

Felipe Nazar y Celia Cañete

Third Party Funding: Consideraciones Prácticas y Desafíos

1. Introducción

La financiación de disputas por terceros o *third-party funding* (“TPF”) se ha convertido en un elemento recurrente en el ámbito de las disputas internacionales, permitiendo litigar limitando el riesgo financiero de las partes. La importancia del TPF como una herramienta para garantizar el acceso a la justicia, liberar recursos financieros con el fin de destinarlos a otros usos, mitigar los riesgos asociados a la litigación, o una combinación de todas las anteriores, ha contribuido a la consolidación de una industria de magnitudes considerables.

Cortes alrededor del mundo han confirmado la validez de acuerdos de TPF para disputas internacionales, mientras que algunos de los principales centros arbitrales han modificado sus reglamentos para incorporar esta herramienta.

Esta nota explora qué implica la financiación de disputas por terceros (TPF), sus modalidades principales y consideraciones prácticas, las regulaciones pertinentes, y los desafíos previsibles asociados.

2. Definición y funcionamiento del TPF

En términos simples, el TPF es un mecanismo mediante el que un tercero ajeno a la controversia, el financiador o *third-party funder*, entrega recursos financieros a una parte para financiar los gastos asociados a un litigio. Este mecanismo traslada el riesgo financiero inherente al procedimiento al financiador, a cambio de una contraprestación¹. Partes demandantes y demandadas, por la vía principal o reconvenzional, se pueden beneficiar de esta herramienta.

Los acuerdos TPF suelen operar bajo la premisa *no cure, no pay*, de modo que el financiador solo es compensado si la disputa se resuelve a favor de la parte financiada. En caso de una resolución adversa a la parte financiada, el financiador no tendrá derecho a la restitución de las cantidades invertidas². Si la parte financiada obtiene un laudo favorable—*e.g.*, un laudo ordenando el pago de una suma a una parte demandante o, en el caso de una parte demandada, desestimando una demanda en su contra—el financiador tendrá derecho a una compensación. En la mayoría de los casos, esta compensación consiste en un importe fijo, o en una proporción del laudo (o del ahorro) obtenido.

Generalmente, los gastos cubiertos por acuerdos TPF incluyen los honorarios de abogados, peritos y árbitros; costes de la institución arbitral; gastos relacionados con el procedimiento (*e.g.*, traducciones, plataformas para el manejo y presentación de documentos, traslados); y posibles condenas en costas a favor de la contraparte. En la práctica, se planifica un presupuesto con estimados para estas categorías, que se refleja en el acuerdo TPF³.

Una vez que una potencial demandante somete un asunto a la consideración de un financiador, éste llevará a cabo un proceso de diligencia debida en que se analizarán aspectos tales como la identidad de las partes;

1. E. Fernández Masía, “La financiación por terceros en el arbitraje internacional”, Cuadernos de Derecho Transnacional vol. 8 nº 2 (octubre 2016), p. 208.

2. Deminor Litigation Funding, “Transform commercial litigation and arbitration claims into financial assets,” eBook (2023), p. 4.

3. J. von Goeler, “The Various Forms of Third-Party Funding in International Arbitration” en “Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure,” International Arbitration Law Library vol. 35 (Kluwer Law International 2016), p. 19.

la robustez de sus posibles reclamaciones y defensas (incluyendo la disponibilidad de prueba); los importes potencialmente recuperables (deben ser de una magnitud tal que permita el pago al financiador, sin eliminar la posibilidad de ganancia del demandante); la disponibilidad de bienes ejecutables de la parte demandada (este punto es especialmente importante en arbitrajes de inversión contra Estados soberanos); la duración estimada del litigio; y el coste de la litigación⁴.

Los acuerdos TPF pueden suscribirse en cualquier punto de la vida de una disputa: antes o durante su tramitación, o después de su conclusión para la ejecución del respectivo laudo.

3. Regulación de la financiación de litigios en el arbitraje internacional

Los acuerdos TPF comparten elementos con figuras jurídicas reconocidas en diversos sistemas legales, tales como el concepto de *cuota litis*⁵ y la cesión de créditos⁶, pero no encajan directamente en esas categorías⁷. Por ello, cortes nacionales han sido llamadas a pronunciarse sobre la validez y naturaleza de estos acuerdos. Por ejemplo, en julio de 2023, la Corte Suprema del Reino Unido concluyó que aquellos acuerdos para la financiación de litigios en los que la compensación del financiador consiste en un porcentaje del importe recuperado, constituyen “*acuerdos de indemnización de daños y perjuicios*” (*damages-based agreements*), quedando sujetos a la normativa aplicable a estos últimos. Conforme a esa resolución, los acuerdos TPF con esa estructura de compensación que no cumplan con dicha normativa, no serían exigibles en el Reino Unido. Por su parte, cortes en la República Popular China han confirmado la validez de acuerdos TPF en arbitrajes⁸.

Algunos centros arbitrales líderes han modificado sus reglamentos para incluir los TPF, especialmente en cuanto a conflictos de interés y el deber de revelación de los árbitros. Este es el caso del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**CIADI**”)⁹, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“**CCI**”)¹⁰, la Corte Internacional de Arbitraje de Madrid (“**CIAM**”)¹¹, o el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (“**SIAC**” por su nombre en inglés), en el ámbito de los arbitrajes de inversión¹².

Adicionalmente, algunas normas de *soft law* como las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional¹³ y el Código de Buenas Prácticas del Club Español e Interamericano del Arbitraje (“**CEIA**”)¹⁴ también han buscado orientar sobre la materia.

4. Véase J. von Goeler, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

5. La *cuota litis* es un método de financiación del litigio mediante el que el titular del derecho que permite iniciar un procedimiento se abstiene de abonar los gastos derivados del mismo, así como los honorarios de sus abogados. Generalmente, funciona bajo la premisa *no win, no fee*.

6. La cesión de créditos es un negocio jurídico que permite la compraventa de títulos ejecutables, cedidos por el acreedor del derecho de crédito a favor de un tercero, a cambio de una contraprestación con transmisión de titularidad, de cara a proceder con su ejecución.

7. Mientras que en la *cuota litis* es el abogado el que deja de percibir retribución financiando el proceso en todo o en parte; el TPF es un tercero ajeno a la disputa, generalmente muy especializado y con gran disponibilidad financiera, que financia al titular del derecho de crédito. Por otro lado, mientras que en la cesión de créditos se produce un cambio de titularidad del acreedor; en la financiación de litigios el titular del derecho sigue manteniendo su posición, ya que el TPF se limita a financiar sin subrogarse en la posición jurídica del acreedor. Véase D. Agulló Agulló, “Los contratos de financiación de litigios por terceros (*third-party funding*) en España”, *Revista de Derecho Civil* vol. IX núm. 1 (enero-marzo 2022), pp. 192-194.

8. Véase, e.g., *Ruili Airlines Limited Company c. Yunnan Jingcheng Group Limited et al*, Tribunal Popular Intermedio de Wuxi, Caso No. (2022) Su 02 Zhi Yi 13, Order Civil (30 mayo 2022).

9. Reglas de Arbitraje del CIADI, Reglas 14 (estableciendo la obligación de notificar la existencia de financiamiento por terceros a fin de que el tribunal revele cualquier vinculación que pudiere tener con el financista) y 53 (estableciendo que al decidir si ordenar que una parte otorgue una garantía por los costos de un arbitraje, el tribunal debe considerar la existencia de financiamiento por terceros).

10. Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, Art. 11(7) (“*Con el fin de asistir a potenciales árbitros y a árbitros en el cumplimiento de sus obligaciones previstas bajo los Artículos 11(2) y 11(3), cada parte debe informar con prontitud a la Secretaría, al tribunal arbitral y a las otras partes de la existencia e identidad de cualquier tercero que haya celebrado un acuerdo para la financiación de las demandas o las defensas, en el marco del cual tenga un interés de carácter económico sobre el resultado del arbitraje.*”).

11. Reglamento de Arbitraje del CIAM, Arts. 5.2.i) (estableciendo la obligación de una demandante de revelar la existencia de un acuerdo TPF) y 23 (estableciendo la obligación de las partes de revelar la existencia de acuerdos TPF y el derecho del tribunal a pedir información oportuna sobre la financiación y el financista).

12. Reglamento de Arbitraje de Inversión del SIAC, Regla 24 (1) (confiriendo al tribunal el poder de ordenar la revelación de la existencia y detalles de acuerdos TPF). Si bien el Reglamento de Arbitraje del SIAC (para casos comerciales) no contiene una norma similar, la Nota PN-07/17 de 31 de marzo de 2017 establece estándares de independencia e imparcialidad a ser observados por los tribunales en casos administrados bajo las Reglas de Arbitraje en los que exista financiamiento de terceros.

13. Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional, Norma 6(b) (estableciendo que “*cualquier persona jurídica o física . . . que tenga un interés económico directo en . . . el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje podrá considerarse que ostenta la identidad de dicha parte.*”).

14. Código de Buenas Prácticas del CEIA, Recomendaciones 154-156 (regulando el deber de revelar la existencia de acuerdos TPF).

Desde una perspectiva supranacional, la Unión Europea ha realizado un primer acercamiento hacia la regulación de acuerdos TPF en la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la financiación privada de litigios responsable (2020/2130 (INL)), encomendándole que “ *siga de cerca y analice la evolución de la financiación de litigios por terceros en los Estados miembros* ” para luego presentar “ *una propuesta de Directiva para establecer normas mínimas comunes en el ámbito de la Unión sobre la financiación comercial de litigios por terceros* ”.

4. Retos pendientes de la financiación por terceros

Los esfuerzos regulatorios y normativos existentes hasta la fecha no han abordado preguntas críticas para cualquier parte que esté considerando un acuerdo TPF, tales como las relativas al rol del financiador, o si éste puede dirigir las actuaciones procesales de la parte financiada. Quedan pendientes también cuestiones como si, en circunstancias en que los intereses del financiador y el financiado no estén alineados —e.g., en la decisión de transar una disputa en términos menos favorables que los que se podrían obtener en un laudo—, qué interés debe prevalecer, o qué obligaciones tienen los abogados de la parte financiada respecto al financiador.

Por ahora, estos interrogantes deben ser abordados mediante la redacción cuidadosa del acuerdo TPF correspondiente y la selección de un financiador apropiado para las circunstancias del caso y de las partes involucradas. En paralelo, las acciones de los Estados y sus cortes, así como también de las instituciones arbitrales, continuarán moldeando esta herramienta en evolución.

CONTACTOS



Felipe Nazar
Socio de Litigación y Arbitraje
fnazar@perezllorca.com
T. +1 646 846 6663



Fernando Bedoya
Socio de Litigación y Arbitraje
fbedoya@perezllorca.com
T. +34 91 423 20 75

www.perezllorca.com | Madrid | Barcelona | London | New York | Brussels | Singapore | Lisbon

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico.

Este documento ha sido elaborado el 20 de octubre de 2023 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

YA DISPONIBLE | Nueva App Pérez-Llorca

