:

Sentencia del Tribunal Supremo de Irlanda de 23 de junio de 2017. *Persona Digital Telephony Limited and Another v The Minister for Public Enterprise, Ireland and Others [2017] IESC27.*

— Reino Unido:

Sentencia de la *High Court of Justice Chancery Division* de 16 de enero de 2015. *Mr. Lancelot Thwaytes v. Sotheby's.*

Sentencia de la *High Court of Justice Chancery Division* de 20 de mayo de 2013. *Harcus Sinclair (a firm) and (1) Buttonwood Legal Capital Limited (a firm) (2) Rylatt Chubb (a firm) (3) Alternative Real Estate Fund Limited (4) Roskill Advisors (Cayman) Limited. [2013] EWHC 1193 (Ch).* Recuperado de: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2013/1193.html> (último acceso 30/06/2021).

BIBLIOGRAFÍA

AFFAKI, G. (2013), «A Financing is a Financing is a Financing...», *Third-Party Funding in International Arbitration*, ed. por Cremades Sanz-Pastor, B. y Dimolitsa, A. C., International Chamber of Commerce, pp. 10-15.

AGULLÓ AGULLÓ, D.:

- (2020), «La acción colectiva en materia de protección de datos y algunas cuestiones de competencia judicial internacional», *Retos del Derecho ante un mundo global*, coord. por Emaldi Cirión, A. y La Spina, E., Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 687-709.

- (2021), «Directive 2020/1828: a new era for “European class actions” », *Official Blog of Unio Law*. Recuperado de: [Rehttps://officialblogofunio.com/2021/11/22/directive-2020-1828-a-new-era-for-european-class-actions/](https://officialblogofunio.com/2021/11/22/directive-2020-1828-a-new-era-for-european-class-actions/) (último acceso 16/03/2022).

ALONSO CÁNOVAS, C. (2016), «Third Party Funding: La financiación institucional de Litigos y Arbitrajes», *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 26, pp. 9-22.

BACHMANN, S. (2020), «The Impact of Third-Party Funding on Security for Costs Requests in International Arbitration Proceedings in Switzerland. Why and how third-party funding should be considered under the Swiss lex arbitri», *ASA Bulletin*, Scherer, pp. 842-867.

BASOZÁBAL ARRUE, X. (2005), «Contrato parciario. Caracterización dogmática, legislación aplicable», *Revista para el Análisis del Derecho. InDret*, 1/2005, pp. 1-23. Recuperado de: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/273_es_1.pdf (último acceso 12/09/2021).

BLANCO GARCÍA, A. I. (2020), «Third Party funding: una realidad», *Psicoanálisis del arbitraje. Solución o problema en el actual paradigma de justicia*, coord. por Barona Vilar, S., Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 319-342.

BOGART, C. P., (2013), «Overview of Arbitration Finance», *Third-Party Funding in International Arbitration*, ed. por Cremades Sanz-Pastor, B. y Dimolitsa, A. C., International Chamber of Commerce, pp. 50-56.

BONE, R.G. (1997), «Modeling frivolous suits», *University of Pennsylvania Law Review*, 145, pp. 519-605.

BORN, G. (1996). *International Civil Litigation in the United States Courts*, Kluwer International Law, Alphen aan den Rijn (Países Bajos).

CLERMONT, K. M. y CURRIVAN, J. D. (1978), «Improving on the contingent fee», *Cornell Law Review*, vol. 63, núm. 4, pp. 529-640.

CONSTENLA, P. (2015), «De la venta de crédito litigioso al sofisticado third party funding», *Revista Lex Mercatoria*, RLM núm. 1, art. núm. 5, pp. 18-20.

CORREA, D. (2020), «Comparación del CCBBPP y otros instrumentos del soft law», *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje*. Número especial 2020: Comentarios al Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje, pp. 75-102.

CREMADES, A.C. (2010), «La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado», *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 8, pp. 151-164.

DARWAZEH, N. y LELEU, A. (2016), «Disclosure and security for costs or how to address imbalances created by third-party funding», *Journal of International Arbitration*, 33, pp. 125-150.

DERAINS, Y. (2013), «Foreword», *Third-Party Funding in International Arbitration*, ed. por Cremades Sanz-Pastor, B. y Dimolitsa, A.C., International Chamber of Commerce, pp. 6-6.

DIMOLITSA, A.C. (2013), «Introduction», *Third-Party Funding in International Arbitration*, ed. por Cremades Sanz-Pastor, B. y Dimolitsa, A. C., International Chamber of Commerce, pp. 7-9.

FEBLES POZO, N. (2019), «El arbitraje de inversiones: algunas cuestiones de actualidad en el procedimiento arbitral», *Mediación, Arbitraje y Conciliación. Una puesta al día*, dir. por Cobas Cobiella, M. E., Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 215-241.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (2016), «La financiación por terceros en el arbitraje internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 2, pp. 204-220.

GARCÍA VILLAVERDE, R. (1992), «Créditos participativos», *Contratos bancarios*, dir. por García Villaverde, R. y coord. por Bonardell Lenzano, R., Colegio General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio en colaboración con el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pp. 13-24.

GASCÓN INCHAUSTI, F. (2020), «¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, pp. 1290-1323.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P. (2011), «Art. 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Vol. I (arts. 1 a 516)*, coord. por Cerdón Moreno, F.; T. Armenta Deu, J. J. Muerza Esparza, J. y Tapia Fernández, I., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor – Navarra, pp. 185-234.

HENDEL, C., TIRADO, J. y SÁNCHEZ-FREIRE, A. (2020), «Third Party Funding: Freeing claims and adding value, but without impairing confidence in the arbitral system», *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje*. Número especial 2020: Comentarios al Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje, pp. 485-491.

JAIME, M-L. (2020), «El deber de revelación de los “Third-party funding” y su impacto en los arbitrajes de inversión a la luz del código de buenas prácticas del CEA», *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje. Número especial 2020: Comentarios al Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje*, pp. 493-515.

KAPLAN, C. (2013), «Third-party funding in international arbitration: Issues for counsel» *Third-Party Funding in International Arbitration*, ed. por Cremades Sanz-Pastor, B. y Dimolitsa, A. C., International Chamber of Commerce, pp. 70-77.

LAMBERTH, E. (1998), «Injustice by Process: A Look at and Proposals for the Problems and Abuses of the Settlement Class Actions», *Cumberland law Review*, vol. 28, núm. 1, pp. 149-176.

LÉVY, L. y BONNAN, R. (2013), «Third-party funding: Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings», *Third-Party Funding in International Arbitration*, ed. por Cremades Sanz-Pastor, B. y Dimolitsa, A. C., International Chamber of Commerce, pp. 78-94.

MACEY, J. R. y MILER, G. P. (2009), «Judicial Review of Class Action Settlements», *Journal of Legal Analysis*, vol. 1, núm. 1., pp. 167-206.

MEDRANO SÁNCHEZ, J. I. (2015), «Arts. 517 a 570». *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, dir. por Marín Castán, F., Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 2395-2689.

MURPHY, B. y CAMERON, C. (2007). Access to justice and the evolution of class action litigation in Australia. *Melbourne University Law Review*, pp. 399-440.

NIEUWVELD, L. y SAHANI V. S. (2017), *Third-Party Funding in International Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn (Países Bajos).

ORTÍ VALLEJO, A. (2010), «Cesión de créditos y *factoring*. A propósito de una lectura de los preceptos que dedican al tema los principios del Derecho europeo de los contratos», *Indret- Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 4/2010, pp. 1-41. Recuperado de: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/764_es.pdf (último acceso 12/10/2021).

OSMANOGLU, B. (2015), «Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest», *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Vol 32, Issue 3, pp. 325 - 350.

PANTALEÓN PRIETO, F. (1988), «Cesión de créditos», *Anuario de Derecho Civil*, pp. 1033-1131.

PUERTAS ÁLVAREZ, ARA TRIADÚ, VALENTÍ I VIDAL y FERNÁNDEZ ARALUCE (2021), «Two’s a crowd, three’s a party. The coming of age of third-party funding in international arbitration», *Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 40, pp. 25-42.

ROWLES-DAVIES, N. y COUSINS, J. (2014), *Third Party Litigation Funding*, Oxford University Press, Oxford (Reino Unido).

SAHANI, V. S. (2016), «Judging Third-Party Funding», *University of California Los Angeles Law Review*, pp. 388-448.

SÁNCHEZ-PEDREÑO KENNAIRD, A. (2019), «Gestión de los costes en el arbitraje», *El arbitraje y la buena administración de justicia*, dir. por Fernández Rozas, J. C. Y Ruiz Risueño, F., Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 201-216.

SCHERER, M. (2013), «Third-party funding in international arbitration: Towards mandatory disclosure of funding agreements?», *Third-Party Funding in International Arbitration*, ed. por Cremades Sanz-Pastor, B. y Dimolitsa, A. C., International Chamber of Commerce, pp. 95-100.

SCHMID, C. U., DINSE, J. R., WAKABAYASHI, T. y KRAMER, X. (2017), «Legal Aid», *Encyclopedia of Private International Law*, ed. por Basedow, J., Rühl, G., Ferrari, F., De Miguel Asensio, P., Edward Elgar Publishing, Cheltenham (Reino Unido), pp. 1088-1094.

SEIDEL, S. (2013), «Third-party investing in international arbitration claims to invest or not to invest? A daunting question», *Third-Party Funding in International Arbitration*, ed. por Cremades Sanz-Pastor, B. y Dimolitsa, A. C., International Chamber of Commerce, pp. 16-31.

SOBOLEWSKI, A. (2017), «The Authenticity Debacle: Why Art Authentication and Litigation Don't Mix», *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, pp. 515-546.

SOLAS, G. M. (2019), *Third Party Funding. Law, Economics and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge (Reino Unido).

STEINITZ, M. (2011), «Whose Claim is This Anyway – Third-Party Litigation Funding», *Minnesota Law Review*, pp. 1268-1338.

STOYANOV, M. y OWCZAREK, O. (2015), «Third-Party Funding in International Arbitration: Is it Time for Some Soft Rules?», *BCDR International Arbitration Review*, pp. 171-199.

SUESCÚN DE ROA, F. (2020), «El deber de revelar la financiación de terceros en Arbitraje Internacional: la importancia de considerar el retracto litigioso en América Latina y España», *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje. Número especial 2020: Comentarios al Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje*, pp. 517-529.

VERDERA SERVER, R. (2013), «Art. 1256», *Comentarios al Código Civil, Tomo IV*, dir. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 9023-9027.

VON GOELER, J. (2016), *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn (Países Bajos).

WESOLOSKI, A. (2019), «Spain - Business-focused legal analysis and insight in the most significant jurisdictions worldwide», *The Third Party Litigation Funding Law Review*. Recuperado de: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-third-party-litigation-funding-law-review/spain> (último acceso 15/06/2021).

WORLF ALEMPARTE, T. (2020), «Third-Party Funding in Chile: a Regulatory Proposal», *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, núm. 5, pp. 1-32.

INFORMES Y OTROS DOCUMENTOS

IBA-INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (2016), *Report on the reception of the IBA arbitration soft law products*. Recuperado de: <https://dernegocios.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/2/2016/09/IBAsoftlawArbproducts-ArbGuidelinesandRulesSubcommittee-2.pdf> (último acceso 12/10/2021).

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON (2018), *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*. Recuperado de: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF) (último acceso 12/10/2021).

CIADI – CCNTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVERSIONES (GRUPO BANCO MUNDIAL) (2019). *Proposals for Amendment of ICSID rules, Documento de trabajo 3*. Recuperado de: <https://iaa-network.com/wp-content/uploads/2020/01/Amendment-ICSID-Arbitration-Rules.pdf> (último acceso 12/10/2021).

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID (2020), *Comunicado del ICAM sobre determinadas prácticas publicitarias de despachos de abogados/as con ocasión de la pandemia del COVID-19*. Recuperado de: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/comunicado-de-la-junta-de-gobierno-del-icam-sobre-determinadas-practicas-publicitarias-de-despachos-de-abogados-con-ocasion-de-la-pandemia-del-covid-19/> (último acceso 03/12/2020).

SEC. REPORT (2021), *Form DRS Burford Capital LTD. Draft Registration Statement*. Recuperado de <https://sec.report/Document/0001104659-20-081137/filename8.htm> (último acceso 12/10/2021).

BURFORD CAPITAL (2021). *Why Burford*. Recuperado de: <https://www.burfordcapital.com/about-burford/why-burford/> (último acceso 12/10/2021).

SAULNIER, J., KORONTHALYOVA, I., MÜLLER, K, PONCIBÓ, C, D'ALESSANDRO, E. (2021), *Responsible private funding of litigation*. Recuperado de: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU\(2021\)662612_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662612/EPRS_STU(2021)662612_EN.pdf) (último acceso 06/06/2021).

PARLAMENTO EUROPEO (2021), *Draft Report with recommendations to the Commission on Responsible private funding of litigation (2020/2130(INL))*. Recuperado de: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934_EN.pdf (último acceso 13/02/2022).

PROCURATOR LITIGATION ADVISORS (2022), *Primer estudio PLA sobre la industria de la financiación de litigios en España 2021-2022*. Recuperado de: <https://pla->

[spana.com/primer-estudio-sobre-la-industria-de-financiacion-de-litigios-en-espana-2021-2022/](https://www.espana.com/primer-estudio-sobre-la-industria-de-financiacion-de-litigios-en-espana-2021-2022/) (último acceso 16/03/2022).

Fecha de recepción: 12.10.2021

Fecha de aceptación: 20.03.2022